~~2 Ph. A. 4719 a~~ 62

P. Franciscus Farpf.
Capellanus Electoralis.

1695.

4 Bavar. 3432 n

Ad Stat. Bavar. Tit. I

COMMENTARIJ
AD
JUS MUNICIPALE BAVARICUM,

A

Titulo I. usque ad XX. inclusivè.

TOMUS II.

CONFORMITER

Summorum Pontificum Decretis, & Canonibus, Ordinariorum concordatis, Institutionum, Pandectarum, & Codicis Legibus, Authenticarum & Novellarum sanctionibus, feudorum usibus, atque locorum consuetudinibus.

INSTRUCTUS, ELABORATUS, ET COMPOSITUS.

AUTHORE

Illustrissimo & Excellentissimo Viro ac DOMINO, DOMINO

CASPARO SCHMID, L. B.

de Hasl- & Pürnbach, Neidau, Brundobl, Schönbrun, Moching & Sulzbach. Serenissimi Electoris Bavariæ, &c. intimi Consilij Cancellario, supremo Feudorum Præposito, & Præfecto in Aibling, &c.

Cum facultate Cæsareâ & Electorali Bavarica Speciali.

MONACHII,

Impensis Hæredum JOANNIS HERMANNI de Geldern, Bibliopolæ Electoralis.

Typis SEBASTIANI RAUCH.

ANNO M. DC. XCV.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

LECTORI SALVTEM.

MAgis ad inſpiciendum Juſtitiæ palatium (Juſtitia enim, & Sapientia ſibi ædificaverunt domum) quàm ad evolvendum volumen typicum invitaris, amice Lector. Iſthoc enim titulo dignum videtur eſſe opus, quod præ oculis cernis, ſive auguſtæ molis amplitudinem ſpectes, ſive ſolidæ veritatis fundamenta conſideres, ſive totius ſtructuræ ordinem, diviſionem, & ſymetriam reſpicias. Sed dum operi palatij nomen præfigitur, per hoc intelligitur, quantæ illud invidiæ, quantis obtrectationibus objiciatur. Vulgi judicio exponitur, quod in publico paret. Unum aliquem ipſa Majeſtas operis offendet, faſtuoſúmque luxum interpretabitur, quod artis concinnitas, quod incolæ dignitas poſtulabat. Quæ dignior Dea Regali palatio, quàm Juſtitia? Alteri feneſtrarum diaphanus nitor officiet, & alienæ domus claritatem criminabitur, cùm iſte domi ſuæ patiatur tenebras, velut bubo lippiens ad ſolem. Nonnemo ſcalarum gradus ampliùs diductos volet, ut ſine offendiculo, & vix non ſine labore ad ſcientiam detur aſcenſus. Alteri fortè ipſa graduum amplitudo diſplicebit, qui indignâ æmulatione ſibi uni ad ſcientiæ ſacrarium patere aditum cupiet, alijs intercluſum. Verbo complector omnia: pars nulla latebit in penetralibus, nulla fulgebit in propylæo, quæ prætereuntium

crisi non vapulet. Nimirum, vel imperiti cerdones Apellis tabulam compungunt subulis, vel atrore piceo deturpant. Hæc ipsa criticorum judicia librarium hoc Justitiæ palatium ferat, necesse est. Verùm non erit, quod oppidò metuat, si æquos æstimatores nanciscatur, & peritos legum arbitros, à tua benevolentia, amice Lector, clementem utique crisin, & affectum reportabit, quòd si quæ tamen vel genio tuo, vel conceptæ exspectationi non omninò examussim responderint, atque adeò mutanda quædam, alia vicissim addenda (cùm utique vel inventis haud operosum sit addere, vel mutare) tuo id arbitrio liberum *esto*, sed eâ lege, ut hac tuâ *immutatione* novum decus, & ornamentum potiùs, quàm indecens confusio, vel mendum accedat operi. Ita facies, spero, & vale.

ELENCHUS TITULORUM,

EX JURE

MUNICIPALI BAVARICO,

à primo usque ad vigesimum inclusivè

Ad Tomum II. depromptorum.

TIT: I.

De dote, donatione propter nuptias, & de pactis doralibus.
Von Heyrath-Guet / und Widerlegung / auch anderer Handlung zwischen Eheleuthen.

II.

De Morgengeba, & ejus privilegio.
Von Gebrauch und Freyheit der Morgen-Gab.

III.

De patria potestate, & ejus effectu.
Vom Vätterlichen Gewalt / und Nutzniessung Mütterlichen Guets.

IV.

De hominibus proprijs.
Von aignen Leuthen.

V.

De Tutoribus, & Curatoribus.
Von Vormundern / oder Gerhaben / Versorgern und Treustragern.

VI.

De emptione, & venditione.
Von Kauffen und Verkauffen / auch Fertigung und Gewehrschafft.

VII.

De retrovenditione, & læsione ultra dimidium justi pretij.
Von Widerkauff / oder Widerlösung / auch Auffhebung unnd Widerauffiösung der Käuff / wegen beschehener Ubervorthailung.

VIII.

De Evictione.
Von Gewehrschafft.

IX.

De usucapione sive præscriptione.
Von der Verjährung und Ersitzung Nutz und Gewehr.

X.
De retractu.
Vom Einstand.
XI.
Ubi ratione rerum allodialium, sive feudalium actio institui debeat.
Umb Ansprach vnd Ubergab Aigens vnd Lehens.
XII.
De feudis, eorum qualitate & natura.
Von Lehen/ vnd wie die Lehen-Güter nach Bayrischem Gebrauch gerechtfertiget mögen werden.
XIII.
De mutuo.
Von Schuld/ Raittung/ Geltern/ vnd gelihenem Gelt.
XIV.
De fidejussoribus.
Von Borgen vnd Selbschuldnern.
XV.
De juribus pignorationum, & pignorum, sive hypothecarum.
Von Pfandung/ vnd Pfand-Recht.
XVI.
De Jure prioritatis inter creditores.
Wer zu aines Guet/ oder Pfand/ die besser Gerechtigkeit habe/ oder der erst Wehrer seyn soll.
XVII.
De rebus comodatis, & refusione damnorum in ijs contingentium.
Von hingelihenen Güteren/ vnd Widerlegung derselben Schäden.
XVIII.
De deposito.
Von Güteren/ die zubehalten werden geben.
XIX.
De sequestro, & arresto.
Von hinderlegten/ oder sequestrierten Güteren/ Item von Arrestierung der Güter vnd Persohnen.
XX.
De spolio.
Umb Entwehrung.

AD STATVTA BAVARICA PROEMIALES OBSERVATIONES.

SUMMARIA.

1. *Ratio ordinis.*
2. *Operum D. Balth: laus.*
3. *An cuilibet Principi competat novas leges facere, & quales?*
4. *An in Bavaria antiquitùs fuerint Statuta Provincialia?*
5. *Quinam Principes in Bavaria authores fuerint,* deß Recht-Buchs?
6. *An hic liber fuerit in usu?*
7. *An Princeps non solùm antiqua Statuta declarare, sed etiam prorsùs nova condere possit?*
8. *An etiã quæ sunt contra jura communia?*
9. *Quid si novis statutis clausula derogatoria accedat?*
10. *Quid si lex nova sit irrationabilis?*
11. *An leges novæ condi possint contra reservata Imperatoris?*
12. *Reservata Principis quæ sint?*
13. *Quis ordo observetur in posterioribus?*

ABsolutô Commentariô in Processum Summarium, & Edictalem, necessarium equidem esset, ut sequendô ordinem nostri Codicis ageremus nunc de Processu ordinario; Sed quia pleráque, quæ in Ordinario Processu continentur, sufficienter exsplicata sunt in examinatione Summarij Processus, visum est nobis, ut istam materiam paulisper differamus, donec occasio aliam resolutionem capiendi se offerat. Fatemur enim Benevole Lector, nos unum ex processibus nostris Summario, & Ordinario pro superfluo habere. Nam ecce Sumãrius Processus in Patria nostra exinde originem sumpsit, quòd antiquitùs à sententijs à curijs nostris Provincialibus latis cuilibet liberum erat, ad Imperialia Dicasteria, v. g. Aulicum Consilium Cæsareum, vel Cameram Spirensem appellare, cui per Summarium Processum nostrum prudentissimè terminus constitutus fuit, qui præteriri non poterat, cùm enim processus Imperiales fierent immortales, & appellationes haberent effectum suspensivum, inter Principes, & status Provinciæ conventum est, ut à Processu Summario non admittatur appellatio ad suprema Dicasteria Imperialia, sed tantùm ab Ordinario Processu, ita ut, quod in Summario judicatum fuit, debuerit executioni mandari præstita cautione de restituendo, si adversarius in Ordinario Processu, & desuper subsecutô appellatoriô Imperiali contrarium obtinuerit. Cùm igitur hodierno tempore nullæ ampliùs concedantur appellationes ad suprema Dicasteria Imperialia ex duplici causa, partim, quia Electoralis dignitas ad excelsam Domum nostram Bavaricam postliminiò reversa est, & partim, quia Domus nostra Bavarica jam ante reversionem Electoratûs privilegium de non appellando, & evocando obtinuit, nobis semper videbatur, alterutrum processum hoc tempore supervacaneum esse: Nam quò plures litigandi 1

viæ ſunt, eò major eſt litium numerus, & nullus earum finis, quæ cauſa eſt, quòd in ſuperiori Palatinatu unus ex ſuperfluis proceſſibus jam tunc abrogatus fuerit, quando adhuc illa Provincia in domûs Palatinæ manibus fuit. Sed quia noſtri ſubditi, & præſertim Advocati, & Forenſes proceſſui noſtro Summario ita aſſueti ſunt, ut infantes lacti & pulmentis, hactenùs obtinere non potui, ut pro abbreviandis litibus ex duplici noſtro proceſſu fie-
2 ret unus, ad quod faciendum operam meam ultrò obtuli. Accedimus igitur ad ipſa Statuta noſtra Bavarica, ad quæ Dominus Joan: Franc: Balthaſar quondam in Senatu Aulico Collega meus, piæ memoriæ, opus variarum reſolutionum practicarum à Domino Parente ſuo ejuſdem Senatus Aulici quondam Aſſeſſore cœptum, in quatuor partes diſtribuit, & inſigni methodo ad ordinem Statutorum noſtrorum accomodata pro ſingulari utilitate Patriæ noſtræ abſolvit, qui in omnibus controverſijs occurrentibus adiri, & conſuli poteſt. Quia verò prædictus D. Balthaſar ſubinde latiores excurſiones facit ad diverſas materias in univerſo corpore juris contentas, vel etiam in diverſis Provincijs uſu, & obſervantia judicatas, & deciſas, nos operæ pretium facturos exiſtimamus, ſi præcisè inhærendo ſingulis titulis, & articulis ſtatutorum noſtrorum Bavaricorum, compendiosè exſplicemus, quænam legislatoris intentio fuerit, addendô, quæ in plus quàm quadragenaria praxi notatu digna obſervavimus; Videbit Benevolus Lector, nos in Patria noſtra inventuros occupationem, ut ad externa, & adiaphora neceſſe non ſit excurrere.

3 Imprimis autem occurrit præliminaris illa Quæſtio, an quilibet Princeps in Imperio jus, & poteſtatem habeat, novas leges etiam Imperialibus legibus contrarias, & derogatorias ſtatuendi? Duo membra ſunt hujus quæſtionis: Primum eſt, de ipſa Statutorum Provincialium erectione, & quoniam certum eſt, quòd Principibus, & ſtatibus Imperij ab Imperatoribus Regalia, & jura ſuperioritatis ita communicata ſint, ut quilibet extra ea, quæ ſupremo Principi ſpecialiter reſervata ſunt, in ſuo territorio idem poſſit, quod Imperator in univerſo, nemo dubitat, quin in ijs, quæ juri communi conformia, vel ſi non contra, ſaltem tantummodò præter jus commune ſunt, quilibet ſtatus Imperij pro utilitate, vel neceſſitate Provinciæ ſuæ ſtatuere poſſit, quod lubet. Et hinc eſt, quòd *Rudolphus Secundus in ſua Ordin. polit. de Anno 1577. Tit. 10.* Statuta, Decreta, & Edicta in civitatibus erecta confirmet, & emendationem eorum per expreſſum approbet: Si igitur civitates Imperiales, ut de Norimberga, Francofurto, Wormatia, &c. conſtat, quoniam publici juris facta, & typo impreſſa ſunt, ejuſmodi ſtatuta, & omnis generis ordinationes, civitatibus, & communitatibus ſuis utiles propria auctoritate erigere, & conſtituere poſſunt, cur id Principibus Imperij majorem auctoritatẽ, & ſupremitatem habentibus denegandum eſſet? Vix ulla in tota Germania inſignis Provincia eſt, quæ non ab antiquiſſimo tempore ſua propria Statuta localia, & provincialia habuerit, ut de Saxonia, Marchia Brandeburgica, Ducatu Würtenbergiæ, Auſtria, Comitatu Tyrolenſi, & alijs paſſim notum, & clarum eſt, cùm in omnium manibus verſentur.

4 De noſtra Bavaria nimis certum eſt, quòd ab antiquiſſimis temporibus ſpecialem librum habuerimus, qui vocabatur, das Recht-Buch / in quo ſpecialia ſtatuta, conſuetudines, & obſervantiæ Patriæ continebantur, cujus libri tanta erat auctoritas, ut Status Provinciales illius obſervationem inter ſingularia privilegia reputârint, ut videre eſt in libello privilegiorum Provincialium Anno 1518. edito: Priv: 10. & cœteris ordine ſequentibus, in quibus confirmatio hujus libri, deß Recht-Buchs / prægnantiſſimis verbis continetur.

Aucto-

Auctores prædicti libri fuerunt quatuor filij Imperatoris Ludovici Quinti, sive quarti ex Ducibus Bavariæ, Ludovicus Marchio, & Elector Brandenburgensis Stephanus, Ludovicus alter, qui dicebatur Romanus, & Wilhelmus, sub quorum nomine publicatio facta est in Anno 1346. Sabbato post festum Epyphaniæ Domini, ut constat ex prologo reformationis de Anno 1688. Intelleximus quidem ab aliquo viro multùm litterato, & experto, se vidisse ejusmodi librum, ein Bayrisches Recht-Buch /ab ipso Imperatore Ludovico quinto Anno 1300. erectum, sed illud nobis credibile non est, cùm ille natus fuerit 1287. ut proinde, si hæc assertio vera esset, decimô tertiô Ætatis suæ annô ejusmodi librum conficere debuisset, certè si illud verum esset, quis credet? quòd Wilhelmus ejus in prædicto prologo suo non fecisset mentionem? Interim verum est, quòd ipsius filij hanc Statutorum & consuetudinum Bavariæ annotationem, & publicationem, ut paulò ante dictus prologus expresè refert, suasu, & jussu sui Domini Parentis fecerint: prout etiam allegatum privilegium decimum prima vice confirmationem hujus libri à Stephano Landishutano factam esse commemorat. 5

Illud tamen notandum est, quòd usus hujus libri primitùs non ubique fuerit, sed præcipuè tantùm in Superiore Bavariâ, in partibus Alpinis, in unserem Oberen Land / vor dem Gebürg / ut sonant verba deß 38. 50. unnd 62. Frey-Brieffs: cujus rei causa videtur esse, quòd Albertus, qui fuit quintus filius Ludovici Imperatoris, & possidebat partem Straubinganam inferioris Bavariæ, hunc librum cum quatuor suis fratribus non subscripserit, & hinc communis usus pronuntiandi, & judicandi fuerit secundùm librum, ubi jacet (nach dem Recht-Buch / wo es leit) id est in Judicijs, & tribunalibus, ubi liber receptus est, exemplar hujus libri nobis sub manibus est editum Augustæ Vindelicorum Anno 95. ubi non additur, cujus sæculi, postea deprehendimus aliud exemplar, ubi in specie Annus 1484. additur, quæ utique antiquior editio fuit, sed, cùm *Faustus in tract. suo. pro Ærario Ord. 1193.* dicat, se originalia habere in manibus suis, ex quibus constet, Typographiam primùm Anno 1440. Argentorati originem cœpisse, qui hujus rei exactâ notitiâ habere potuit, si fortè illius Fausti, qui pro primo auctore hujus præclaræ inventionis celebratur, consanguineus fuit, probabiliter existimamus, hanc editionem Augustanam illi Sæculo primùm adscribendam esse, quam postea Wilhelmus quartus, Anno 1588. reformavit, & in meliorem ordinem redegit. 6

Nunc igitur regrediendô ad quæstionem superiùs propositam, dicimus ad membrum ejus secundum, quòd status, & Principes Imperij non tantùm in Statutis suis Provincialibus jus comune declarare, vel dillucidare, aut alia, quæ sunt secundùm, vel præter jus commune de novo statuere, vel addere, sed etiam, quòd vi superioritatis, & jure Regalium sibi competentium antiquas leges communes abrogare, vel illis derogare, & novas prorsùs contrarias substituere possint, quod probatur per ordinationem Cameræ *Part. 1. Tit. 57.* ubi Camera Imperialis secundùm ordinationem statuum judicare jubetur. 7

Si dicas, hoc tantùm intelligendum esse de statutis, quæ non sunt contra jura communia, sed præter illa, dicimus cum præclarissimis Juris-Consultis, Germaniæ Status, & Principes Imperiales propter jus supremitatis, & Regalia ipsis jam à tempore Caroli Magni communicata, etiam leges contrarias juri communi condere posse, & quòd suprema Dicasteria Imperialia illa observare teneantur, quia Statuta localia ibi, ubi lata sunt, vicem legis obtinent, *L. omnes populi. ff. de Just. & jur. l. de quibus. ff. de ll.* Profectò, cùm lex positiva juris communis per contrariam consuetudinem abrogari, imò certo modo per pactum privatum tolli possit, quis inficias ibit, idem 8

pari modo per Statuta Provincialia fieri posse? Vid. *Dauth. de testament. n. 36. & 86. Vers. tum quod Princeps. Vasquius. lib. 1. cap. 3. n. 2. Gail. de pace publ. lib. 1. cap. 6. n. 11. VVesemb. in paratit. ff. de ll. n. 3.* fusissimè *Herm. Stam. de servit. person. lib. 3. c. 8. per totum.* Inutilis sanè esset nostra opera, quam facimus in annotandis differentijs juris nostri statutarij cum jure communi, si per Statutum nulla lex juri communi contraria ferri, aut introduci posset.

9 Duas tamen exceptiones, & limitationes faciunt DD. Prima est, nisi Imperiali legi generali apposita sit clausula derogatoria, quâ omne Statutum, & omnis consuetudo de præsenti, futuro, aut præterito declaratur nulla, & irrita, si ejusmodi legi generali repugnet: hanc exceptionem libenter admittimus de legibus nostris Imperialibus, quæ feruntur in publicis comitijs, ubi Imperator cum Statibus de ferendis ejusmodi legibus derogatorijs, & cassatorijs amicabiliter convenit, quia ejusmodi leges vim pacti, & conventionis habent, juxta communem formulam recessuum Imperij, so haben wir vns mit Churfürsten / Fürsten / vnd Ständten / vnd sie sich mit vns verglichen / &c. Aliud dicendum nobis videtur de legibus irritantibus, sive cassatorijs ab antiquis Imperatoribus despoticâ auctoritate latis, nam, cùm quilibet Imperator potestatem habeat, talem legem ab antecessoribus suis promulgatam abrogandi, & immutandi, cur non idem etiam competat Principibus nostris, in quos cum jure Regalium, & suprematû jus legum ferendarum transijt? Sic, tametsi *in Auth. omnes pereg. Cod. communia de success.* abrogetur consuetudo, ut peregrinis non succedant consanguinei, & propingui, sed Magistratus loci, ubi peregrinus defunctus est, aut alij, ut ibi pleniùs continetur, tamen non obstante hac lege cassatoria in regno Galliæ Rex, exclusîs proximîs hæredibûs, peregrinis ab intestato decedentibus jure Albinagij succedit. *Godofr. ad dict. Auth. omnes. Rebuff. in tract. de privilegijs. credit. privil. 129.* Quilibet autem Princeps in Imperio jure Suprematûs eandem potestatem habet in Provincijs suis, quam habet Rex Galliæ in Regno suo.

10 Limitatur tamen hæc Regula per jus Canonicum *in cap. certum. x. de Juramento calumniæ, & cap. quanquam. de usuris in 6.* nisi lex nova antiquæ cassatoriæ contraria sit irrationabilis, & peccatum foveat, ut sunt leges de contractibus usurarijs, monopolijs, &c. tolerandis. Vid. die Polizey-Ordnung / Anno 1548. & 1575. à qua censura certè jus Albinagij in Regno Galliæ non procul abest, quis enim non irrationabile dicat, ut in bonis liberi hominis peregrini nihil delinquentis fiscus succedat, exclusis etiam hæredibus necessarijs ex linea ascendente, & descendente? imò *Godofr. ad dict. Auth. & D. Besold. disput. de Regal. cap. 9. n. 4.* hanc consuetudinem etiam quoad collaterales valdè iniquam vocant. Similis est illa consuetudo, quæ permittit, ut bona naufragium passorum à quocunque superveniente apprehendi, & rapi possint, quæ à Friderico Imperatore *in Auth. navigia Cod. de furtis*, & Carolo V. *in Constit. Crim. Art. 218.* abrogatur, & *in Art. 207.* graviter sancitur, ut quilibet rerum furtivarum emptores, nulla obstante Consuetudine in contrarium, res furtivas sine refusione pretij restituere teneantur: prima enim, & præcipua qualitas est novæ legis, ut sit sancta, & honesta. Moysen legum tabulas digitô DEI quasi celte in silice sculptas à DEO accepisse, nemo est, qui nesciat, à quibus tota Juris scripti seges promanavit, ut benè advertit Ficinus, & Eusebius, qui dicunt, quidquid posteri legum scriptores in monumentis reliquerunt, id totum, tanquam Simiæ à Moyse primùm quidem Græcos, deinde à Græcis Romanos mutuatos esse. Justas igitur, sanctas, & honestas omnes leges esse vel maximè decet, cùm ex tam sancto fonte descendant.

11 Altera exceptio est, ut à statibus Imperij contra reservata supremi Principis, & Imperatoris nullæ novæ leges condi possint: Quam exceptionem gene-

generaliter positam suam æquitatem habere nemo facilè negabit, esset enim iniquum, ut lex inferioris præjudicet superiori, & sicuti nec privato quidem jus suum legitimè acquisitum sine causa aufferri, ita multò minùs Supremo Principi in ijs, quæ sibi specialiter reservavit, statutô contrariô sine injuria præjudicium fieri potest.

Quæ autem sint reservata Supremi Principis, DD. mirificè variant, *Hartm.* 12
Stam duodecim refert *in tract. suo. de Servit. person. lib. 3. cap. 7.* Sed, si illa tantùm obiter inspiciamus, facilè deprehendimus, pleráque eorum nomen specialium reservatorum non mereri, cùm usu, & consuetudine contraria potiores Principes in suis Provincijs illa notoriè exerceant. v. g. primum reservatum dicitur, quòd solùm Imperator, & summus Princeps jus habeat, illegitimè natos natalibus restituendi. *Novell. 89. cap. ult. in fin. l. 3. & tot. tit. ff. de natal. restitut.* cùm tamen Principes passim jus legitimandi in suis Provincijs exerceant, adeò, ut etiam illud alijs communicent, prout Principes nostri Bojariæ Universitati Ingolstadiensi inter cœtera specialia privilegia jus illegitimè natos natalibus restituendi concesserunt. Sic pro singulari etiam reservato statuunt jus, minoribus veniam ætatis concedendi. *l. 1. Cod. de his, qui ven. ætat. &c.* & repressalias indulgendi, cùm tamen quotidiè apud nos, & alibi practicetur, ut minoribus, irrequisito summo Principe, potestate ordinariæ supremæ jurisdictionis concedatur, & in casibus, quibus licitæ sunt, repressaliæ indulgeantur, an tamen hoc benè, vel malè, non disputabimus, cùm in Supremo Senatu Aulico venia minoribus, saltem adhuc à majorennitate bono saltu distantibus, non nisi Supremi Principis præscitu indulgeatur. Imò, quod plus est, Serenissimus Legislator noster tempus minorennitatis quatuor integris annis abbreviavit: Si igitur hoc, ut nemo dubitat, jure suprematûs justè facere potuit, cur non possit id, quod minus est, id est, veniam ætatis concedere? Item pro reservato singulari habetur jus constituendi postas, & cursus publicos, cùm tamen videamus, quosdam Principes, & Electores illud sibi asserere, & per Provincias suas supremo Imperiali postarum magistro in illis constituendis nullum jus, aut auctoritatem tribuere: Item reservatum esse dicitur jus, Nobilitatem concedendi, insignia dandi, Notarios, & Doctores creandi, quæ omnia notoriè in singulis provincijs Principes suprematum habentes exercent, ut igitur hæc secunda exceptio ita generaliter posita admitti non possit, quamvis non negemus, quædam Imperatoriæ Majestati incommunicabiliter adhærere, ut est jus, Duces, Marchiones, & Principes creandi, *Aur. Bull. Tit. 5.* feuda Regalia, die Fahnen-Lehen / conferendi, Academias erigendi, & similia, de quibus ulteriùs disserendi nobis animus non est.

Cœterùm tam in antiquo Jure Bavarico, quàm in postmodùm subsecu- 13
tis reformationibus, & in novissima editione de Anno 1616. non habetur ullus respectus ad ordinem Digestorum, Codicis, aut Institutionum, sed illæ materiæ tantùm proponuntur, & alijs præferuntur, quæ in Patria nostra principaliores, & magis in usu sunt;

Accedimus igitur

Deß Ersten Tituls

Von Heyrat=Guet vnd Widerlegung / auch anderer Handlung zwischen Eheleuthen.

Ersten Articul.

WO ein Mann stirbt / vnd ein Ehe=Weib / auch Kinder von jhr / oder von einer vorigen Ehe hinderlast / vnd zwischen jhnen weder deß Heyrat=Guets halbē / noch ander Geding nit fürgangen / so soll der Frauen folgen / was sie zu jhrem Mann gebracht hat / auch jhr Morgengab / da eine bedingt worden / oder da keine bedingt (vnnd Sie doch Jungfräuliches Standts gewesen) wie die nach gestaltsamme jhres dem Mann zugebrachten Vermögens (doch daß sie den dritten Theil desselben nicht übertreff) von dem Richter mag erkennt werden. Deßgleichen soll jhr geben werden / ein gleicher Kinds=Theil / so vil einem jeden Kind zu gleichen thailen / ohne letzten Willen gebühren mag / mit jhren / oder andern von jhrem Mañ herkomenden Ehelichen Kindern / auß allem dem Vermögen / daß beede Ehe=Leuth von dem Einkommen jhrer Güter erspartt / oder sonsten durch jhren aignen Fleiß erobert / aber nicht durch Erbschafft / oder in anderweg dem einen Ehe=Gemächt allein zugestanden ist. Darzu auch alle ihre Endt vnd Gebendt / Klaider / Klainoter / vnd was zu jhrem Leib gehörig / Jtem / auß jhrer beeder Ehe=Leuth gemainer vermischten Hauß=Fahrnuß / ein durchgehender gleicher Kinds=Theil.

Wäre jhr auch von jhrem Ehe=Würth etwas geschenckt wordē / welches nit über tausendt Gulden Rheinisch in Müntz / oder da es darüber / vor Gericht insinuiert, angebracht vnd eingeschriben / oder die Schanckung in Beyseyn fünff Zeugen / oder in dem Heyrat=Geding / bey welchem nicht weniger dann fünff Zeugen gewesen / beschehen / soll es jhr ebenfahls zustehen. Es sey dann / daß der verstorbene Ehe=Würth Kinder von voriger Ehe hab / so mag sie in allem / es sey durch Schanckung oder Kinds=Theil ein mehrers von jhres Manns Guet nit bekommen / dann so vil was einem Kind / welchem der Vatter am wenigisten vermacht / von allem sein deß Vatters Vermögen zugethailt worden / Dann in solchem Fall ist die Ubermaß vngültig.

Hätte aber das Weib jhrem Mañ ein gewisses vnd rechtes Heyrat=Guet zugebracht / doch sonsten zwischen jhnen / wie es der Todt=Fäll halben soll gehalten werden / nichts bedingt worden / so folgt jhr die Widerleg / welche dem Heyrat=Guet gleich seye / jhr Leben=lang nutz=nießlich / vnnd sonsten das ander alles / wie oben im Anfang gemeldet ist / Allein daß der Kinds=Theil / in dem mit einander eroberten Guet / gefallen seyn soll.

SUMMARIA.

1. *An hic articulus agat de successione hæreditaria uxoris in bonis mariti?*
2. *Quomodò uxor, & vir de jure communi sibi succedant?*
3. *Quomodò de jure prætorio?*
4. *An hæc successio viri, & uxoris in Patria nostra sublata sit?*
5. *An consanguinei conjuges in infinitum excludant?*
6. *An etiam fiscus succedat deficientibus consanguineis intra decimum gradum?*
7. *Quid si descendentes sint extra decimum gradum?*
8. *An pactô conveniri possit, ut solutô matrimoniô dos maneat apud maritum?*
9. *An etiam, ut donatio propter nuptias maneat apud Sponsam?*
10. *Quid si liberi per tale legatum priventur suâ legitimâ?*
11. *Quid de dote profectitia?*
12. *Quid si pater in cessionem dotis consenserit?*
13. *Quot testes tali conventioni interesse debeant?*
14. *Quô titulô uxor post mortem mariti dotem recipiat?*
15. *Quales actiones habeat uxor pro Paraphernalibus, & Morgenatica?*
16. *Quænam sit quantitas morgenaticæ?*
17. *An morgenatica debeatur, si quis viduam duxit?*
18. *An Morgengeba vidualis gaudeat privilegiô veræ morgenaticæ?*
19. *Quid si autem consistat in re actualiter tradita?*
20. *Quid uxori debeatur ex acquæstubus?*
21. *Quid sint acquæstus?*
22. *Quænam propriè ad acquæstus pertineant, vel non?*
23. *Quid si mariti, vel uxoris propria bona fuerint durante matrimonio meliorata?*
24. *Quid si unus conjugum speciali opificiô aliquid superlucratus fuerit?*
25. *Quô titulô pars acquæstuum veniat ad uxorem?*
26. *An uxor acquæstus participet titulô successionis maritalis?*
27. *Rationes pro affirmativa.*
28. *Contrarium in subsequentibus sustinetur.*
29. *Refutantur in contrarium adducta.*
30. *An competat titulus pro socio?*
31. *Quid si æquales sint conjugum reditus, & acquæstus?*
32. *Quam ergo uxor habeat acquæstionem?*
33. *Quare uxor cum filijs partem, & sine illis dimidietatem acquæstuum acquirat?*
34. *Quid de conjugibus commercialibus?*
35. *Condictio ex lege pro acquæstibus an sit actio personalis, vel in rem scripta?*
36. *Quid si debita contracta sint in communi matrimonio conjugum?*

IN toto hoc titulo, ut Rubrum exsplicat, agitur de dote, & contradote, sive donatione propter nuptias, de pactis dotalibus, Morgengeba, & alijs conventionibus, sive negotijs inter virum, & uxorem celebrari solitis, & consuetis, & quidem primi articuli inscriptio est, quid uxori debeatur post mortem mariti? adde existentibûs liberis.

Prima igitur Quæstio est, an hic totus titulus, & præcipuè primus hic articulus intelligendus sit de hæreditaria uxoris successione, vel non? De quo paulò post plura dicemus, & quædam jam priùs dicta sunt in Processu nostro Edictali *ad Tit. 2. Art. 11. 12. 13. & 14.* 1

Nunc præmittimus, quòd de Jure Communi vir, & uxor sibi ex duplici Jure succedant. Primò, de Jure Cæsareo, deinde, ex Jure Prætorio: De Jure Cæsareo sibi invicem succedunt, si matrimonium est sine dote, & conjux præmoriens fuerit dives, superstes autem pauper, tunc hic succedit, etiam cum ipsis liberis, & quidem in quartam partem, si tres sint, vel pauciores, si verò sint plures, superstes succedit in partem filialem, sive æqualem *text. in Auth. præterea Cod. unde vir, & uxor. Novell. 117. cap. 5. Manzius. tit. 2. §. 1. de successione viri, vel uxoris.* Sed cùm hæc successio *Artic. 4. hoc. Tit. §.* **Wo aber / *Vers:* deßgleichen /** omninò improbetur, quod pro differentia notan- 2 *Diff.*

tan-

tandum, cùm, ut textus dicit, in his provincijs dicta successio nunquam in usu fuerit, ideò frustraneum est, de ampliationibus, & limitationibus hujus constitutionis plura disserere, qui illa scire desiderat, videat *D. Manzium dict. loc.* §. *1. 2. & 3. Et D. Balthasar part. 1. Tit. 1. resol. 1.*

3 Altera successio, quæ viro, & uxori de Jure Prætorio conceditur, est ista, si defunctus neque liberos, neque parentes, neque consanguineos habeat, tunc enim hæreditas ad Conjugem superstitem devolvitur, *l. 1. Cod. unde vir, & uxor. Manzius loc. cit. ad princ. tit. de success. vir. & uxor.*

4 Nunc oritur quæstio prima, an etiam hæc successio de Jure nostro Statutario sublata sit? Et videtur dicendum, quod Sic: Si enim successio inter virum, & uxorem ex Jure Cæsareo competens abrogata est, multò magis successio ex Jure Prætorio concessa abrogata esse censeri debet, cùm utique jus Cæsareum fortius sit jure Prætorio, quia Cæsaris potestas potestatem Prætoris exhaurit: Deinde *Art. 4. hujus Tit.* in fine expresè dicit, quòd illa tantùm observari debeant circa successionem viri, & uxoris, quæ in hoc titulo continentur, sed in toto hoc titulo nullô verbô disponitur, quòd in deficientiam liberorum, & consanguineorum Coniux ad successionem Conjugis admitti debeat, ergo, &c. præsertim cùm agatur de præjudicio fisci, qui aliàs in defectum consanguineorum jus succedendi habet: Sed hîs non attentîs, putamus, verius esse, hanc successionem de Jure Prætorio Conjugibus indultam Jure nostro Statutario non esse abrogatam, cùm talem abrogationem nullibi inveniamus, sed potiùs contrarium, cùm *Tit. 49. Art. 4. & ult.* expresè dicatur, quòd in ijs, quæ dubia, & litigiosa sunt, & in Constitutionibus nostris non inveniuntur expresè mutata, sequi debeamus jus Commune tam Canonicum, quàm Civile: Nec quidquam in contrarium faciunt rationes allatæ, tametsi enim jus Cæsareum de successione conjugis pauperis sublatum sit, non tamen sequitur, quòd propterea sublatum sit jus Prætorium, quod Jure Cæsareo plerúmque magìs æquum, & favorabile est, quis enim dubitare potest, si Legislator noster etiam voluisset abrogare dispositionem Juris Prætorij, quin hujus rei in hoc articulo nullam mentionem fecisset? cùm abrogatio Juris Prætorij cessisset in suum commodum, sicut abrogatio Juris Cæsarei cessit tantùm in favorem liberorum, & consanguineorum. Verbô dicam, lex Cæsarea est rigorosa, & præjudicat liberis, & Consanguineis, quibus jure naturæ debetur hæreditas, lex Prætoria verò, quæ magìs superstiti Conjugi, quàm fisco favet, cujus successio odiosa est, non nisi pro favorabili haberi potest, non sequitur igitur, odiosa successio Conjugum in detrimentum liberorum est sublata, ergò etiam sublata est favorabilis, quæ facta est in detrimentum fisci. Videatur *Tit. 39. Art. 3. & 7.* ubi legitima uxor in bonis illegitimorum filiorum præfertur fisco, quod utique signum est, successionem ex Jure Prætorio inter virum, & uxorem Jure nostro Statutario sublatam non esse.

5 Altera quæstio est, an consanguinei conjuges in infinitum excludant, vel tantùm quoad 10. gradum? *D. Rath in dissert. de potiss. different. Jur. Comm. & Constit. Bavar. assert. 1.* Et cum illo *D. Balthasar in pract. Resolut. tit. 1. resol. 1. n. 9.* & plures alij ibidem citati volunt, quòd consanguinei in quocunque gradu, etiam remotissimo conjuges excludant: per rationem, quòd leges de successione consanguineorũ disponentes, de certo numero graduum nec verbum dicant, sed generaliter, & indefinitè consanguineos ad successionem vocent, conjugibúsque præferant. *l. 1. Cod. unde vir, & uxor.* Ubi expresè dicitur, quòd tunc maritus, & uxor sibi invicem primùm succedant, quoties deficit Omnis parentum, liberorúmve, sive propinquorum, legitima, vel naturalis successio: Si igitur ex linea descendenti, vel collaterali. v. g. in 11. gradu propinquus adest, non potest dici, quòd deficiat Omnis legitima, vel naturalis successio. Vid: etiam *text. in l. post consanguineos.* §. *1. ff. de*

ff. de suis, & legit. hæred. §. *cæterùm. Inst. de legit. agnat. successff. Novell. 118. cap. 3.* Quia tamen contraria sententia magìs communis est, ut videre est apud *Berl. ch. pract. conclus. part. 3. conclus. 26. n. 4. Gail. lib. 2. obs. 150. n. 1. Hartm. Hartm. pract. obs. lib. 2. tit. 34. obs. 1. n. 4. Forster. de successf. ab Intest. lib. 8. cap. 9. conclus. 5. n. 7.* Putamus, ab illa non esse recedendum, ídque per hanc rationem, quòd in §. *fin. Inst. de successf. cognat.* admittantur ad successionem agnati usque ad 10., & cognati usque ad 7. tantùm gradum, tametsi igitur hodierno Jure differentia inter agnatos, & cognatos sublata sit, ex eo tamen non sequitur, etiam determinationem graduum sublatam esse, cùm in hoc sufficienter parificentur, si etiam successio cognatorum ad 10. usque gradum extendatur: Nec quidquam textus supra allati in contrarium faciunt, tametsi enim generaliter, & indefinitè loquantur, debent tamen intelligi secundùm modò *alleg.* §. *in Inst. de successf. cognat.* quod enim non specificè mutatur, cur stare prohibeatur? Deinde communis est DD. opinio, quòd fiscus succedat, etiamsi adsint consanguinei, sed ultra 10. gradum defuncto conjuncti, *Schneidevv. de successf. fisci. n. 14. Manz. ibidem tit. 12. ad princ. n. 8. gloss. in l. vacantia. 4. Cod. de bon. vacant.* Si igitur fisco concedamus exclusionem consanguineorum extra 10. gradum existentium, debemus necessariò etiam concedere ipsis conjugibus, qui in successione Fiscum vincunt, juxta regulam, si vinco vincentem te, multò magìs vinco te, ne aliàs induceretur circulus vitiosus, quamvìs ultrò fateamur, eadem facilitate negari posse, fisco successionem competere, si consanguinei ultra 10. gradum adsint, cùm *text. in l. 1. & l. 4. Cod. de bon. vacant.* æquè generaliter, & indefinitè loquantur, ac *l. 1. Cod. unde vir, & uxor.* & proinde dici possit, consanguineos ultra 10. gradum existentes tam conjugum, quàm ipsius fisci successionem excludere. 6

Singulariter tamen notandum est, quòd retenta prima opinione magìs communi de exclusione collateralium ultra 10. gradum existentium per conjuges, & fiscum, ea sit tantùm intelligenda de cognatis, & agnatis, & non de descendentibus. Ratio est, quia §. *fin. Inst. de successf. cognat.* expresè tantùm loquitur de agnatis, & cognatis, & non de descendentibus, determinatio igitur graduum, quæ agnatorum, & cognatorum causâ facta est, ad descendentes extendi non potest, cùm descendentes collateralibus favorabiliores sint, certè, cùm ista restrictio propter difficultatem probationis, quâ laborant ita procul dissiti, ad compescendam multitudinem litium introducta esse videatur, illa ad descendentes applicari non debet, cùm notorium sit, quòd nobiles personæ, & plures etiam honestæ familiæ possint gradus suos in linea descendenti sæpè ultra numerum 20. vel 30. exactissimè numerare, quibus igitur nec fiscus, nec conjuges potiores esse, & iisdem hæreditatem præripere fas est, qui plura de successione conjugum ex Jure Prætorio videre cupit, adeat *D. Manz., D. Balthasar, & D. Forster. loc. cit.* nos pergimus ad exsplicationem nostri articuli. 7

In hoc articulo specialiter statuitur, ut marito prædefuncto uxori debeatur 1. Dos marito illata. 2. Paraphernalia. 3. Morgenatica, sive Morgengeba. 4. Pars acquæstuum. 5. Pars communis supellectilis domesticæ. 6. Donata. Et denique. 7. Contrados, sive donatio propter nuptias, additâ hâc clausulâ, nisi per pacta dotalia aliud fuerit conventum, de quibus singulis nunc videbimus. 8

Ex quo surgit prima Quæstio, an per pacta dotalia conveniri possit, ut solutô matrimoniô dos maneat apud maritum saltem in casum, quô liberi non extant? Et in multis locis ejusmodi consuetudinem esse, asserit *Schneidevv. de successf. viri. & uxoris. n. 8. & in* §. *fuerat. n. 107. Inst. de Act. Anton. Math. disput. 11. Thes. 15. VVesenb. in parat. n. 5. ff. sol. matrim. Manz. Tit. 11.* §. *4. de successf. viri, & uxoris. n. 53.* Si igitur consuetudine, vel Statuto hoc introduci potest, ut maritus lucretur dotem, ergo etiam per

pacta dotalia, quòd manifestè nostra Statuta approbare videntur; cùm dicant, dotem, bona Paraphernalia, & Morgengebam, uxori restituenda esse, nisi in pactis dotalibus contrarium fuerit cautum.

9 Limitatur tamen hæc Regula secundùm *Schneidevv. loc. cit.* ut talis consuetudo, sive Statutum non obtineat in sponsa etiam de præsenti, per rationem, quam ille affert, quòd maritus, qui onera matrimonij nunquam subijt, non mereatur lucrationem dotis, de quo subsistimus, ut paulò post videbimus.

10 Secunda limitatio est, ut ejusmodi pactum illicitum sit, si ex communi matrimonio liberi nascerentur, qui remanente dote apud maritum privarentur suâ legitimâ in successione materna: Ratio est, quia prædicti DD. nec consuetudinem, nec statutum de lucratione dotis pro marito admittunt, si liberi extant, sive ex communi, sive ex præcedenti altero matrimonio, ergò multò minùs ejusmodi pactum admittendum est, quo uxor liberos suos legitimâ Jure naturæ debitâ, per pactum privare velit.

11 Longè minùs tertiò ejusmodi pactum valet in præjudicium patris, si præsupponamus, uxorem non nisi dotem profectitiam habere à patre, quia communis sententia est, quòd mortuâ filiâ dos profectitia revertatur ad patrem, tametsi illa liberos post se reliquerit. *Manz. loc. cit.* Jus enim, quod patri debetur, eidem per pactum filiæ inverti non potest: Nisi ipse fortè
12 in desponsatione filiæ, prout communiter moris est, subscribendo pacta dotalia consenserit, ut filiâ suâ sine liberis mortuâ dos remaneat apud maritum; quilibet enim favori pro se introducto renunciare potest, & sicut lex, quæ reversionem dotis profectitiæ ad patrem admittit, ut locò amissæ filiæ saltem ex reversa dote solatium capiat, ita pater consentire potest, ut locò amissæ conjugis dos pro solatio lucro mariti cedat.

13 Limitatur tertiò, ut hoc secundùm statuta nostra Provincialia non aliter obtineat, nisi in pactis dotalibus, ut paulò post videbimus, ad minimum quinque testes adhibiti sint: Ratio est, quia talis dispositio, sive conventio, quæ concipitur in casum mortis, valet in vim ultimæ voluntatis, nulla autem ultima voluntas subsistere potest, nisi ad minimum quinque testes intervenerint. Vide tamen dicta ad *Tit. 37. Art. 1.* der Land-Recht.

14 Secunda quæstio est, quô titulô uxor post mortem mariti dotem suam, & paraphernalia recipiat? De hac quæstione egimus in dem Gandt-Proceß / *Tit. 2. Art. 11.* cum hac distinctione, an dos marito illata, vel paraphernalia adhuc extent in bonis mariti, vel an consumpta sint? Si adhuc extent, uxori competit rei vindicatio, & proinde dotem, & paraphernalia adhuc extantia recipit Jure dominij, si autem consumpta sint, tunc uxor habetur pro creditrice, & pro dote repetenda actionem hypothecariam cum privilegio prælationis à die matrimonij contracti. In paraphernalibus verò
15 habet quidem etiam actionem hypothecariam, at privilegiô prælationis carentem, non à die contracti matrimonij, sed à die illationis, quo paraphernalia in manus mariti devenerunt: Ratione morgenaticæ habet condictionem ex lege, sive consuetudine, cùm Morgengeba etiam debeatur, tametsi non fuerit in stipulationem deducta, simul cum hypothecaria à die contracti matrimonij, quod ita intelligendum est, si Morgengeba generaliter ex bonis mariti fuit constituta, secùs est, si res specifica E. C. certus fundus, torques aurea, vel simile quid in Morgenaticam datum est, tunc enim uxor idem jus consequitur, quod maritus habuit, & proinde etiam pro tali Morgengeba rei vindicationem habere poterit, ut dicemus *Tit. 2. Art. 1. 5. & 7.* interim *Vid. Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 44. & Manz. Tit. 7. §. 3. de donat. n. 49. & seqq.* prout omnia ibidem latiùs deducta sunt, quæ hîc repetere supervacaneum esset, ut consequenter hic articulus nihil videatur disponere de titulo successionis, de quo tamen paulò post ampliùs dicemus.

Quæ-

Quæstio tertia est, quare hic articulus cum dote non etiam disponat de contradote, sive donatione propter nuptias? Respondemus, mulieri ratione contradotis non minùs competere actionem hypothecariam à die matrimonij contracti, quàm ratione Morgenaticæ, prout expresse disponitur in dicto *Art. 11. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß.

Quæstio quarta est, quia in præcedentibus diximus, Morgengebam apud nos uxori solvendam esse ex consuetudine Patriæ, tametsi in pactis dotalibus de illa nulla conventio, sive stipulatio facta fuerit, quænam debeat esse illius quantitas? Et Respondetur ex articulo nostro, id Judicis, & Magistratus ordinarij arbitrio relictum esse, ita tamen, ut tertiam partem eorum bonorum non excedat, quæ uxor marito attulit. In jure antiquissimo determinata fuit 10. pars non bonorum, quæ uxor marito attulit, sed quæ ipse maritus possidebat, & quidem cum hac restrictione, ut maritus plus dare non potuerit, minus autem pro lubitu. *cap. 12.* §. welch arm Mann. Et hæc Regula quidem facilis est, si præsupponamus, sponsam aliquid marito attulisse; In omnibus enim ferè pactis dotalibus moris est, ut tertia pars dotis allatæ pro Morgenatica constituatur, quod est de 300. florenis 100. de tribus millibus 1000. Sed quid si sponsa fuit indotata persona vilis conditionis, & inops, prout sæpè contingit, ut ejusmodi puellæ propter pulchritudinem, aut alias virtutes, aut subindè etiam ex insano amore ab opulentioribus superinducantur, & ut plerùmque fit, cum ijs nulla pacta dotalia erigantur, 16

Quinta Quæstio est, quomodò determinatio Morgengebæ fieri debeat? Et Respondemus, respectum non esse habendum ad uxoris patrimonium, cùm illô careat, sed ad communem consuetudinem Patriæ, respectu cujus maritus alteri uxori, si sibi similem duxisset, probabiliter fuisset assignaturus: Ratio est, quia Morgengeba est quasi donum matutinum, quod datur uxori in compensationem virginitatis, quam puellæ in Germania nostra semper magni habuerunt: Si igitur inops sponsa marito diviti virginitatem attulit, debet utique virginitatem pauperis tanti solvere, quanti solvisset, si locupletiorem duxisset, non enim videmus, quare puellæ locupletis virginitas debeat esse pretiosior, quàm puellæ pauperis. Sed ex hoc nascitur

Sexta Quæstio, an Morgengeba debeatur, si quis viduam duxerit, & 17
non virginem? Respondemus, quòd quidem articulus noster simpliciter loquatur de virgine, ut proinde dicendum sit, viduæ secundùm constitutiones nostras Patrias, nisi specialiter de ea convenerit, nullam Morgengebam deberi, sed quia ferè ubique moris est, ut etiam viduæ semper sibi paciscantur de solvenda Morgengeba, quæ tamen plerùmque kein Morgengab / sed ein Vertrauung / vocatur, quasi potiùs solvatur ratione desponsationis, & pro nocturno concubitu, quàm in præmium, & recompensationem virginitatis, ideò non dubitamus, quin hæc conventio tanquam honesta, & licita omninò sit observanda, ubi autem nulla conventio de solvendo matutino munere cum viduata inita est, putamus, eidem ratione desponsationis nihil deberi, eò quòd textus noster in Parenthesi expresse dicat (da Sie doch Jungfräulichen Standts gewesen) ex quo manifestè sequitur, quòd ea, quæ non fuit in statu virginali, sed vidua, vel fortè priùs corrupta, Morgenaticum munus non mereatur.

Sequitur septima Quæstio, an si vidua in pactis dotalibus sibi Morgen- 18
gebam, sive munus sponsalitium, ein Vertrauung / pacta fuerit, an talis Morgengeba impropria gaudeat privilegiis veræ Morgenaticæ, v. g. Tacitæ hypothecæ, si vidua in pactis dotalibus de hypotheca sibi non vigilaverit? Et certè nos crederemus, affirmativam vix sustineri posse, cùm revera ejusmodi munus sponsalitium vera Morgengeba non sit, sive, ut antiqua nostra

ſtra Statuta loquuntur, weil diſe Morgen-Gaab kein Belohnung iſt / die der Würth ſeiner Brauth gibt vmb die höchſte Ehr / die ihr GOTT je gab / das iſt vmb die Jungfrauſchafft / propterea Morgengeba ex prædicto Jure antiquo jam tunc adeò privilegiata fuit, ut mulier eandem per ultimam voluntatem in quemcúnque transferre, & nec maritus, nec conſanguinei, nec ipſius liberi, hæredes neceſſarij, & ſui, translationem impedire potuerint.

19 Si tamen maritus ejuſmodi donum matutinum nuptæ ſibi viduæ in re ſpecifica conſtituerit, & actualiter tradiderit, non eſt dubium, quin per traditionem conſequatur dominium.

20 Ultra dotem, paraphernalia, & morgenaticam uxor ex bonis mariti de acquæſtibus, ſi maritus defunctus liberos poſt ſe reliquerit, partem filialem, ſi autem unicus filius, vel unica filia ſuperſit, ſive ex comuni, ſive ex priori matrimonio, dimidiam partem recipit.

21 Quod, ut meliùs intelligatur, digeramus hanc diſpoſitionem claritatis causâ in ſequentes Quæſtiones.

Prima Quæſtio eſt, quid ſint acquæſtus? Ad hoc Reſpondetur ex articulo noſtro, quòd acquæſtus dicantur bona, quæ durante matrimonio vir, & uxor de communibus bonis, & ex communi parſimonia, vel diligentia, & cooperatione ſuperlucrati fuerunt. Tametſi enim de Jure Communi aquæſtus pertineant ad maritum, ut plures DD. hujus opinionis ſunt, *Mant. de tac. & ambig. convent. Tit. 12. lib. 6. n. 4. Covar. de matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 5. & 6. Idem var. reſolut. lib 3. cap. 16. VVeſenb. in parat. ff. de rit. nupt. n. 6. Beſold. in diſſert. de ſucceſſ. ab inteſt. Theſ. 27. D. Rath in diſſert. Jurid. de differ. Jur. Comm. & Bavar. aſſert. 1.* tamen in pluribus regionibus, vel ſtatutis, vel conſuetudine communicatio acquæſtuum inter conjuges introducta eſt, imò univerſalis quædam communicatio bonorum, ita, ut omnia tempore matrimonij ſupervenientia jure quaſi ſocietatis fiant conjugibus communia, veluti de terris Hiſpaniarum, Galliarum, & Luſitanorum atteſtatur *Covar. loc. cit.* de Saxonia *VVeſenb. loc. cit. n. 6. & Coler. de Proceſſ. Execut. part. 2. cap. 3. n. 271.* Quam conſuetudinem etiam noſtra ſtatuta Bavarica aliqualiter, & quaſi per umbram ſecuta eſſe videntur, eò magis, cùm etiam Clariſſ. DD. doceant, hanc individuam vitæ, & bonorum ſocietatem Juris Comunis eſſe. *Mayrer. in tract. de præfer. credit. lib. 2. tit. 6. n. 9. Leſſius de Juſt. & Jure. lib 2. cap. 12. n. 82. Nicol. Everhard. conſ. 53. n. 1.* & omnium optimè, & magiſtraliter *Joan. Frid. de Solis. tract. de bon. conſt. matrim. acquiſ. quæſt. 9. part. 2. per totum. per text. expreſſ. in cap. ſignificavit. 2. x. de donat. inter vir. & uxor.* Ubi Summus Pontifex reſcribit, quòd divortiô inter uxorem, & maritum putatitium celebratô, uxori non ſolùm dos, ſed etiam omnes poſſeſſiones, quæ eis conſtante matrimonio obvenerunt, communicari debeant. Alter textus eſt in *cap. penult. de conſuetud.* ubi uxor committens adulterium de Jure Canonico nullâ in contrarium conſuetudine attentâ, privatur bonis conſtante matrimonio acquiſitis, ergo à contrario ſenſu, ſi non commiſerit adulterium, ejuſmodi bona ei jure ſunt communicanda. Videatur tamen *Art. 10.*

22 Et ex hac difinitione acquæſtuum ſequitur primò, quòd uxori comunicanda non ſint, quæ maritus conſtante matrimonio non ex comuni parſimonia, diligentia, & cooperatione uxoris, ſed aliô prorſus extraneô titulô v. g. ex delatione hæreditatis, legato, donatione mortis causâ, vel inter vivos, aut aliô ſimili acquiſivit, *Balthaſar. pract. reſol. tit. 1. reſol. 1. n. 20. Gomez. ad ll. Tauri. l. 50. & ſeqq. n. 72.* Sequitur ſecundò, quòd nec illa bona, quæ maritus, vel uxor ante contractum matrimonium præhabuerunt, in communicationem veniant, Ratio eſt, quia non poteſt dici, quòd præhabita tempore matrimonij communi parſimonia, & labore fuerint acquiſita. Sequitur tertiò, quòd multò minùs in communicationem deducenda ſint, quæ maritus ex re judicata, pacto, aut tranſactione, aut quibuſvis alijs contra-

ctibus

ctibus sibi de novo acquirit, *Arr. Pinell. part. 3. n. 105. Cod. de bon. mater. Garz. de Conjug. acquæst. n. 173.* Nisi ea, quæ durante matrimonio ex communibus bonis, & communi conjugum parsimonia, & opera, superlucrata, in ejusmodi novos contractus, transactiones, & similia pacta impensa sint; Ex quo similiter sequitur quartò, si vel uxoris, vel mariti bona, ut ita dicam, durante matrimonio, adventitia, vel priùs præhabita ex acquæstibus communis matrimonij fuerint meliorata, quòd ejusmodi melioratio omninò computanda sit in communicationem acquæstuum inter conjuges faciendam. 23 Ita etiam sequitur quintò, quòd, si bona unius, vel alterius conjugis fuerint alienata, & ex communibus durante matrimonio pari labore, & parsimonia superlucratis alia substituta, illa noviter substituta, vel certè pretium priùs alienatorũ in locum acquæstuum succedant, & inter utrósque conjuges communicabilia sint. Sequitur sextò, quòd, si maritus, aut 24 uxor speciali aliquo opificio, aut industria, ubi nec communis opera, nec communis parsimonia intervenit, sibi acquisivit, illud in comunicationem non veniat. E. G. Si uxor fuerit chyrurga, vel obstetrix, si phrygia acu nere, pingere, sericos tapetes, & alia pretiosa opificia conficere possit, & similia plura, quæ omnia in compendioso nostro commentario huc conferre, animus nobis non est. Videantur illa, quæ habet *D. Balthas. D. Rath. & maximè scriptores Hispani, Galli, & Lusitani. Gomez. Guttierez. Covar. & alij passim. loc. cit.* qui de hac materia scripserunt, & quæ in compendio repetit *Nicol. Vigel. meth. Jur. Controv. lib. 3. cap. 8. Reg. 93.* cum sequentibus limitationibus. Nos pergimus interim ad alias magis necessarias quæstiones, & ponimus

Pro secunda Quæstione, quô titulô hæc dimidia, vel filialis portio de 25 acquæstibus deveniat ad uxorem? Plerique DD. sibi imaginantur titulum Societatis, cùm inter conjuges sit quasi individuæ vitæ conjunctio, *l. I. Cod. de Jure Dotium*, & omnium lucrorum, commodorum, periculorum, infortuniorum, & utriúsque quasi fortunæ, malæ, & bonæ participatio, *l. si cùm dotem. §. maritus. vers. quidquid enim. ff. sol. matr. l. I. vers. consortium omnis vitæ. ff. de ritu nupt.* Sed certè hic titulus pro communicatione acquæstuum gratìs affingitur, cùm ex hoc, quòd conjuges inter se habeant consortium vitæ, non sequatur, quòd inter se habeant consortium bonorum, *Videat. D. Rath dict. loc. assert. I. litt. E.* Non equidem ignoramus, quòd Juris-Consulti exteri Hispani, Galli, & Lusitani hanc communicationem bonorum extendant non solùm ad ea, quæ ex communi parsimonia, labore, & cooperatione tempore constantis matrimonij proveniunt, sed etiam quæ ad unum, vel alterum conjugem quôvis titulô inter vivos, aut mortis causâ devolvuntur, sed quia in Statutis nostris omninò contrarium est, ut jam præmisimus, ideò hunc fictitium titulum societatis acquæstuum communicationi affingere non possumus.

Quæres igitur tertiò, cùm de Jure Communi omnia noviter acquisi- 26 ta, ut supra allegavimus, ad excludendam à muliere turpis quæstûs suspicionem præsupponantur esse mariti, an ergo hanc communicationem acquæstuum accipiat Jure successionis? Et super hac re multùm aliquando litigatum fuisse recordamur, sed qualis desuper decisio subsecuta sit, memoriæ excidit. Casus talis erat: Quidam propter nimium æs alienum subhastatus fuit, & in concursu creditorum omnibus creditoribus satisfieri non potuit, mortua igitur prima uxore luxuriosa, & prodiga, alteram duxit providam, & parcam, cum qua ad pinguiorem fortunam devenit, ita, ut creditores in subhastatione exclusi ab uxore sterili secundi matrimonij solutionem peterent, illa ècontra opponente, quòd ad minimum sibi dimidium bonorum, utpote suâ parsimoniâ, labore, & cooperatione noviter acquisitorum debeatur, creditoribus verò tenaciter defendentibus, quòd uxor il-

torum dimidietatem acquæstuum aliter habere non possit, nisi titulô successionis hæreditariæ. Nos dicemus, quæ nostra hac in parte sit opinio: Et
27 quidem pro affirmativa stringunt sequentia argumenta. Primò, si maritus præmortuus, vel ex communi, vel ex alio priore matrimonio plures liberos reliquerit, uxor in acquæstibus vocatur ad partem filialem, atqui filij Jure successionis vocantur ad suas partes filiales, ergò & uxor vocatur eodem jure ad suam partem filialem. Secundò, jam priùs diximus, quòd uxor, ad consequendam partem, vel dimidium acquæstuum, titulum pro socio non habeat, cùm per matrimonium contrahatur quidem consortium vitæ, sed nullum consortium, sive communicatio bonorum, ergo videtur, quòd uxor nullam causam pro communicatione acquæstuum habere possit, quàm causam successionis, ut proinde tanquam hæres rectè potuerit à creditoribus mariti conveniri. Tertiò supponit noster articulus, uxorem capere hanc portionem ex bonis mariti ab intestato defuncti, in verbis, deßgleichen soll jhr geben werden ein gleicher Kinds-Theil / so vil einem jeden Kind zu gleichen Theil. NB. ohne letzten Willen gebühren mag / successio autem ab intestato, est successio hæreditaria, ergo &c. Quartò vix videtur aliud remedium juris superesse, quô uxor partem acquæstuum consequatur, nisi admittamus causam successionis, nullibi enim uxori pro acquæstibus hypotheca tribuitur, sicuti tribuitur ratione dotis, paraphernalium, contradotis, & morgenaticæ, nec rei vindicationem habere potest, cùm præsupponamus, acquæstus adhuc esse in bonis mariti, & nunquam pervenisse ad manus uxoris, sine traditione autem non transfertur dominium, & consequenter rei vindicatio deficit. Sed, his non
28 attentis, respondemus, mulierem ad consequendam dimidietatem, vel partem filialem in acquæstibus habere condictionem ex lege, sive statuto, quâ petere potest, ut fiat separatio portionis ex lege, sive statuto sibi competentis, quâ factâ, & apprehensione subsecuta, utique dominium acquirit, ex quo creditoribus prioris matrimonij, tanquam ex suo, nullô modô est obligata.

29 Nihil obstat, quod paulò ante in contrarium diximus, nam quod attinet ad primum: Filij quidem suam portionem accipiunt Jure successionis, cùm aliàs nullum titulum habere possint tanquam hæredes patris, uxor autem non est hæres mariti, sed propterea acquirit vel partem dimidiam, vel filialem, quia acquæstus præsupponuntur ex utriúsque conjugis bonis, & communi opera parti, cùm plerúmque maritus sine uxoris cooperatione parùm proficere possit, hanc igitur partem, quæ ipsi propter cooperationem acquiritur, consequitur condictione ex lege, & proinde nullam obligationem mariti creditoribus satisfaciendi contrahit. Et hinc est, ut articulus dicit, es soll jhr geben werden / item ut articulus 4. loquitur, es soll dem Uberlebenden verbleiben / quæ non sunt verba tituli hæreditarij, sed proprietarij, imò si uxor post mortem mariti est in possessione bonorum maritalium, non minùs pro parte sua acquæstuum potest uti Jure retentionis, quàm ratione dotis, & paraphernalium, ut diximus ad *Tit. 2. Art. 11. & 13.* deß Gandt-Proceß / quod manifestè important dicta verba *Art. 4. hujus Tit.* das bleibt dem Uberlebenden / quod enim alicui manet, debet in ejus possessione, & manibus esse, & quod alicui manere debet, debet is ex necessaria consequentia retinere posse. Meminimus, nos legisse in libro manuscripto, qui indigitatur, die Gutachten über die Bayrische Land-Recht / primitùs *Art. 4.* inscriptum fuisse, was das Weib erben soll / wann der Mann ohne Kinder stirbt / quæ inscriptio postmodùm mutata, & ista verba substituta fuêre, wann Eheleuth sterben / die nit Kinder verlassen / was jedem auff deß anderen Vorabsterben gebühre / quod est manifestum signum, legislatorem titulum successionis exclusisse, cùm longè aliud sit, was dem Uberlebenden gebühren soll / quàm illud, was das Uberlebende erben soll / prius verificari potest

test ex quolibet titulo, posterius non nisi ex titulo successionis hæreditario.

Et ex hoc sufficienter jam responsum est ad secundam rationem in contrarium allegatam, nulla est enim consequentia, non competit uxori titulus pro socio, ergo debet habere titulum pro hærede, cùm nos substituamus condictionem ex lege, quam etiam agnoscit *D. Arnold. Rath. dissert. de potiss. Jur. Comm. & Bavar. differ. assert. 3. litt. B. & Balthasar. pract. resolut. Tit. 1. resolut. 1. n. 85.* Ubi tractant hanc quæstionem, an dominium acquæstuum pro medietate, vel parte filiali ipso Jure transeat in uxorem? Et respondet uterque, quòd non, sed quòd traditione opus sit, eò quòd verba nostri articuli sonent, **es soll ihr geben werden**/ verbum autem DARE propriè importat dominij translationem *l. ubi autem. §. ult. ff. de V. O. §. sic itáque Inst. de Actionibus.* Et quamvìs *D. Balthasar. loc. cit. n. 69.* velit, tametsi inter virum, & uxorem nulla sit societas universalis bonorum, esse tamen particularem quandam quoad lucra ex comunibus bonis, vel communi opera, aut parsimonia acquisita, ita ut, quod postea *n. 85.* supplet, uxori competat actio communi dividundo, nullam tamen nos necessitatem invenimus, hanc particularem societatem admittendi, imò in effectu non esset particularis, sed universalis societas quoad omnia lucra ex communibus bonis, & communi industriâ provenientibus, in tali autem societate generali, & universali dominium, & possessio ipso Jure transit in consocium *l. 1. in fine. l. 2. ff. pro socio.* atqui, ut jam priùs diximus, dominium acquæstuum pro medietate, vel parte filiali non transit ipso Jure in uxorem, cùm articulus utatur verbis, **soll ihr geben werden** / ergo articulus uxorem pro consocia non agnoscit: Deinde suppone, maritum ex secundo matrimonio nullos, ex primo autem matrimonio habuisse quinque liberos, quis non videt, qualis ista leonina societas esset, si uxor tantùm unam, liberi autem primi matrimonij acciperent quinque partes ex acquæstibus de communibus bonis, & communi opera secundi matrimonij acquisitis, præsertim, si fortè uxor secundi matrimonij fuit dives, maritus autem pauper, ita ut superlucrata magìs ex bonis uxoris, quàm ex bonis mariti provenerint? Nullam igitur agnoscimus societatem inter virum, & uxorem quoad communionem bonorum, neque tribuimus uxori actionem communi dividundo, sed condictionem ad consequendum id, quod non intuitu societatis, sed ex legis dispositione intuitu naturalis æquitatis eidem defertur: Ratio autem hujus naturalis æquitatis est, quia, qui participat de sudore, & labore, utique etiam participare debet de emolumento, & fructu laboris, cùm subinde mulieres in re familiari magìs utiles sint, quàm mariti, juxta illud Germanicum, **was der Mann verprauſt / hat das Weib erhauſt.** Licèt enim mulieres teneantur maritis ad operas reverentiales, & obsequiales, ad quæstuarias tamen non sunt obligatæ: Hinc si ex comunibus bonis, vel communi opera quæstus contingat, rationi convenit, ut mulier de eo participet. 30 31 32

Quare autem concurrentibus liberis accipiat tantùm partem filialem, & iis deficientibûs dimidietatem acquæstuum? Ratio esse potest, quòd successio liberorum favorabilior sit collateralium, ita, ut nullìs liberìs existentibûs, collaterales conqueri non possint, si uxori deferatur medietas acquæstuum, ut *Art. 4.* disponit proprietariè, altera verò medietas usufructuariè, quia fortè sine cooperatione bonæ matrisfamiliâs collaterales parùm, aut nihil fuissent habituri. Non diffitemur, satìs grave esse, quòd bona materfamiliâs concurrentibûs liberìs alterius matrimonij debeat contenta esse parte filiali, ita ut magnam sæpè partem de dimidio laboris, & sudoris sui debeat in manus privignorum suorum dimittere, qui tamen plerúmque ingrati sunt, & etiam honestissimis novercis sua invident, sed quia lex ita 33

scripta

scripta est, sic etiam observari debet, & ejus rei rationem esse putamus, quòd legislator, qui Juris Communis dispositionem pro acquæstibus soli marito acquirendis stare prævidit, noluerit ab ea longiùs discedere, & sic liberos utriúsque vel solùm prioris matrimonij uxori parificare, ne à Juris Communis dispositione nimiùm devietur.

34 Ab hac tamen Regula, quòd nullam agnoscamus societatem inter virum, & uxorem quoad bona matrimonialia, excipimus illos conjuges, qui communia commercia exercent, die zum offnen Marck / vnnd Laden sitzen / de quibus jam in Processu Edictali, *Tit. 2. Artic. 11. & 13.* diximus, & eorum mentio paulò post, & alio loco uberiùs superveniet.

Ad tertium argumentum Respondetur, in allegatis verbis nullô modô disponi, quòd uxor partem suam filialem, vel mediam debeat habere Jure successionis ab intestato, sed quòd maritus illam testamento auferre non possit, tametsi igitur maritus de omnibus bonis suis disponat, & illa in liberos, collaterales, vel prorsùs alienos hæredes transferat, nihilominùs manet uxori ratione acquæstuum illa portio, quæ illi fuisset obventura, si maritus nullum testamentum, vel ultimam voluntatem fecisset, qui est genuinus sensus hujus articuli secundùm ea, quæ habet *D. Balthasar. loc. cit. n. 163.* Ubi ex pluribus auctoribus probat, quòd conjux conjugi portionem statutariam debitam neque per testamentum, neque per alium titulum, aut contractum auferre possit. Ex quo apparet, portionem uxoris de acquæstibus non subjacere voluntati mariti, & sicut illam non potest transmittere in quosvis hæredes, ita nec potest creditoribus suis tanquam in re aliena jus constituere.

Ad quintum Responsio patet ex modo dictis: Concedimus enim uxori condictionem ex lege, sive statuto pro separatione portionis ex acquæstibus sibi debitæ, ut proinde alia actione opus non habeat.

35 Dices, quòd condictio ex lege sit actio personalis, si proinde, ut casum ab initio posuimus, uxor concurrat cum creditoribus prioris matrimonij hypothecarijs, & antiquioribus, illis cedere debeat; Respondemus, hoc nullo modo dici posse, cùm uxor portionem suam condicat, non ut alienam, & sibi debitam, sed ut suam, quæ ad massam Edictalem mariti non pertinet, nec unquam pertinuit, prout hoc dilucidè exsplicavimus in Processu Edictali, *Tit. 2. Artic. 2.* Si enim res aliena in alterius Processum Edictalem irrepsit, quocúnque tandem modo id factum sit, repeti potest, sive actione reali, sive actione personali repetatur. Exemplum posuimus in commodatario, qui rem commodatam sola actione personali commodati, cùm dominiũ ejus probare non possit, persequitur, ubi sufficit, ut ille probet rem commodatam esse, tametsi non probet suam esse, cùm hoc ipso constet, rem esse alienam, & propterea ad massam Edictalem non pertinentem, per Jura ibidem allegata.

36 Notabiliter tamen superiùs diximus, quòd uxor secundi matrimonij ad debita mariti in primo matrimonio contracta non obligetur, si tamen in communi matrimonio debita contracta sunt, ad illa uxor pro quantitate acquæstuum sibi debita, omninò obligata est, non quidem ex titulo pro Socio, quia nullam societatem bonorum inter conjuges admittimus, sed ex natura rei, sicut enim hæreditas non est, nisi deducto ære alieno, ita acquæstus esse non potest, nisi deducantur à superlucratis, quæ eorum causâ impensa sunt: E. G. Titius, & Seia constante matrimonio emerunt villam: Sed pretium emptionis vel ex toto, vel pro parte non est solutum, certè ineptissimè ageret Seia, si mortuô maritô sine liberis dimidium villæ Jure acquæstuum sibi retinere velit, quid enim accrevit utriúsque conjugis patrimonio? Si præsupponatur, pretium constante matrimonio non fuisse solutum, pulchrè *Mindan. de mandat. Judic. lib. 2. capit. 61. §. 5. per totum.*

Ubi

Ubi distinguit, an acquæstus inter hæredes defuncti mariti, & uxorem superstitem jam fuerint divisi, & apprehensi, vel non? In primo casu putat Mindanus, quòd creditores debeant priùs agere contra hæredes, qui deinde regressum habeant adversùs creditores: Secundo casu verò simpliciter fieri posse executionem in acquæstus nondum divisos: Sed nos in hoc nullam facimus differentiam, quando enim mulier ex mariti hæreditate rem alienam, & ad se non pertinentem occupavit, & ad se traxit, illa tam ab hæredibus, quàm à creditoribus Paulianâ actione revocari potest, vel si dicas, uxori rem pro acquæstu bona fide ab hæredibus datam, & traditam esse, quæ ex postfacto apparet ad acquæstum non pertinere, certè nihilominùs tam hæredibus, quàm creditoribus jus est, illam repetendi, illis condictione indebiti, his condictione sine causa: Vid. etiam *Balthasar. loc. cit. n. 102.* Ubi quidem aliam rationem habet, quòd scilicet acquæstus censeantur una eadémque indivisibilis massa, quæ tamen ratio nobis non satisfacit, quomodò enim indivisibile dici possit, quod suam certam determinationem à lege habet, & tam facilè divisionem recipit?

Continuatio

SUMMARIORUM.

37. 38. & 39. An hæc dispositio de acquæstibus lucrandis omnes conjuges concernat, vel tantùm eos, qui communem negotiationem habent?

40. An non præcisè comprehendat mulieres, quæ nec ex pacto, nec ex communione negotiationis partem de acquæstibus prætendere possunt?

41. Quare hæc dispositio non comprehendat conjuges communis negotiationis?

42. Quomodò uxores communis negotiationis, & uxores reliquæ, quæ nullam communem negotiationem cum maritis habent, diverso jure obligentur?

43. & 44. Quare Statuta nostra Bavarica mulieres moneant, ut sibi de lucris matrimonialibus specificè vigilent?

45. An etiam acquæstus communicandi sint uxoribus nobilium?

46. Et quare non?

47. Rationes in contrarium.

48. Quid de uxoribus Consiliariorum, & Doctorum, &c.?

49. Exemplum.

50. Quæ requirantur, ut lucrationi acquæstuum locus sit?

51. Quid de Legatis, & Ambassiatoribus, eorúmque donativis dicendum?

52. Quid si Princeps talibus personis donet illarum tantùm contemplatione, an uxor etiam participet?

53. & 54. Quid si fructus paraphernalium uxoris, & mariti salarium æqualia sint?

55. Quid si dubium sit, an hoc vel illud pro acquæstu reputetur, vel non?

56. Quæ hac in parte distinctio sit adhibenda?

57. Quid si durante matrimonio sub instrumento mariti bonum aliquod comparatum sit?

58. An res alienâ pecuniâ empta cedat ementi?

59. Quid si maritus ex pecunia mulieris aliquid emat?

60. Quid si ex pecunia dotali aliquid emptum sit?

61. Quid si in tali instrumento maritus, & uxor simul inveniantur inserti?

62. Quid si uxoris nomen solum sit insertum, & uxori etiam traditio facta?

63. Quid juris, si res communi mariti, & uxoris nomine empta, sed solâ pecuniâ uxoris soluta ad Processum Edictalem deveniat?

64. & 65. Quid si durante matrimonio ex acquæstibus aliquid emptum fuerit?

66. Quid si ex acquæstibus bonum feudale emptum fuerit?

67. & 68. An uxori ad consequendos acquæstus necessarium sit, ut fuerit dotata?

69. An dos sit fundamentum omnium prætensionum muliebrium?

70. Quid si conjuges ex utráque parte conveniant, & tamen insignes acquæstus habeant?

71. *Quid si matrimonium factum fuerit sine dote, & uxor dives tamen marito omnia bona sua crediderit?*
72. *An talia bona omnia censeantur marito data in dotem, vel non?*
73. *An acquæstus etiam locum habeant in matrimonio putativo?*
74. *Quid si fuerit bona fide contractum?*
75. *Vel fraudulenter, & scienter?*
76. *Quid si tantùm una pars conjugum fuerit in mala fide?*
77. *An uxor portionem statutariam acquæstuum amittat, si commiserit adulterium?*
78. *An hæc portio fisco cedat?*
79. *An mulier post mortem mariti luxuriosè vivens perdat acquæstus?*
80. *Quæ distinctio necessaria sit?*

37 Quæritur nunc quartò, an hæc dispositio de lucranda dimidietate, vel parte filiali acquæstuum indistinctè intelligenda sit de omnibus conjugibus, vel simpliciter tantùm de ijs, qui communem negotiationem exercent?
38 In hac re *D. Rath* se multùm torquet *cit: dissert. assert. 5.* quia putat, ex utraque opinione quædam inconvenientia nasci, & ibidem talem distinctionem facit, an uxor (quæ maritum ducit, cum quo communem negotiationem non habet, treiben kein offentliche Würth-vnd Marckschafft / vnd sitzt das Weib nit zu öffentlichen Kram-Laden / vnd Marck / sed maritus totam familiam regit,
39 & negotiationem solus exercet) sibi in pactis dotalibus de parte acquæstuum lucranda vigilaverit, vel non? Si sibi vigilavit, eam partem acquæstuum accipiet, quæ in pactum deducta est, si autem in pactis dotalibus sibi non vigilavit, nec quidquam de acquæstibus in stipulationem deduxit, putat D. Rath, hanc constitutionem ad illam nihil pertinere, cùm sibi imputare debeat, quare non cautiùs mercata sit, & partem acquæstuum in obligationem deduxerit, cùm constitutiones nostræ *Tit. 1. Artic. 10. in fine.* der Land-Recht / tam sollicitè moneant, ut uxores de dote, donatione propter nuptias, & reliquis matrimonialibus lucris expresè, & specialiter
40 paciscantur. Sed, ut cum venia tanti viri meam opinionem sincerè aperiam, puto hunc articulum principaliter illas mulieres concernere, quæ sibi in pactis dotalibus de acquæstuum communicatione certa, & determinata non caverunt, nec tamen talis conditionis sunt, ut cum marito comunem cauponariam, negotiationem, aut nundinationem exerceant, ex sequentibus
41 rationibus: Primò, quia ratione illorum conjugum, & personarum, quæ in communi cauponaria, vel alia nundinaria exercitatione consistunt, totus alius articulus nempe *10. hujus Tit.* habetur, ergo hic *Articulus 1.* illas personas non comprehendit: Quis enim secundò crederet, quòd legislator illum *10. Articulum*, non omninò expunxisset, si in primo articulo participationem acquæstuum tantùm his cauponarijs, & nundinarijs consocijs uxoribus indulgere voluisset? Et quis tertiò sibi imaginari possit, quòd tot præstantissimi viri, si reliquas uxores ab hac participatione voluissent exclusas, hujus rei non fecissent dilucidam exsplicationem? ut proinde satìs appareat, primum articulum solùm de mulieribus intelligendum, quæ cum marito nec cauponariam, nec ullam aliam nundinatoriam communem negotiationem habent, decimum verò articulum has mulieres concernere, quæ per communia commercia ipso Jure tacitam societatem cum maritis ineunt: Certè quartò ipsa articulorum separatio sufficientissimè declarat, quòd in utróque articulo separatæ, & diversæ sint dispositiones, aliàs facillimo negotio combinari potuissent. Uno verbo quintò dicimus, quòd inter maritos, & uxores, de quibus primus articulus loquitur, nulla prorsùs sit societas, ut in præcedentibus fusiùs exsplicavimus, inter maritos, & uxores verò, de quibus *10. Art.* loquitur, ex ipso communi exercitio cauponariæ, & nundinationis publicæ in minuto ipso jure, & facto oriatur tacita societas, ut proinde inter utrámque classem sit palpabilis differentia. Observetur sextò
42 palmare hoc argumentum: Uxores, quæ comprehenduntur in *1. Artic.*

Tametsi

Tametsi, ut diximus, pro parte acquæstuum, sibi obvenientium, teneantur ad debita tempore communis matrimonij contracta, quòd nihilominùs ipsis dos, paraphernalia, sponsalitia largitas, sive contrados, & morgenatica remaneant in salvo, cùmècontra mulieres cauponariæ, & nundinatoriæ, de quibus *Art. 10.* disponit, teneantur cum marito tanquam correæ indivisim, & in solidum juxta verba, soll Mann / vnd Weib beederseits vnverschaidentlich ein jedes die gantze Schuld / vnd als für ein Persohn zubezahlen verpflicht seyn. Quomodò ergo Clariss. D. Rath mulieres ad primum articulum referre potest, cùm illæ, nec correæ sint, nec cum marito in solidum obligentur, nec ratione dotis, paraphernalium, aut aliorum suorum bonorum matrimonialium creditoribus mariti ullam obligationem habeant? Nec quidquam obstat septimò, quòd constitutiones nostræ Bavaricæ 43 sollicitè admoneant, ut mulieres in pactis dotalibus sibi de ejusmodi lucris matrimonialibus diligenter caveant, quia hæc admonitio secundùm tenorem *Art. 10.* magìs tangit mulieres cauponarias, & nundinatorias tanquam correas, & in solidum obligatas, quàm alias à tali negotiatione communi alienas, majorem enim sibi obligationem negligentiæ imponunt, si non per pacta dotalia conditionem suam meliorem fecerint, cùm sciant, vel scire debeant, quòd per communem negotiationem se correas debendi, & quidem in solidum pro marito constituant. Denique ultimò mulieres cau- 44 ponariæ, & nundinatoriæ capiunt dimidietatem quæstûs, & lucri, tametsi maritus ex alio matrimonio plures liberos habeat, cùm tamen priores mulieres, de qua dispositio *Art. 1.* intelligenda est, cum primis liberis tantùm in partem filialem vocentur, quæ utique inter utrúmque articulum manifestam differentiam designant; Addimus pro coronide id, quod de pactis dotalibus in *Artic. 10.* sollicitè cautum est, suasionis, & consilij esse, non præcepti, quomodò ergo D. Rath propter consilium neglectum unius, vel alterius conditionem duriorem facere potest? Pergimus igitur

Ad quintam Quæstionem, quidnam dicendum sit de uxoribus illustrium 45 personarum, Comitum, Baronum, virorum Nobilium, equestrium, Consiliariorum, Doctorum, Advocatorum, Judicum, & similium, an etiam ipsis communicanda sit vel medietas, vel pars filialis acquæstuum ex communibus fructibus bonorum utriúsque industriâ, labore, & parsimoniâ acquisitorum? Tametsi igitur Art: noster generaliter loquatur, nec personas illustres, & nobiles excipiat, & sic videatur uxores talium personarum similiter includere, præsertim cùm utatur verbis, so soll der Frauen / quod prædicatum tantùm primarijs uxoribus tribuitur, plebejorum verò conjuges vocentur simpliciter die Ehe-Weiber / tamen hoc non obstante, omninò putamus, quòd hæc portio statutaria uxoribus illustrium, & nobilium personarum regulariter non debeatur. Ratio est, quia nunc passim obtinuit, & 46 publicis decretis cautum est, ut bona nobilium debeant manere in familia, filiæ verò sua dote, tametsi minor sit, quàm legitima, contentæ esse. Cùm igitur maritis fructus dotis competant pro ferendis oneribus matrimonij, nec uxores ijs alia bona extra dotem afferant, nisi quædam ornamenta muliebria, ex quibus mariti nihil lucri facere, sed solùm oculos, non verò stomachum, aut loculos pascere possunt, quomodò justè petent, ut de acquæstibus tempore matrimonij partis sibi communicatio concedatur?

Dices, mulieres curam habere rei familiaris, præesse cellis, culinæ, pe- 47 nui, &c. curare boves & oves, & regere totum famulitium domesticum, ob quem laborem, & industriam meritò de acquæstibus aliquid lucrari debeant: Ad quod Respondemus, nunc passim moris esse, ut ejusmodi uxores illustres, & nobiles nihil minùs, quàm talia faciant, sed marito non nisi ad mensam, & lectum accumbant, de cœtero rem domesticam bonis avibus relinquant, & matutino tempore in templis ad confabulandum, ve-

ſpertino autem ad luſorias chartas, dulce merum & alias, prout tempus ſubminiſtrat, raras epulares lautitias, imò & hilares choreas atque comœdias conveniant, quibus certè ipſæ, non autem maritorum marſupia pingueſcunt, & proinde de acquæſtibus nec obolum, multò minùs partem aliquam filialem, aut etiam majorem, aut totam medietatem merentur, proteſtamur hiſce, quòd illuſtri fæmineo ſexui nolimus quidquam in honeſtis recreationibus derogare, ſed, qui dicit tali modo ijs aditum fieri ad lucra matrimonialia, ex acquæſtibus debita, is nec conſcientiam, nec juſtitiam in reverentia habet. Diximus ſupra REGULARITER, nam nemo dubitat, quòd ſubinde etiam pauperes reperiantur nobiles, aut illuſtres perſonæ, quæ, ut ſuum ſtatum fortè priùs per prodigalitatem, calamitates bellicas, aut alia infortunia depreſſum iterum elevent, uxores ducant, ſtatûs quidem ſui impares, ſed nummatas, & locupletes, qui conjuges, ſi poſtmodùm accedente communi opera, & induſtria durante matrimonio inſignes acquæſtus fecerint, quis indignum judicabit, ſi maritus ſine liberis decedat, aut ſi quidem unum, vel alterum relinquat, uxor autem ad ſecunda vota tranſire velit, ut de fructibus medio matrimonij tempore ex bonis ſuis proprijs, & communi opera, & induſtria ſuperlucratis portionem ſibi debitam exigat?

48 Quod attinet ad Conſiliarios, Doctores, Advocatos, Judices, &c. putat quidem *D. Balthaſar. loc. cit. n. 84. cum Ant. Gomez. ad ll. Tauri. l. 50. & ſeqq. n. 72.* Quòd ea bona, quæ tales mariti ex ſuo officio acquirunt, & lucrantur, inter acquæſtus numerentur, & conſequenter, quòd uxori pars
49 ſtatutaria debeatur. Recordamur, ante non multos annos, quendam ex Conſiliarijs intimis mortuum eſſe ſine liberis, qui in teſtamento ſuo, exemplo planè laudabili, fideles defunctorum animas hæredes ſcripſit, uxori relictâ portione notabili pro condigna ſuſtentatione uſufructuariè, cujus Advocatus, cum hac diſpoſitione minimè contentus, petebat dimidiam hæreditatem defuncti proprietariè, alteram verò dimidiam ad dies vitæ uſufructuariè, dicendo, quòd defunctus tempore matrimonij contracti fuerit inops, & totam ſuam ſubſtantiam ex varijs officijs laudabiliter adminiſtratis ſuperlucratus ſit, quam opinionem ex D. Balthaſ: & Gomez: tam tenaciter defendit, ut vix ab impugnatione teſtamenti abſtineret: Nos, tametſi auctoritatem Dom. Gomezij magni faciamus, cùm ſit Juris-Conſultus inſignis, & ſubtilis, prout ferè omnes Hyſpani, uti Covar: Gutierez: Aciave-
50 do, &c. Sed cùm ipſe Gomez loquatur tantùm de conſuetudine Hiſpaniarum, illud ad Statuta noſtra Patria ita ſimpliciter, & indiſtinctè, nudè, & crudè applicare non poſſumus, cùm ſtatuta noſtra duo requirant, ut lucrationi ſtatutariæ portionis in favorem uxoris locus ſit. 1. ut acquæſtus ex communibus bonis, & 2. communi opera, & induſtria, vel parſimonia ſuperlucrati ſint: Quod in propoſito caſu factum eſſe uxor docere minimè potuit, cùm ipſa ſponte faſſa ſit, maritum nulla bona habuiſſe, ſed omnia ſuo labore, & fidelibus ſervitijs Principi præſtitis acquiſiviſſe, ex quo ſequitur, quòd uxoris cooperatio, & induſtria, nec pro obulo quidem accedere potuerit, uno verbo dicam, ſicut miles peculium caſtrenſe pro lubitu in quoſcúnque hæredes, tametſi illos ſine omni ſolennitate conſtituerit, imò, ſi in pulvere tantùm ſcripſerit, tranſmittit, nec uxori de tali peculio quidquam participare obligatus eſt, ita etiam ſentiendum eſt de togata militia, & peculio quaſi caſtrenſi, ut id ſoli marito competat, cùm uxor ad
51 illius acquiſitionem parùm cooperari poſſit; Et hinc *Joann. Frider. de Solis. in ſuo tract. de bon. conſtant. matrim. acquiſ. quæſt. 9. part. 2. n. 21.* rectè dicit: Si maritus ab Imperatore, Rege, Principe, vel alio magno domino ad negotium aliquod Principis ſumptibus expediendum peregrè miſſus ſit, quòd lucrum aut donativum exinde proveniens non veniat communicandum, *per l.*

cum

cùm multa Cod. de bon. quæ lib. quod etiam approbat *Gomez. ad l. 50. Tauri. n. 72.* per rationem modò dictam, quia tale lucrum dicitur peculium castrense, vel quasi. *l. cùm mulier. Cod. de bon. quæ lib.* & consequenter non confertur. *l. 1. §. nec castrense. ff. de collat. bon. l. 52. §. 5. ff. pro socio.* Imò secundùm Frider. de Solis, idem dicendum est, quando Princeps etiam contemplatione solius personæ, & non expediti negotij Ambassiatori, & Consiliario aliquid donat, quòd illud in communicationem cum uxore non veniat, & hoc candido lapillo notare jubet, *per gloss. in l. qui proprio. §. procurator. & in l. si verò. ff. de procurat.* 52

Si tamen aliquis Consiliarius, vel minister in officio constitutus duceret uxorem, cujus bona patrimonialia, & paraphernalia (nam dotis fructus alio jure ad maritum spectant, ut supra diximus) tantos in singulos annos fructus ferrent, quantos officium mariti reditus quot annis præter propter facit, putaremus, iniquum esse, ut maritus reditus sui officij tanquam peculium quasi castrense sibi soli retinere, & nihilominùs cum uxore in fructibus patrimonialium communionem habere vellet; Vel itáque utriúsque fructus conferant, vel uterque conjugum suos separatim recipiat; ita intelligo *D. Balthasaris* opinionem *loc. cit.* Et videtur hoc approbare idem *Frider. de Solis. loc. cit. except. 3.* Ubi ponit casum, si maritus officium (quæ in multis locis venalia sunt, & magno pretio venumdantur) ex donatione, vel mera liberalitate Principis acquirat, an ejusmodi officium tanquam acquæstus veniat in communicationem cum uxore? Et Respondet, quòd non, cum hoc addito, quòd quidem proprietas officij maneat mariti, ejus tamen fructus communicentur uxori, & id notandum esse dicit uxoribus, Cancellarios, Judices, horúmque similes, in maritos habentibus, rationem addit *D. Balthasar. dict. loc.* quòd officium censeri debeat pro capitali, ac proventus pro interesse, sicut igitur superlucrata de bonis suis patrimonialibus, marito communicare debet, ut interesse, ita etiam maritus uxori communicare debet superlucrata ex proventibus officij sui, intellige, si sit quædam æqualitas inter proventus patrimonialium uxoris, & inter proventus officij maritalis, nam si uxor nihil habeat, ex quo marito alicujus acquæstus communicatio fieri possit, quis uxori ex proventibus prudentis & industrij mariti officij causâ provenientibus partem indulgebit, ad quam sua cooperatione ne hilum quidem conferre potuit? Videatur tamen *Fridericus de Solis. loc. cit. quæst. 12.* Ubi dicit, quòd lucra inter conjuges sint communicanda, tametsi una pars inops sit, & matrimonium sine dote, aut sine donatione propter nuptias: Sed hæc opinio nobis prorsùs nihil obsistit, cùm ab illo præsupponatur, inter virum, & uxorem constare societatem, quam nos superiùs secundùm statuta, & consuetudinem Patriæ nostræ omninò rejecimus, sublatô igitur ejus fundamentô corruit quidquid desuper ædificatum est: Ex Jure nostro Bavarico, secundùm ejus claram dispositionem, acquæstuum portio statutaria debetur uxori tantùm de superlucratis ex communibus bonis, vel ex communi opera, & parsimonia, si ergo præsupponas, uxorem nihil marito attulisse, nec quidquam marito communi suâ operâ profuisse, aut prodesse potuisse, hoc ipso sequitur, quòd nihil acquæstuum nomine prætendere possit. Remittimus tamen hæc omnia ad judicium prudentiorum. Nunc exsurgit 53 54

Sexta Quæstio, si dubium sit, an hoc, vel illud pro acquæstu constante matrimonio parto, vel pro aliunde adventitio habendum sit, quid hac in re judicandum? *Balthasar. dict. loc. n. 94.* cum *Ant. Gomez. ad l. Tauri. 50. n. 70.* dicit, quòd in dubio, si non constet, vel appareat, an bona sint propria, vel matrimonialia cujusdam conjugis, illa semper præsupponantur superlucrata, ac constante matrimonio ex utriúsque bonis, ac industria acquisita, quam regulam ita nudè & crudè positam reverà approbare non possumus, 55

mus, nam imprimis præſumptio eſt pro marito, quòd omnia bona ipſius ſint, niſi probentur à muliere allata, ut igitur hæc generalis præſumptio, quæ ſtat pro marito, propter uxoris prætenſionem, quam facit pro acquæſtuum communicatione, elidatur, hoc nobis perſuadere non poſſumus. Deinde paulò ante diximus, in conjugibus Illuſtrium, & nobilium perſonarum, Conſiliariorum, Doctorum, Advocatorum, Judicum, &c. verificari non poſſe, quòd acquiſita ex bonis communibus, aut ex opera communi proveniant, cùm, ut demonſtravimus, præter dotem nihil afferant, & in re familiari parùm, aut nihil proſint, nec, ut de Conſiliarijs, Advocatis, Doctoribus, & Judicibus palam eſt, prodeſſe poſſint, quomodò ergo Balthaſar ita ſimpliciter dicere poteſt, quòd bona, de quibus non conſtat, cujus ſint, debeant præſumi ex communi maſſa, vel communi
56 induſtria fuiſſe acquiſita? Aliter igitur diſtinguendum, & dicendum eſt, imprimis præſumptionem pro marito eſſe, quòd illa bona, de quibus dubitatur, ab eo provenerint, ad ſuſpicionem turpis quæſtûs ab uxore tollendam. Quando autem uxor illa bona, de quibus dubium eſt, pro ſuis prætendit, cùm nulla pro ipſa ſtet præſumptio, prætenſionē ſuam legitimè probare debet: Si autem neque maritus talia bona pro ſuis agnoſcit, nec uxor ea tanquam propria prætendit, tunc utique præſumuntur durante potiùs matrimonio ſuperlucrata, quàm aliô illicitô titulô acquiſita, non quidem ad hunc effectum, ut ſemper pro portione ſtatutaria uxori debeant communicari, ſed tunc tantùm, quando ipſa uxor etiam marito bona attulit, & pro augmento communis ſubſtantiæ marito fideliter cooperata eſt: Si verò nec communia bona, nec communem operam allegare, aut probare poteſt, non video, quid hæc præſumptio illi proſit, aut marito obſit, cùm ex præſumptione generali maritus ejuſmodi ſuperlucrata ſibi ſoli aſſerere, & vindicare poſſit.

57 Quæritur ſeptimò ulteriùs, quid ſi maritus durante matrimonio bonum aliquod comparavit, & in inſtrumento ſuper emptione, & venditione erecto, etiam uxoris nomen tanquam emptricis inſeri curavit, an, & quid juris uxor in tali bono noviter comparato aſſequatur? Item, ut omnia complectamur brevitatis causâ in compendio, ſi pecunia à marito ex uxoris dote, paraphernis, vel ex communibus bonis, aut conſtante matrimonio communi opera, & parſimonia acquiſitis ad emptionem prædij applicata fuerit? Oportet planè rem pluribus expoſitionibus, & diſtinctionibus declarare. Dicimus ergo

58 Primò, certum eſſe, quòd res ex aliena pecunia empta fiat ementis, *L. ſi ex pecunia. ff. de rei vindicat. l. ad probationem. Cod. de probat. l. 1. Cod. ſi quis alteri, vel ſibi &c. l. mancipia & l. penult. Cod. eod.* ita tamen, ut is, ad quem pecunia pertinebat, ſecundùm naturam negotij, de quo agitur, repetitionem habeat: *l. 1. & l. 6. Cod. ſi quis alteri, vel ſibi &c.* E. C. ſi quis pecuniam apud ſe depoſitam, rem ſibi commodatam, aut aliô titulô conceſſam pro emptione alicujus prædij impenderit, deponens, vel cōmodans habet quidem adversùs depoſitarium, vel commodatarium actionem depoſiti, vel commodati, interim res ex pecunia hac aliena empta manet emptoris propria, de quo diximus in Proceſſu Edictali, *ad Tit. 2. Art. 31.* Ubi ſingularis hæc quæſtio habetur, an ſaltem deponenti privilegium prælationis competat inter chyrographarios perſonales, idem ergò

59 Secundò dicendum eſt de uxore, ut res à marito ex pecunia mulieris empta fiat mariti, & non uxoris, *dicta l. mancipia. & l. penult. Cod. eod.* Ratio eadem eſt, quæ militat pro quacúnque alia pecunia aliena à tertio ad emendum proprio ſuo nomine impenſa: *D. Rath loc. cit. diſſert. 3.*

60 Tertiò exceptio quædam eſſe videtur de pecunia dotali ad emptionem alicujus prædij à marito impenſa: Sed quòd nec emptum ex pecunia dotali

li fiat uxoris, fusè deduximus ad *Tit. 2. Art. 8. & 14.* deß Gandt-Proceß / quò lectorem remittimus, nisi in solo casu, quo uxor aliàs ex bonis mariti propter concursum aliorum magìs privilegiatorum creditorum dotem consequi non possit, ut pleniùs ibidem exsplicavimus.

Quartò, nec quidquam prodest, tametsi in instrumento emptionis nomen uxoris contineatur simul cum marito, quoniam illud tantùm simulatè, & honoris causâ adjectum esse præsumitur, *l. quamvìs instrumento. l. cum propria. l. multum interest Cod. si quis alt. vel sibi.* quod reciprocè idem obtinet in marito, ut, si uxor ex pecunia mariti suo nomine prædium emat, illud fiat uxoris, utrique tamen conjugum competere actionem personalem, vel ad rem emptam sibi communicandam, vel ad pecuniam refundendam, naturalis ratio, & æquitas suadet, ut dicit. *D. Rath loc. cit. litt. A.* 61

Fallit tamen hæc quarta Regula, nisi non solum uxoris nomen in instrumento appositum sit, sed etiam eidem simultaneè traditio facta; Tunc certè dubitandum non est, quin dominium transeat etiam in uxorem. *Ant. Faber. in Cod. suo. lib. 4. Tit. 34. defin. 7. D. Balthasar. loc. cit. n. 89.* Quod in tantum extenditur, ut etiam transferatur dominium in uxorem pro parte sua, tametsi traditio non fuerit realiter facta, sed solùm per clausulam constituti etiam uxore absente, E. G. si maritus dicat, vel ejus nomine procurator uxoris absentis, accipiendô claves, vel instrumenta rei venditæ, se suo, & uxoris nomine id facere, quoniam clausula constituti ejusdem effectus est, ac si uxor realiter possessionem apprehendisset, *idem Faber. dict. lib. 4. tit. 34. defin. 9.* Diximus pro parte, quia præsupponimus, prædium à marito suo, & uxoris, adeóque communi nomine emptum, si autem maritus uxoris pecuniâ non suô solius, nec communi, sed expressò nomine solius uxoris emerit, & traditionem acceperit, nullum dubium esse potest, quin res empta, & sic tradita in solidum uxoris dominio cedat. 62

Dices, quid juris sit, si res communi mariti, & uxoris nomine, sed ex solius uxoris pecunia empta ad massam Edictalem mariti deveniat, an uxor illam in solidum vindicare possit? Et respondemus negativè, quia præsupponimus, utróque conjugum nomine contractum fuisse celebratum, & traditionem utrique factam, utérque igitur pro parte empta, & sibi tradita dominium consequitur, & quia, ut diximus *loc. cit. Art. 8. & 14.* deß Gandt-Proceß / mulierem in re suâ pecuniâ empta, nec jus tacitæ hypothecæ, nec privilegium prælationis habere, ideò manifestè sequitur, quòd in concursu creditorum pro mariti parte ad generalem discussionem concurrere debeat. 63

Denique quintò, si maritus durante matrimonio aliquid emerit ex superlucratis, & acquæstibus, illud, ut jam priùs dilucidè exsplicavimus, transit in locum acquæstuum, & proinde uxori ea portio competit, quæ eidem ex dispositione legis, sive statuti in casum liberorum existentium, vel collateralium assignatur, cum hac notabili distinctione, ut, si res ex acquæstibus empta solius mariti nomine empta fuit, uxor solam condictionem habeat ex lege, sive statuto ad consequendum pretium portionis suæ. Si autem communi nomine fuit empta, & utrique traditio facta, uxor pro sua parte, quam lucratur de acquæstibus, in tali prædio empto rei vindicationem habet. 64

Dices, si prædium communi nomine emptum, & utrique conjugum traditum est, ergo utrique prædium emptum debet esse commune, & sic medietas illius ad uxorem pertinet: Respondemus, negando consequentiam, ratio est, quia, sicut maritus uxori, ut supra exsplicavimus, portionem statutariam nec ullo modo minuere potest, ita uxor eandem ultra determinationem statuti extendere non debet, si igitur cum uxore plures filij concurrant, uxor in tali bono communi nomine empto non nisi filialem portionem acquirit: Ratio est manifesta, cùm ejusmodi bonum succedat in 65

locum

locum acquæstuum, ex acquæstibus autem uxor non nisi partem filialem consequitur, ergo nec ex bono pecuniâ acquæstuali comparato.

66 Quæritur octavò, si maritus constante matrimonio ex acquæstibus prædium feudale emat, an etiam uxori de feudo ex acquæstibus empto portio Statutaria competat? Et distinguendum esse putamus; feudum enim, si bursaticum sit, ein gemaines Beütel-Lehen / Sine ullo dubio acquiritur etiam uxori pro portione sua Statutaria: Ratio est, quòd feudi bursatici ea natura sit, ut ad fœminas æquè, ac masculos transeat, imò ad omnem hæredem extraneum, & pro quolibet debito in executionem deduci possit, ut diximus ad *Tit. 11. Art. 4.* deß Summarischen Proceß / similiter dicendum de feudis fœmineis, quorum fœminæ simultaneè cum masculis capaces sunt, ut diximus ad eund: *Tit. 11. Art. 4.* quoniam hæc quoque pro portione Statutaria, si ex acquæstibus empta sunt, ad uxorem transeunt. Si autem à marito emptum sit feudum ex natura sua rectum, & masculinum, illud in uxoris participationem venire non potest, cùm in tali feudo soli masculi descendentes succedant, quod per se clarum est, quamvìs juris esse existimemus, ut uxor pro portione sua statutaria adversùs filios & descendentes hæredes mariti sui ex æquitate naturali condictionem ex lege, sive statuto habeat pro quota sibi ex acquæstibus debita, & per maritum ad emptionem feudi impensa, ut in præcedenti quæstione annotavimus. Imò, si tale feudum ab ipso domino fuerit emptum, & permissum, ut non solùm nomen uxoris cum marito in investitura insereretur, sed utrique conjugi etiam actualis possessio traderetur, non dubitamus, quin ejusmodi feudum habendum esset pro alterato, & fœmineo, ita ut uxor suam portionem Statutariam rei vindicatione petere possit, quoniam in domini potestate est, feudi naturam imutandi pro lubitu, & hoc ipso immutâsse censetur, si feudum rectum in fœminam transferri, & ut primam acquirentem investiri passus fuerit, aliud fortè dicendum est, si non dominus, sed tertius quidam vasallus cum consensu Domini feudum alteri vendat, & pretium solvatur ex communibus acquæstibus matrimonij, quia talis Domino præjudicare non potuit, & licèt nomen uxoris in instrumento emptionis fuerit insertum, illud tamen secundùm priùs dicta tantùm honoris causâ insertum esse censeri debet, nec Dominus feudi ullo modo obligatur ad uxorem emptoris pro portione sua statutaria investiendam, multò minùs ad traditionem eidem faciendam, Vid: tamen, quæ dicturi sumus ad *Tit. 12. Articulum 1.* der Land-Recht.

67 Quæritur nonò, an Cassanæi opinio, quam habet in consuetudinibus Burgundiæ. *Rubr. 4. §. 2. gloss. 7.* vera sit? Quòd uxor non consequatur por-
68 tionē de acquæstibus, si fuerit indotata? Et videtur dicendum, quòd sic, per ea, quæ deduximus *in semicent. nost. 1. contr. 22. per totum.* Ubi diximus,
69 fundamentum omnium prætensionum muliebrium, sive matrimonialium dotem esse, ita, ut dote tanquam fundamento deficiente, corruat omnis dependentia, utpote contrados, Morgengeba, &c. Sed hoc non obstante, putamus, uxorem etiam ex ijs, quæ tempore matrimonij superlucrata sunt, in certis casibus portionem statutariam habere posse, tametsi fuerit indotata, utpote 1. si & ipse maritus fuerit pauper, & inops, sæpè enim contrahuntur matrimonia, ad rotam fortunæ, auff wohl gerathen / utraque parte nihil habente, juxta illud Germanicum, wann ich nur ein Mann hab / wann ich schon kein Brod hab.

70 Novi Straubingæ cerevisiarium quendā, qui post mortem ultra sexaginta millia florenorum liberis reliquisse dicitur, qui mihi sæpiùs in crapula fassus est, sibi, & uxori post nuptias celebratas solutis expensis nuptialibus non nisi quindecim crucigeros superfuisse, quibus postmodùm accedente conjunctorum auxilio communi opera ædes, quas tunc temporis habebant, amplis-

amplissimas, & pecuniolam, ut ipse dicebat, tam ponderosam acquisiverunt, ut illam suis duobus castaneis equis fortissimis, mit seinen zween Braunen/ loco movere vix confidat; Certè nemo inficias ibit, quin uxori debeatur de talibus acquæstibus portio sua statutaria, tametsi fuerit indotata, cùm huic lucro non dos, sed matrimonium, communis cooperatio, & industria locum faciat, ut fatetur ipse *Cassanæus loc. cit.* §. *2. gloss. 2. Beckius de test. Conjug. lib. 2. cap. 3. Math. de Afflict. decis. 242. n. 3.* Verum quidem est, quòd hic casus non propriè pertineat ad præsentem articulum, sed ad *Artic. 10.* Ubi habetur, quòd conjuges cauponariam exercentes contrahant tacitam societatem, & alter pro altero in solidum teneatur, uterque autem ex acquisitis dimidium lucretur, nihilominùs tamen, si casum applices ad alios conjuges communem negotiationem, & tacitam societatem non habentes, rectè dicendum est, tametsi uxor fuerit indotata, quòd tamen ex communi parsimonia, & opera quæsitis portionem suam Statutariam consequatur.

Secundò pone alium casum, quòd scilicet mulier sit dives, nubat tamen marito simpliciter nulla certa dote constituta, prout aliquando ipsi 71
nuptijs interfuimus, quibus nulla pacta dotalia præcesserunt, nihilominùs tamen ab uxore altero die nuptiarum omnis ejus substantia, quæ consistebat in bonis immobilibus, & nominibus ad 20. millia florenorum marito commissa, & per documentorum traditionem actualiter tradita fuit, ita, ut mulier à consanguineis suis persuaderi non potuerit, ut sibi certam aliquam partem de bonis, sive nominibus suis pro receptitio peculio ad proprios usus retineret, dicendô, sibi non videri dignum, cùm se ipsam, & corpus suum marito plenè resignet, ut aliquid de bonis retineat, cùm illud nihil aliud, quàm diffidentiam aliquam marito causare possit, quod generosum exemplum paucæ tamen mulieres sequuntur.

Dices, hunc casum nihil ad rem facere, cùm DD. velint, quòd in 72
dubio, si certa dos non fuerit constituta, omnia bona uxoris marito allata præsumantur esse dotalia, & in dotem data. Sed Respondemus, contrariam sententiam magìs probabilem esse, *Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 8. & 9. per tot. Hartm. Pistor. obs. 46. per tot. Gail. lib. 2. obs. 82. n. 1. & seqq. Berlich. lib. 1. concl. 65. n. 69.* hac igitur opinione retenta talis mulier dicitur quidem indotata, sed, cùm tam insigne patrimoniũ jure paraphernalium marito adferat, quis non æquissimum esse judicabit, ut de superlucratis ex communi parsimonia, & opera, suam portionem jure debitam consequi debeat, ut proinde dotis allatio fundamentum, & basis hujus portionis statutariæ esse non possit? Fatemur tamen, ut paulò ante præmisimus, si mulier fuerit inops, & maritus in tali officio constitutus, in quo uxoris opera nihil est profutura, quòd non ex defectu dotis, sed ex defectu superlucrationis, quæ ex communibus bonis, & communi opera fieri debet, à participatione acquæstuum excludatur. Imò ex hoc ipso articulo *Vers:* Hätte aber / manifestè probo, & demonstro, mulierem indotatam magìs capacem esse acquæstuum, quàm dotatam; Expresśe enim disponit articulus, si uxor marito certam dotem attulerit, & in pactis dotalibus nihil dispositum fuerit, quid uni, vel alteri conjugum in casum præmorientis debeatur, quòd uxor, quæ veram, & certam dotem marito attulit, lucretur usumfructum contradotis, quæ æqualis quantitatis cum dote esse debet, ita tamen, ut èconera amittat portionem suam filialem in acquæstibus, ergo evidenter apparet, ad lucrationem acquæstuum constitutionem dotis non esse necessariam, & quòd indotata acquirat acquæstus, careat verò contradote, quæ ex ipsa natura consistere non potest, ubi nulla dos est.

Quæritur decimò, an lucrum acquæstuum etiam locum habeat in ma- 73
trimonio putativo? Dicitur autem matrimonium putativum, quod contra-

ctum est inter personas, quæ matrimonium contrahere non potuerunt, & in hoc casu distinguendum est, an matrimonium initum fuerit bona, vel mala fide? Si bona fide initum fuit, fortè quia non constabat de impedimento dirimente, v. g. de consanguinitate, vel affinitate, simpliciter dici-
74 mus, quòd in ejusmodi matrimonio putativo, bona fide, & cum ignorantia contracto uxori debeatur portio statutaria, *l. si cùm dotem. §. ult. ff. sol. matrimon. Didac. Covar. de matrimon. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 8. Balthasar. loc. cit. n. 97.*
75 Aliud est, si matrimonium dolosè, scienter, & mala fide ab utrisque conjugibus illegitimè contractum fuit, tunc enim, sicut non meretur nomen matrimonij, ita nec meretur effectum matrimonij, quorum unus est participatio acquæstuum. *Vid. Joan. Frider. de Solis, loc. cit. quæst. 11.* Ubi hanc quæstionem de conjugibus putativis in utramque partem disputat. Dixi-
76 mus, si uterque conjugum matrimonium illegitimè contrahant scienter, & mala fide, nam si una tantùm pars impedimenti dirimentis notitiam habuerit, E. C. maritus, altera verò justam ignorantiam, v. g. uxor, alijs persuasionibus inducta, nullum dubium est, quin parti innocenti portio Statutaria debeatur, cùm nemo ex alterius delicto privetur jure suo: An autem pars illicitè contrahentis matrimonium fisco cedat? Vid. *idem Frider. de Solis. loc. cit. quæst. 10. n. 5. & quæst. 11. n. 1.*

77 Quæritur undecimò, an uxor portionem statutariam, si commiserit adulterium, amittat? Respondet *Cassanæus loc. cit.* quòd sic, & est textus satis clarus *in cap. ex parte penult. x. de Consuet.* Ubi clarè deciditur, quòd uxor, quæ adulterium commisit, impudenter exigat, & improbè apprehendat medietatem bonorum constante matrimonio acquisitorum, ita ut contraria consuetudo prorsùs infirmetur: Accedit *l. 17. ff. de act. rer. amot.* Ubi dicitur, quòd mulier ratione delicti non gaudeat privilegio veræ uxori concesso, ergo non gaudet privilegio de participatione acquæstuum jure statutario concesso propter adulterium, cùm illud non nisi veris, & dignis uxoribus concedatur. Si Quæras, an ergo portio statutaria uxoris adulteræ
78 fisco cedat, vel marito remaneat? Ratio dubitandi oritur ex *Auth. incestas Cod. de incestis nupt.* juxta quam conjugum bona incestas nuptias contrahentium fisco vindicantur, sicut igitur *Frider. de Solis. loc. cit. & Covar. lib. 4. Decret. part. 2. cap. 6. §. 8. n. 5.* ejusmodi lucra nuptialia conjugum putatitiorum scienter illegitimas nuptias contrahentium fisco addicunt, ita similiter portio statutaria uxoris adulteræ videtur ad fiscum devolvi. Sed Respondetur, ex dispositione *Articuli 5. & 6. hujus Tit.* portionem statutariam uxoris adulteræ cum dote marito cedere, ratio differentiæ inter incestas nuptias, & adulterium hæc est, quòd gravius delictum sit matrimonium illegitimũ, incestuosum, & nefarium contrahere, quàm legitimè, & justè contractum per adulterium violare, cùm nullum adulterium pœnam confiscationis post se trahat, sicut ex jure novissimo *Auth. & Novell.* incestæ nuptiæ bonorum confiscationem incurrunt, non ergo ab uno casu ad alterum bona fit illatio, ut plura dicemus ad prædict. *Art. 5. & 6.*

79 Et hanc sententiam, quòd adultera perdat portionem acquæstuum sibi debitam, extendunt etiam ad mulierem, post mortem mariti luxuriosè, & inhonestè viventem, ita, ut portio talis, si fortè soluto matrimonio uxor eandem actualiter consecuta, & per apprehensionem, sive traditionem illius domina facta fuerit, revertatur ad hæredes mariti. *Gomez. ad l. Tauri. 50. & 73.* de quo tamen nos subsistimus, nam licèt uxor per adulterium dotem, & portionem suam de acquæstibus amittat, id tamen fit propter injuriam marito illatam, si igitur præsupponas, maritum esse præmortuum, quomodò eidem per uxorem injuria fieri potest? Deinde uxor soluto matrimonio luxuriosè vivens solam simplicem fornicationem committit, nullibi autem scriptum invenio, quòd quis propter simplicem fornicationem domi-

dominium rerum legitimè acquisitarum amittat, denique meo judicio, admittendo hanc opinionem, distinguendum esset, an maritus prædefunctus filios hæredes, vel tantùm extraneos relinqueret. In primo casu, faciliùs admitti posset, ejusmodi lucrum redire ad hæredes, cùm liberi repræsentent personam Patris, & ideò, sicut præsupponimus, Patre vivente uxoris luxuriosè viventis portionem marito cedere, ita etiam fortè dici posset, ad filios reverti, secus ac in hæredibus extraneis, quibus per luxuriam uxoris talis injuria non fit, sicut liberis, sed sanè nos simpliciter hanc extensionem rejiceremus ob dictam rationem, quòd nuda fornicatio tantum delictum non sit, ut quis ejus intuitu dominio, aut jure suo privari possit, præsertim cùm idem Gomezius, & alij *per text. in l. 1. Cod. de adult.* velint, aliud esse in marito superstite luxuriosè vivente, quasi ipsi luxuria minùs decori sit, quàm uxori, cùm tamen in utróque conjuge adulterij pœna parificetur, ita, ut sicut uxor amittit dotem, ita vicissim maritus adulter amittat contradotem, sive donationem propter nuptias. 80

Continuatio

SUMMARIORUM.

81. An uxor per transitum ad secundas nuptias acquæstus amittat?

82. An hæc portio statutaria transmissibilis sit ad hæredes?

83. An etiam Sponsa lucra matrimonialia prætendere possit?

84. An etiam lucra de acquæstibus?

85. An requiratur matrimonium consummatum?

86. Quid sub nomine muliebrium ornamentorum comprehendatur?

87. Quid si mulier habeat ornamenta à marito sibi aliunde delata?

88. Quid si incertum sit, cujus sint ornamenta, mariti vel uxoris?

89. An maritus tempore matrimonij talia ornamenta, & jocalia donare possit?

90. De fornicationibus, & scortationibus querela.

91. Quatenùs, & in quantum valeat donatio inter Sponsum, & Sponsam?

92. Vestes muliebres an numerentur inter ornamenta muliebria?

93. Quid de vestimentis, & alijs ornamentis secundo die nuptiarum mulieribus præstitis?

94. Quid de uxoris vestibus priùs præhabitis?

95. Quid de vestimentis communibus, & usualibus durante matrimonio uxori subministratis?

96. Quid de vestimentis festivis, & pretiosis dicendum?

97. Quid inter verba contineatur, was zu deß Weibs Leib gehörig?

98. Quid de casu, quo mulier in statu viduali permanet?

99. Quid in Patria nostra circa vestimenta muliebria moris sit?

100. Supellex communis matrimonialis ad quem pertineat?

101. Maximè permixta?

102. Quid intelligatur sub termino, der gemainen Hauß-Fahrnuß?

103. Quid si liberi existant, an uxori etiam dimidietas debeatur?

104. An hæc dispositio in favorem uxoris se extendat, quando cum liberis primi matrimonij concurrit, vel sine illis?

105. An hæc portio competat jure successionis maritalis, vel quo alio?

106. Quid si conjux prorsùs nullas supellectiles marito attulerit?

107. Relatio, quænam sub nomine supellectilis contineantur.

108. Quid de donatis à marito uxori?

109. An talis donatio valeat?

110. Quomodò intelligendum sit in donatione maritali verbum, zustehen?

111. An ad revocationem donationis matrimonialis requiratur expressa declaratio?

112. Vel an valeant conjecturæ?

113. An traditio requiratur?

114. Quomodò donatio inter conjuges morte confirmetur?

115. Quid si donatio fuerit juramento firmata?

116. Quid de contractu juramentô firmato inter patrem, & filium?

117. Quid

117. Quid de donationibus inter conjuges jocalibus?

118. Quid si tales donationes excedant mille florenos?

119. Exempla de alijs donationibus simulatis inter conjuges.

120. Quatenùs valeant donationes inter conjuges in præjudicium fisci?

81 Quæritur duodecimò, an uxor per transitum ad secunda vota portionem ex acquæstibus sibi debitam amittat, & filijs defuncti mariti proprietatem reservare teneatur? Multi affirmativam tenent, quam tamen rectè rejiciunt *D. Balthasar. loc. cit. n. 95. & D. Rath. de pœnis secundarum nuptiarum. Cap. 1. assert. 19.* Ratio est satis clara, quia hanc portionem uxor non accipit à marito, sed à lege, vel à statuto, & quidem titulô onerosô, cùm, ut supra diximus, acquæstus nihil aliud sint, quàm acquisita constante matrimonio ex fructibus bonorum communium, vel communi labore, & parsimonia superlucrata, nullibi autem constitutum invenitur, ut uxor per secundas nuptias rem propriam amittat, sed tantùm eam, quam
82 habet ex beneficio mariti: Et hinc sequitur, quòd uxor hanc portionem transmittat ad hæredes, licèt ejus possessionem in vivis non fuerit assecuta, Ratio est, tametsi enim ante separationem, & apprehensionem, juxta superiùs dicta, proprietas, & dominium non transeat in uxorem, potest tamen illam portionem condicere, ut suam, & consequenter condictionem hanc ad hæredes transmittere.

83 Quæritur tamen ultimò, an etiam sponsa saltem de præsenti lucra matrimonialia prætendere possit? Et hanc quæstionem tam intricatam esse dicunt, ut Imperatoria decisione, & Pragmatica sanctione indigeat, *Vid. Gail. lib. 2. obs. 80. n. 11. Mynsing. cent. 6. obs. 78. Tyraquell. in leg. connub. gloss. 2. à principio usque ad n. 22. Cassanæus. in Consuet. Burgund. rubr. 4. §. 2. gloss. 1. n. 17.* Nos hanc quæstionem sic in genere positam relinquimus hîc intactam: fortè alibi ejus memoria recurret.

84 Si autem ponamus quæstionem huic nostro articulo conformem, an scilicet sponsa de præsenti secundùm consuetudinem Patriæ nostræ lucretur portionem suam de acquæstibus hîc loci determinatam? Putamus, vel quæstionem inutilem, & de lana caprina esse, vel certè indubitatam, si enim sponsam de præsenti nomines, quæ nondum deducta est ad domum mariti, desponsata tamen eidem per verba de præsenti, utique locò veræ uxoris est habenda; Sed quomodò de acquæstibus participare potest, quæ marito usque dum nihil attulit, nec ei cohabitavit, aut comunem laborem, vel industriam in re familiari pro quadrante horæ, aut obuli acquisitione adhibuit? In Patria nostra, ut pro ultima vice repetamus, fundamentum acquæstuum est parsimonia ex communium bonorum fructibus, & labore, sive industria utriúsque conjugis impensa, si igitur præsupponas, sponsam in domum mariti nunquam fuisse inductam, sed matrimonium contractum hærere quasi in suspenso, quomodò poterit sponsa prætensionem de acquæstibus facere, qui non dantur otiosis, sed collaborantibus mulieribus, & suam quoque dotem, & alia conferentibus? Si autem quæstio sit de sponsa dotata in domum mariti superinducta, & diligenter cooperante, jam nullum dubium est, quin sit vera uxor, & acquæstuum particeps. Videatur de hac materia *Boërius decis. 22. n. 33.* Ubi expresse requirit traductionem
85 uxoris ad domum viri, & consumationem matrimonij, hoc ultimum tamen, id est consumationem matrimonij, nos non approbamus, cùm etiam matrimonium ratum sit verum matrimonium, ita ut non dubitemus, si ejusmodi conjuges in cœlibatu manere, & instar fratris, & sororis simul cohabitare velint, quin hujus portionis statutariæ capaces sint, Vid: etiam *Beckius. de test. Conjug. lib. 2. cap. 9. n. 2. & Gail. loc. cit.* Et hæc de acquæstibus.

Nunc

Nunc ulteriùs articulus diſponit, quòd ſolutô matrimoniô mulieri debeantur omnia ornamenta muliebria, veſtes, annuli, catenæ aureæ, cleinodia, & alia ad mundum muliebrem, & decorem ſpectantia. Ubi notentur primò verba, alle ihre Endt / und Gebendt / id eſt, quæ uxori ſunt propria; nam ſi maritus ejuſmodi ornamenta muliebria fortè ex hæreditate paterna, materna, vel conſanguineorum ad ſe devoluta acquiſiérit, vel ipſe ſpecialiter comparaverit, aut ex miſſionibus, legationibus, vel alijs commiſſionibus laudabiliter peractis donô acceperit, mulier autem tempore matrimonij ijs ad commodum, & decorem uſa fuerit (cùm, per uſum à marito potiùs ſui, quàm uxoris causâ permiſſum, proprietatem non acquirat) ea ſolutô matrimoniô uxor prætendere non poteſt, ſed mariti hæredibus remanent, quod longè magìs obtinet, quando ejuſmodi ornamenta ſunt de familia, prout moris eſt apud quaſdam familias illuſtres, & altiores, quæ à prædeceſſoribus ſuis ejuſmodi pretioſa mobilia jure fideicommiſſi poſſident; hæc enim, ſicut nec ipſe maritus alienare: ita nec uxor ad ea ſibi vendicanda jus ullum habere poteſt. 86 87

88 Quid ſi autem incertum ſit, & dubium, an hæc vel illa pretioſa mariti, vel uxoris ſint? Dicendum eſſe putamus, præſumptionem eſſe pro marito, ut ſupra diximus, ad ſuſpicionem turpis quæſtûs ab uxore procul removendam: Incumbit igitur uxori, ſi dicat, hunc vel illum mundum muliebrem, hos annulos, margaritas, uniones, aut pretioſos lapides, catenas, & ſimilia ad ſe pertinere, ut legitimè probet, quòd illa marito attulerit: Novi inſignem aliquem virum, qui, cùm liberos non haberet, uxor verò graviter decumberet, magnoperè ſollicitus fuit, ne hæredes poſt mortem uxoris ad avocanda illa ornamenta muliebria, quibus ipſam in vita diverſimodè comptam viderunt, prætenſionem facerent. Vocavit igitur notarium publicum cum duobus teſtibus, & curavit publicum inſtrumentum fieri, in quo conteſtatus eſt, omnia prædicta ornamenta à ſe fuiſſe acquiſita, & uxoris uſui permiſſa, cùm autem timeret, ne fortè ſubinde uxori, quæ pro unius, vel alterius donatione rogabat, liberiore ore reſponderit, ſpecialiter addidit, quòd omnem donationem, ſi quæ facta fuiſſet, ſolenniter revocet, cùm illius intentio nunquam fuerit, uxori tantum indulgendi, ut ſua pretioſa poſſit in alienam familiam deferre.

89 Si igitur occaſione hujus quæris, an maritus conſtante matrimonio uxori talium pretioſorum jocalium donationem facere poſſit? Imprimis certum eſſe putamus, quòd uxoribus annuli, quibus tempore ſponſaliorum, vel etiam nuptiarum die ſubarrhari, item catenæ, armillæ, inaures, quibus altero die nuptiarum honorari ſolent, tametſi ſint magni pretij, irrevocabiliter cedant, ita, ut taliter donata mulier ad hæredes tranſmittat, prout ſupra de Morgengeba diximus. Et hoc magìs ex conſuetudine, quàm ex Jure Communi ſcripto, quo donationes inter conjuges conſtante matrimonio factæ, irritæ ſunt, niſi morte confirmentur, *D. Rath. loc. cit. aſſert. 8. circa fin. Balthaſar. loc. cit. n. 105.* Ubi rationem reddit, quòd ejuſmodi dona ſint neceſſaria ad contrahendum, & ſolennizandum matrimonium in facie Eccleſiæ, unde non tam donata, quàm ex neceſſitate data cenſeri debeant, & hinc eſt, ut plerùmque in pactis dotalibus, de lucrandis ejuſmodi Jocalibus conventio fiat; Inter quæ etiam numero minoris pretij minutias, quæ tempore ſponſaliorum ad meliùs firmandum, & augendum amorem inter perſonas deſponſatas ſibi invicem communicantur, ut ſunt crines perlis & margaritis inflexi, ſtrophiola pretioſè marginata, & acuminata, chyrothecæ phrygia acu ſpecioſè elaboratæ, & aurô intextæ, ac ſimilia munuſcula in mille formas adinventa, quæ honeſtè intermitti non poſſunt, cùm procus incivilis haberetur, ſi non quaſi ſingulis diebus amorem ſuum talibus nundinationibus innovaret.

Et hæ præambulæ donationes, cùm fiant matrimoniô nundum confectô, validas, & licitas esse, elegans textus est in *l. Seja Sempronio 66. §. Virgini. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Virgini, inquit textus, in hortos deductæ ante diem tertium, quàm ibi nuptiæ fierent, cùm in separata diæta ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, & priusquam aquâ, & igne acciperetur, id est nuptiæ celebrarentur, obtulit 10. aureos dono. Quæsitum est, post nuptias contractas divortiô factô, an summa donata repeti possit? Respondit Scævola, id, quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci. Concordat *text. in l. 27. ff. eodem*, ubi dicitur, inter eos, qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias donatio facta jure consistit, etiamsi eodem die nuptiæ fuerint consecutæ, sed nos suademus sponsæ, ut usque ad nuptias celebratas virgo maneat, cùm textus superior expressè loquatur de Virgine. Veremur enim, si ejusmodi munusculis decepta se ante matrimonium corrumpi passa sit, quòd divortiô postea factô beneficio hujus legis non gaudeat, hoc tamen tantùm dicimus joci, & vexationis causâ, non quòd seriò existimemus, mulieri viduæ sponsæ, vel etiam mulieri solutæ à proco suo ante nuptias corruptæ nihil donari posse, quia terminus VIRGINI in dicta lege non est dispositivè, sed tantùm narrativè, & exemplificativè positus, sanè quotidie videmus, viduas sponsas non minùs ejusmodi munuscula ambire, & exigere, quàm solutas, nec ullibi prohibitum reperiatur, ne procus sponsæ à se corruptæ aliquid ante nuptias donare possit, cùm matrimonium subsecutum omnem maculam diluat,

90 Cœterùm dolendum est, quòd hoc tempore inter plebejos homines scortationes, & fornicationes tam frequentes sint, ut vix ullum contrahatur matrimonium, quin non priùs inter se concubuerint, quasi magnum matrimonij Sacramentum à luxuria initium capere debeat; Nos ipsi per 12. annos bonum possedimus, in quo vix unum matrimonium contractum est, nisi priùs imprægnatio sponsæ præcesserit. Magis diabolicum est, quòd quidam tam impudentes, & malitiosi sint, ut non pudeat ipsos in faciem honestæ virginis dicere, se non ducturos eam in uxorem, nisi quam priùs proprio concubitu Virginem esse experiantur.

91 Diximus supra, ejusmodi donationes inter sponsum, & sponsam factas valere, si nuptiæ desuper subsecutæ sint, quamvis enim donationes propter, vel ante nuptias factæ antiquitùs fuerint puræ, *l. cùm veterum. 15. Cod. de nuptijs*, adeóque veræ, & propriæ donationes, ita, ut donatum revocari non potuerit, licèt nuptiæ non fuerint secutæ. *l. 8. cum seqq. Cod. de donationibus ante nupt.* nisi hæc conditio expressè fuisset adjecta, ut donatio non valeat nuptjis non secutis *l. 1. in fine. ff. de donat.* Id tamen hodierno jure locum non habet, sed omnis talis donatio, quæ inter sponsos fit ante nuptias, ipso jure hanc tacitam conditionem habet, si nuptiæ subsequantur, quia donata, matrimonij causâ donata esse censentur, ideóque sub hac conditione, ut tunc demum valeant, si v. g. sponsa fiat uxor, *dict. l. 15. Cod. de donat. ante nupt.* §. *3. Inst. de donat. & ibi DD.* possunt igitur talia munuscula tanquam sub conditione non existente repeti, & revocari, latè *D. Manz. ad dict.* §. *3. Tit. 7. Inst. de donat. n. 7. & seqq.* nuptjis autem secutis, tanquam conditione impleta, corroboratur donatio, ut sub prætextu, quòd omnis donatio inter conjuges prohibita sit, infirmari non possit. Quid autem juris sit, si matrimonio semel legitimè contracto divortium supervenit? dicemus paulò post ad *Art. 5. & 6. hujus Tit.*

92 Conjunguntur in hoc nostro articulo cum ornamentis muliebribus vestes; Quæritur igitur, an soluto matrimonio uxori simpliciter cedant omnes vestes, quas ante contractum matrimonium habuit, & postea durante matrimonio à marito acquisivit, sive illæ communes, & quotidianæ sint, sive pretiosæ, & magni valoris? Communis ferè opinio est, vestes tantùm

tàm quotidianas, & communes, non pretiosas, festivas, & solennes solutô matrimoniô ad uxorem transire: per rationem, quòd maritus has potiùs sui honoris causâ fieri curaverit, quàm pro quæstu uxoris, *D. Rath. dict. dissert. de potiss. Jur. Comm. & Bavar. differ. assert. 8.* ubi plures rationes affert, & *D. Balthasar. loc. cit. n. 104.* ubi longum Cathalogum DD. allegat.

Nos dicimus primò, quòd uxori vestimenta, quæ secundo die nuptiarum, tametsi pretiosa sint, à marito accipit, omninò cedant, Ratio est manifesta, quam paulò ante præmisimus, quia uxoris sunt omnia ornamenta muliebria secundo die nuptiarum, an dem guldenen Tag / à marito ei donata, ergo & vestes illæ nuptiales, quantumvìs pretiosæ, quia æquiparantur reliquis ornamentis muliebribus, ita (quod benè notandum) ut inter illa, quasi in medio ponantur, dicitur enim primò, es soll jhr außgefolgt werden jhr Endt / vnnd Gebendt / secundò, die Klaider / vnnd tertiò, die Kleinodien. Idem ergò jus habere debet in vestibus, quod habet in suis ornamentis muliebribus, & cleinodijs. 93

Dicimus secundò, ad uxorem pertinere pro præcipuo, zum Voraußz / vestes, quas præhabuit ante matrimonium contractum juxta clarum textum hujus Art: in verbis, vnnd alles was zu jhrem Leib gehörig / ergo id multò magìs, was vorhero gehörig gewesen. In pactis dotalibus plerúmque disponitur, ut marito vestimenta maneant, in quibus sponsa tempore copulationis comparuit, wie sie jhm für die Kirchen gestellt worden / sed ista exceptio non nisi regulam in contrarium firmat, & proinde sequitur, quòd reliqua vestimenta uxoris, quæcúnque tandem illa fuerint, & ante matrimonium ad uxorem pertinuerint, tanquam ipsius propria restituenda sint. 94

Dicimus tertiò, quòd vestimenta usualia, & communia, quæ durante matrimonio maritus uxori fieri curavit (ad hoc enim tenetur, cùm vestimenta sint pars alimentorum *l. legatis alimentis. 6. ff. de aliment. leg. l. verbo victus. ff. de V. S. l. si cùm dotem §. sin autem. ff. sol. matrim.*) eidem non minùs, ac sua relinquenda sint, non enim habet tantùm usumfructum in quotidianis suis vestibus, sed eas consumere potest ut alimenta, & quia maritus ea procuravit ex necessitate, non sui, sed uxoris causâ, quis illorum proprietatem uxori in dubium vocabit, nisi insanæ mentis? 95

Gravior quæstio est de vestibus festivis, & pretiosis à marito pro sollennitatibus extraordinarijs deputatis? In his libenter diceremus, quòd simpliciter sine ulla distinctione vestimenta quæcúnque externa, vel interna, was zu deß Weibs Leib gehörig / ejusdem propria sint: Sivè sint quotidiana, & communia, sive festiva, & pretiosa, cùm articulus noster non distinguat, ubi autem lex non distinguit, nec homo distinguere debet, præsertim cùm de vestibus festivis, & pretiosis æquè dici possit, das sie zu deß Weibs Leib gehörig; Et huc videtur respexisse *D. Rath*, cùm *loc. cit. assert. 8.* dicat, ex Jure Provinciali inferri posse, vestes, & alia, maritô præmortuô superstitem uxorem indistinctè lucrari: Si quis autem auctoritate tanti viri, quam ego magni facio, cùm fuerit in patrijs moribus nostris diligentissimus indagator, relictâ, communem opinionem sequi velit, quam *D. Balthasar. loc. cit. n. 104. Ex Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 44. & ex Nicol. Boerio. in Consuet. Bitur. Tit. des Coustumes. §. 4.* pluribus defendit, cum eo non multùm litigabimus; Si enim, ut supra deduximus, ornamenta muliebria, quæ uxor marito non attulit, ejusdem hæredibus remanent, tametsi durante matrimonio ad uxoris corpus pertinuerint, cur non & vestes pretiosæ, atque festivæ hæredibus mariti remanere debeant? Cùm in articulo nostro, deß Weibs Endt/ vnd Gebendt / Kleinodien/ vnd Klaider / pari jure habeantur, imò vestes inter ornamenta muliebria, & Cleinodia medio loco ponantur: Dicendum est igitur, verba nostri articuli, was zu jhrem Leib gehörig / ita intelligenda esse, quod pertinet ad uxoris corpus, quoad proprieta- 96 97

prietatem, non quod pertinet tantùm quoad usum, sicut igitur ornamenta muliebria, & Cleinodia, quæ uxor ex mariti permissu ad decorandum corpus suum adhibuit, censentur eidem tantùm fuisse commodata, ita ejusmodi vestes pretiosæ, & festivæ eidem solummodò commodatò datas esse, præsumi debet, imò Boërius & alij ampliùs procedunt, loc. cit. dicentes, quòd, si maritus durante matrimonio uxori tales vestes donâsset, donatio esset irrita, & invalida, & maritus eam semper revocare possit, *Gutierez. pract. quæst. lib. 2. quæst. 19. n. 5.* Quod tamen non multùm ad rem facit, cùm noster articulus loquatur, quid uxori debeatur maritô defunctô, & in hoc casu planè nullum est dubium, si uxori tempore matrimonij vestes pretiosæ, & festivæ à marito ultrò donatæ sint, quin donatio per mortem mariti nulla revocatione subsecuta fuerit confirmata: De quo postea.

98 Si tamen supponamus, uxorem in statu viduali permanere, omninò putamus, congruum, & decens esse, ut eidem usus vestium pretiosarum permittatur, quibus post annum luctûs pro decore, & honore mariti defuncti in festivitatibus solennioribus uti possit: Ratio est, quia uxor vidua retinet dignitatem, & *splendorem* mariti sui: Sicut igitur maritus vestes ad hunc finem fieri curavit, ut uxor in publico matrimonio statui maritali condignè comparere possit, ita, cùm eundem statum, si honestè vivat, in viduitate retineat, præsumi debet voluntas defuncti fuisse, ut ad eundem finem usum sibi tempore matrimonij permissum etiam in viduitate continuare possit. Quamvis cum *Bald. in l. 1. n. 11. Cod. de legatis.* non negemus, viduis magìs convenire vidualia vestimenta, quàm ejusmodi pretiosa, cùm in statu lugubri sint, & potiùs festivitates declinare, quàm in vestibus inanem pompam demonstrare debeant.

99 Quidquid tamen sit de jure, nos semper vidimus, uxoribus Nobilium, & Illustrium, imò & plebejorum maritorum sua vestimenta, nulla distinctione facta inter communia, & festiva relicta fuisse, (quæ certè mulieres mille clavibus contra adversarios defenderent) ut hæc ipsa observantia confirmare videatur D. Rath opinionem, Art: nostrum indistinctè esse intelligendum de omnibus vestibus, adeóque hac in parte inter jus comune, & statutarium differentiam esse.

Diff.

100 Ulteriùs ex hoc articulo notandum est, quòd uxori post mortem mariti competat pars *filialis* ex communi permixta supellectile utriúsque conjugis, ubi quatuor notanda sunt. Primum est, quòd articulus loquatur de

101 communi, & permixta supellectili domestica, ex quo sequitur, quòd in partem filialem illa supellex non veniat, quam una pars ex conjugibus sibi reservavit, & separatam tenuit, prout sæpiùs fit, ut mulieres certa supellectilia non ad usum domesticum, sed ad splendorem, & ostentationem habeant, & publicè in cameris suis, & hypocaustis proponant: Sequitur secundò, quòd pretiosa mobilia uxori non sint communicanda, cùm articulus tantùm loquatur de communi supellectile, **von der gemainen Hauß-Fahrnuß** / ubi nos hanc particulam intelligimus de supellectile vulgari, & usuali, sicuti paulò ante terminum, **die gemaine Klaider** / tantùm de vilibus, vulgaribus, & quotidianis, interpretati sumus, & communis modus Germanicè loquendi est, **ein gemaines Ding / ein gemaines Tuech** / id est, **ein schlechtes Ding / ein schlechtes Tuech** / ut ita per terminum hunc excludantur rara, & pretiosa, ad usum communem, vulgarem, & quotidianum non pertinentia, nec commodè hic terminus, **gemaine Hauß-Fahrnuß** / intelligi potest de supellectili ad utrúmque conjugem proprietariè pertinente, cùm in specierum commixtione, quæ inter se discerni possunt, dominium non transferatur, aut communicetur. §. *28. & ibi DD. Inst. de acq. rer. Dom.* Et planè iniquum esset, cùm plerúmque uxores mobilia, & supellectilia domestica afferre soleant, & subinde mariti ne proprium lectum quidem,

dem, aut aliud habeant, quod in communionem venire possit; ut statim ijsdem de uxoris supellectilibus sine ullo discrimine, an sint vulgaria, vel pretiosiora, proprietas, & dominium communicari debeat: Est igitur iste terminus, gemaine Hauß-Fahrnuß / non de jure proprietatis intelligendus, sed tantùm de qualitate supellectilium, quasi articulus dicat, in divisionem tantùm venire communem, id est vilem, & vulgarem utriùsque conjugis supellectilem, non quæ rarior, aut pretiosior est, nec ad usum quotidianum destinata. 102

Notandum est secundò, quòd uxori, præmortuô maritô, non dimidium vulgaris supellectilis invicem commixtæ, sed existentibùs liberis tantùm pars filialis obveniat, quod manifestum signum est, supradictum verbum, auß der gemainen Hauß-Fahrnuß / non esse intelligendum de communione quoad proprietatem, aliàs enim uxori dimidium in tali supellectili proprietariè deberetur; quæ eidem in favorem liberorum aufferri non potuisset. 103

Quæres igitur pro tertio, an hæc pars filialis à lege tantùm in hunc casum assignata sit, quando mulier concurrit cum proprijs suis liberis communis matrimonij, vel an eàdem contenta esse debeat, quando à marito prædefuncto nullos liberos suscepit, sed maritus ex alio matrimonio priore liberos reliquit? Et videtur, respondendum esse negativè, cùm durissimum sit, ut uxor, quæ fortè marito potiorem supellectilem attulit, illam cum filijs prioris matrimonij ad se nihil pertinentibus communicare debeat, adeò, ut, si præsupponas, quinque privignos existere, noverca cum grandi damnificatione sua non nisi sextam partem de usuali supellectili consequatur: Sed hoc non obstante putamus, hunc textum etiam intelligendum esse de liberis primi matrimonij: Ratio est, quia, ut supra deduximus, uxor etiam in acquæstibus non nisi portionem filialem consequitur, si adsint liberi ex priore matrimonio nati, juxta verba, mit jhren / oder anderen von jhrem Mann herkommenden Ehelichen Kinderen / quod igitur de acquæstibus tam clarè dispositum est, in hac simili materia de supellectili subintelligendum esse, nemo est, qui dubitare possit: Nec interest, quòd contingere possit, ut subinde mulier damnificetur, si scilicet meliorem supellectilem marito attulerit, quàm ipse præhabuit, quia hoc sibi imputare debet, cùm facillimè in pactis dotalibus huic præjudicio, & damnificationi prævenire potuisset: Deinde in dubio, ut sæpiùs monuimus, omnia præsupponuntur esse mariti, ut proinde mirum non sit. Si lex magìs faveat prædefuncti liberis, quàm eorum Novercæ superinductæ, quæ, si voluisset, sibi de indemnitate in pactis dotalibus cavere potuisset, si igitur ex dispositione legis per accidens læditur, id suæ facilitati, & negligentiæ imputare debet, cùm id pactis nuptialibus impedire potuisset. Dices, cùm lex hanc dispositionem de divisione supellectilis inter conjuges, & illorum liberos, litium diminuendarum causâ, introduxerit, ne super quocùnque scamno, olla, aut cacabo, solutô matrimoniô opus sit litigare, annon uxor liberis primi matrimonij præferenda sit, si sine processu liquido demonstrare possit, se potiorem partem supellectilis marito attulisse? Et Respondemus negativè, quando enim supellectilem suam cum mariti permiscuit, hoc ipso jam censetur, se submisisse dispositioni legis, ut proinde in divisione supellectilis parte filiali contenta esse, & nullum ampliùs jus dominij prætendere debeat. 104

Notandum est quartò, quòd pars, quæ vi hujus articuli, & *Artic. 4.* uxori competit cum liberis, vel in eorum defectum eidem non competat jure successionis, sed, ut supra jam de acquæstibus diximus, vel jure proprietatis, si possessionem fuerit consecuta, vel ea deficiente condictione ex lege, sive statuto: Ex quo sequitur, si maritus multo ære alieno gravatus ante 105

ante uxorem decedit, quòd uxor portionem sibi debitam ad massam Edictalem conferre non teneatur, prout hanc quæstionem pulchrè deducit *Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 31. per totum. Berlich. part. 3. conclus. 48. n. 43. Balthasar. tit. 1. res. 2. n. 8.* Et nos supra de acquæstibus eam fusè, & solidè deduximus: Uxor enim non est hæres mariti quoad portionem supellectilis sibi ex lege determinatam, sed eam vel rei vindicatione, vel condictione ex lege, ut suam, & ad massam Edictalem non pertinentem repetit, & proinde cum creditoribus ad generalem discussionis instantiam non est obligata: Imò, dico intrepidè, tametsi supra de acquæstibus affirmaverim, quòd uxor teneatur de acquæstibus ad satisfaciendos creditores sui matrimonij concurrere, illam tamen, portionem suam ex supellectili debitam ad hunc finem conferre, nullo modo obligatam esse: Ratio clara est, quia acquæstus matrimonialis dici non potest, nisi priùs ære alieno matrimoniali deducto: At in supellectile nullus respectus ad æs alienum tempore matrimonij contractum habendus est, cùm uxori sua pars statim à die matrimonij contracti competierit, quæ per maritum in æs alienum deduci nunquam potuit, *Vid. idem Pistor. loc. cit.* qui hanc quæstionem pulchrè dilucidat. Loquimur tamen hîc de ea tantùm uxore, quæ nullam communem negotiationem, aut cauponariam cum marito exercet, de quibus *Art. 10.* sermo redibit, nec illud ullo jure approbandum esset, si maritus in fraudem creditorum, ut uxoris pars excresceret, tempore matrimonij ære alieno jam contracto, supellectilem domesticam ita in favorem mulieris multiplicaret, ut exinde creditores damnificarentur, nam id neutiquam validum esse, jam alibi diximus, & per se clarum est, juxta *tot. tit. ff. quæ in fraud. credit. &c.*

106 Denique quintò notandum est, quòd conjugi, quæ prorsùs nullam supellectilem ad commune matrimonium contulit, etiam nulla pars de supellectile competat: Ratio est, quia pars de supellectili conjugi superstiti tantùm debetur ex permixta communi supellectile, ergo quæ pars nihil attulit, nihil permiscere potuit, & proinde pro parte sua legali nihil prætendendum habet: Hinc, cùm quidam vir magnæ authoritatis filiam suam alteri copiosam supellectilem habenti desponsaret, & tamen pro filia sua, cui nihil supellectilis nomine dedit, partem legalem de supellectili pacisci vellet, diximus, id nimis durum esse, quo pater persuasus, ut filiam suam in supellectili aliquo modo parificaret, 500. florenos obtulit, hôc pactô additô, ut, maritô prædefunctô sine liberis, relictæ viduæ dimidia pars supellectilis proprietariè, altera verò dimidietas usufructuariè, cum liberis verò pars virilis, sive filialis cederet.

107 Quæ autem specialiter sub nomine supellectilis domesticæ contineantur, dicemus ad *seq. Art. 2.* Nunc adhuc aliqua restant, quæ vi hujus articuli mulieri post mortem mariti etiam relictîs liberîs competunt, ut jam supra annotavimus.

108 Et quidem sextò illa sunt, quæ uxori à marito durante matrimonio donata fuerunt, circa quæ aliqua breviter admonenda sunt, Et quidem

109 primò, quòd Regulariter donatio inter virum, & uxorem non valeat. *l. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor. cap. ult. x. de donat. int. vir. & uxor. Mynsing. cent. 2. observat. 33. Jul. Clar. §. donatio. quæst. 9. & passim alij.* Rationes videantur *in dicta l. 1. l. hæc ratio, & l. nec esset. ff. de donat. int. vir. & ux.* quas hîc exsplicare superfluum est. *Vid. Balthasar. loc. cit. n. 109.* nisi morte fuerit confirmata. *l. bona quondam. l. donatio. l. si maritus Cod. de donat. int. vir. & ux. l. cùm hic status. §. 2. & 3. ff. eod. Gail. lib. 2. obs. 91. & plures alij.*

110 Quamvìs igitur secundò articulus noster simpliciter dicat, quòd uxori cedere debeat, soll ihr zustehen / was ihr von ihrem Ehe-Würth geschenckt worden / debet tamen præsupponi, maritum præmortuum donationem in vivis

non

non revocâsse, si enim revocaverit, quod ampliùs non est, morte confirmari non potest. *l. cùm hic status*, §. *ait. ff. de donat. int. vir. & ux. cap. ult. x. eod. Clarus. loc. cit. n. 6.* Et hoc in tantum extendunt, ut ad irritandam ejusmodi donationem non requiratur expressa, sed etiam tacita revocatio. E. C. Si divortium interveniat, *l. sed interim.* §. *si moritur. l. cùm hic status.* §. *cùm hic divortium. ff. de donat. inter vir. & ux. l. à marito. Cod. eod.* Saltem absque mutuo conjugum consensu, ac beneplacito. *Ludovic. Mol. de Just. & Jur. tract. 2. disp. 289. n. 12.* Vel si donator rem uxori donatam vendat, permutet, aut eandem alteri leget, vel donet, imò etiam ex quorundam opinione, si alteri tantùm pignori tradat, aut speciali expressæ hypothecæ subjiciat. *dict. l. cùm hic status.* §. *qui quasdam. ff. & cap. ult. x. de donat. int. vir. & ux.* Nisi expresse de contraria voluntate oppignorantis constet, quòd eâ non attentâ donationem valere voluerit. Diximus de expressa speciali hypotheca: Ratio est, quia generalis hypotheca sive tacita, sive expressa non potest ita declarare animum donatoris, ut exinde revocatio donatoris præsumi possit: Tacita hypotheca, quæ plerúmque generalis est, propterea hunc effectum non habet, quia non ab homine, sed à lege conceditur, quod autem lex operatur, id operationi, & voluntati hominis in contrarium effectum attribui nec debet, nec potest: Idem est in generali hypotheca expressa, quia magis præsumendum est, oppignorantem de re uxori priùs donata non cogitâsse, quàm quòd donationem factam ex hoc actu remoto irritare, & invalidare voluerit. *Idem Molina. loc. cit. n. 12. & Mant. de tac. & ambig. convent. lib. 21. tit. 10. n. 3.* aut aliæ quævis conjecturæ appareant, ex quibus intelligi potest, maritum à donatione recedere voluisse, prout communiter generalis Regula statuitur, ut, ex quibus conjecturis legata adempta esse præsumuntur, ex eisdem etiam donationes inter virum, & uxorem revocatæ esse censeri debeant, *Idem Mant. de Conject. ult. volunt. lib. 12. tit. 2.* 111 112

Admonendum est tertiò, tametsi donatio de jure regulariter fieri possit solo consensu, absque rei donatæ traditione, quòd tamen donatio inter conjuges facta morte non confirmetur, nisi traditione rei donatæ verè, & realiter, aut fictè per constitutum fuerit corroborata, *per text. in l. Papinianus. 23. ff. de donat. int. vir. & ux.* Rectè inquit text. Papinianus putabat, orationem D. Severi ad rerum traditionem pertinere, nam, si maritus stipulanti uxori suæ tantùm spopondisset, non putabat Papinianus, conveniri posse hæredem mariti, licèt durante voluntate maritus decesserit: Et hujus rei ratio est, quia donationes inter conjuges odiosæ, & prohibitæ sunt, ideò, si donatio simplici promissione fiat, non censetur fieri sincera, enixa, & exacta voluntate, nisi traditio simul accedat, cùm amor faciat, ut conjuges ad invicem in verbis liberaliores sint: Videtur quidem obstare *l. si stipulata. 33. ff. eodem.* Ubi dicitur, quòd stipulatio mulieris de annua præstatione valeat, si fuerit morte mariti confirmata, cui videtur etiam adstipulari Art: nost: cùm præcisè de donatione loquatur, & de traditione rei donatæ nihil disponat, sed, cùm jura statutaria intelligenda sint secundùm jus commune, meritò subintelligendum est, **wann ihr von ihrem Ehe-Würth etwas geschenckt** / & NB. **würcklich** tradiert **worden** / nec obstat *text. l. si stipulata. 33.* quia *Collegium Argentoratense. ad tit. de donat. inter vir. & ux.* dicit, hoc speciale esse in stipulatione pro alimentis annuis; favore videlicèt alimentorum, & annuæ sustentationis. Quô præsuppositô dicemus, hunc casum etiam Juri nostro Bavarico exceptum esse; ut scilicet nuda donatio sine traditione uxori facta, morte mariti non confirmetur, nisi uxor pro menstruis, sive annuis alimentis præstandis sibi stipulationem fecerit, nam, licèt talis stipulatio, sive donatio durante matrimonio non valeat, quia maritus aliàs obligatus est, ut uxori alimenta præstet, tamen morte mariti confirmatur, ut uxori contra hæredes mariti actio ex stipulatu competat. *Vid. de hac quæst. Nicol.* 113

Mozz. de Contract. tit. de donat. rubr. de perf. int. quas. n. 39. Clarus. §. *donatio. quæst. 9. n. 6. Mynsing. cent. 2. observ. 33. n. 2. Peckius de test. Conjug. lib. 1. cap. 43. n. 6.*

114 Monendum est quartò: Si uxor marito præmoriatur, quòd donatio eidem constante matrimonio facta non valeat. *l. cùm hic status. 22.* §. *si ambo. 14. ff. de donat. inter vir. & ux.* Ratio per se clara est, quia donatio inter conjuges constante matrimonio facta non valet, nisi morte confirmetur, si igitur præsupponas, uxorem donatariam ante maritum decessisse, jam amplius donatio, quæ priùs nulla fuit, morte mariti confirmari non potest. Quid si autem ponas, ambos conjuges fortè naufragio, ruinâ, vel incendio simul periisse, & siquidem constat, uxorem priùs spiritum posuisse, donatio invalida est, cùm donataria maritum non supervixerit, & proinde donatio morte mariti confirmari non potuerit, si verò non appareat, an maritus, vel mulier priùs vivere desierit, videtur dicendum, donationem invalidam esse, quia uxor, tanquam debilior pars, præsumitur ante maritum vitâ functa, prout est text. *in l. si possessor. 32.* §. *si eodem. 1. ff. de relig. & sumpt. fun. & l. qui duos* §. *si maritus. ff. de reb. dub. Sed J. C. in dict. l. cùm hic status. 32.* §. *14.* Respondet, donationem valere, maximè si fuerit reciproca, ita ut maritus uxori, & uxor marito donationem fecerit, quia, cùm præsupponantur simul decessisse, utriúsque morte donationes reciprocas confirmatas esse, dici debet, unô verbô in dubio potiùs pro convalidatione actûs, quàm illius annihilatione pronunciandum est. Et hoc in tantum extendit *Covaruvias. var. resol. lib. 2. cap. 7. n. 5. Et Ludovic. Mol. de Just. & Jure. disp. 289. n. 11.* tametsi uterque conjux non eodem naufragio, incendio, aut ruinâ, sed etiam in diversis locis decesserint, neutiquam verò constet, quæ pars prior decesserit, vir, sive mulier, quòd donatio tamdiu subsistat, donec probetur liquidò, donatarium priùs decessisse, ex eadem ratione, quæ militat pro validitate actionis.

115 Sed quid si, quintò, maritus donationem uxori factam juramentô confirmaverit? quæritur, an virtute hujus juramenti confirmetur donatio? Et videtur prima fronte distinguendum esse, an donatio juramentô confirmata consistat in nuda promissione, vel in promissione per traditionē rei donatæ corroborata: Si enim donatio consistat in simplici promissione tantùm, ipso jure nulla est. *dict. l. Papinianus. 23. ff. de donat. int. vir. & ux.* quod autem per se nullum est, quomodò juramentô convalidari potest? Si autem rei traditio accesserit, subsistit quidem donatio, si fuerit morte confirmata, quæ autem morte confirmata non est, pro lubitu donatoris est revocabilis, ut igitur fiat irrevocabilis, id juramenti religio efficere debet: Sed hîs non attentîs, communior opinio est, donationes inter conjuges factas, si fuerint juramentô confirmatæ, valere, sive consistant in simplici promissione, sive in promissione, reali traditione corroborata: Ratio est, quia omne juramentum, quod sine interitu salutis æternæ servari potest, servandum esse, est communis Th: & Canonist: sententia, sed tam donatio, quæ consistit in nuda promissione, quàm quæ facta traditione corroborata est, sine dispendio salutis æternæ servari potest, ergò, &c. Nec obstat, quòd donatio inter conjuges sine traditione facta, sit ipso jure nulla, nam hæc nullitas tantùm provenit ex dispositione legis civilis, sed quia ex illa promissione simplici nascitur naturalis obligatio, utique per juramentum convalidatur: Juxta

116 ea, quæ habet *Jul. Clar. lib. 4.* §. *donatio quæst. 8. n. 8.* Ubi quærit, an pater, si in donatione, quam facit filio, apponat juramentum, ex virtute juramenti ad donationem servandam obligetur? Ubi Respondet affirmativè, & plurimos Auth: magni nominis citat, cùm incapacitas, quæ est in contractibus inter patrem & filium, à jure civili tantùm fuerit introducta, sicut incapacitas donationis inter virum, & uxorem, quæ non impedit o-

riri

riri naturalem obligationem; quâ præsuppositâ dubitandum nullô modô videtur, quin juramentô confirmetur. Et in specie, quòd donatio uxori facta per nudam simplicem promissionem, aut stipulationem perinde valida fiat, atque irrevocabilis religione juramenti desuper præstiti, acsi intervenisset realis rei donatæ traditio, rectè tradit *Mol. tract. 2. disp. 289. n. 22. ad finem. & Clarus. loc. cit.* Advocatum ineptum vocat, qui contrarium sustinere vellet.

Monendum est sextò, ex generali consuetudine sustineri donationes inter conjuges, quæ certis quibusdam diebus anni fieri solitæ sunt: 117
E. C. ad ingressum novi anni pro xenio, in festo S. Nicolai, in venæ sectionibus, & diebus Natalitijs utriúsque conjugis, in puerperæ postremo purificationis balneo, & similibus festivitatibus. *Vid. Berlich. lib. 2. concl. 15. n. 29.* cùm tales donationes non ex liberalitate, sed potiùs ex pia aliqua congratulatione fieri censeantur: & plerúmque in modico consistant: Si quis autem in ejusmodi festivitatibus præter morem consuetum velit in fraudem legis uxori excessivas donationes facere, prout Berlich: meminit, quòd in festo Nativitatis Christi cuidam uxori ingens pecuniæ summa, den HErrn Christ zu bescheren / (fortè voluit dicere, zu beehren /) à marito donata fuerit, certè ejusmodi donationem, maximè si 1000. florenos usuales, de quo paulò 118
post dicemus, excederet, tantùm in fraudem legis factam approbare minimè possemus; Sic, si marito mulier debet, & simul extraneus alius, acceptilatio mulieri facta prorsùs inutilis est. *l. 5. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.* 119
Sic, si debitor conjux velit per creditorem suum pignora transferre in alterum conjugem, nihil agit. *l. 20. Cod. eod.* Sic, si venditio minoris facta sit donandi causâ, venditio quidem valet, sed donatio inutilis, & irrita est. *dict. l. 5. §. 5. ff. eod.* Sic non valet pactum inter conjuges, si quid ex pretio rei emptæ, & venditæ conjugi debitori remittatur, *ibidem*: Sic non valet depositum, quod donandi causâ minoris æstimatum est, nec commodatum, si minoris donandi animô in æstimationem venit, sustinetur: Nec ullus ejusmodi contractus validus est, si simulatè ad hunc finem ineatur, ut mulieri vel reciprocè marito aliquid lucri causâ accedat. *dict. l. 5. l. 7. & l. 31. §. 3. & 4.* & multis alijs legibus *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Si enim separari potest donatio conjugalis ab alijs negotijs, & contractibus, negotium inter conjuges valet, donatio autem, quæ separari potest, quocúnque modo, & titulo immixta, invalidatur, est enim regula universalis, ut inter conjuges omnes alij contractus sint liciti. Mutuum: *l. 7. §. 6. de donat. inter vir. & ux.* Societas: *l. 16. §. fin. ff. de alim. vel cibar. leg.* Emptio, & Venditio: *l. 5. §. 5. l. 7. §. 6. & alijs locis. ff. eod.* Depositum: *l. 9. §. ult. ff. de Jure Dotium.* Mandatum: *dict. l. 9. §. fin. ff. eod.* Locatio, & Conductio: *l. 52. ff. eod.* Commodatum: *l. 7. §. 5. eod.* Pignus: *dict. l. 7. §. 6.* Negotiorũ gestio: *l. 47. l. 58. §. fin. eod.* Et denique quodvis aliud negotium bona fide gestum *l. 7. §. 6.* modò per fraudem non immisceatur donatio, quæ jure civili ita prohibita est, ut ipso jure non teneat, quidquid donationis causâ alijs contractibus immixtum est, si commodè separari possit. Ut plures casus pulcherrimè deducuntur in Collegio Argentoratensi ad hunc titulum. *ff. de donat. inter vir. & ux.* quò lectorem remittimus, cùm intentio nostra non sit, hanc materiam, quæ à multis DD. pleniùs tradita est, hîc enucleatiùs examinandi: Unam adhuc quæstionem addere lubet.

Continuatio

SUMMARIORUM.

120. Quid juris de donationibus conjugi factis in casu confiscationis?

121. Quid si donatio facta fuerit per simplicem promissionem, vel etiam traditionem?

122. Quid si donatio simplex fuerit juramentô confirmata?

123. An tale juramentum valeat etiam in præjudicium fisci?

124. An non distinguendum, an jurata renunciatio facta fuerit ante, vel post delictum?

125. Item an crimini, sive delicto publicatio adhæreat, vel non?

126. Quid si delinquens post bona publicata donationem suam revocet?

127. An donatio inter conjuges restringatur ad certam summam?

128. Qua utilitate?

129. Quæ sit summa donationis, quæ insinuationem requirit?

130. Quæ distinctio inter florenos Rhenenses, & usuales?

131. Quæ nunc sit depravatio pecuniæ?

132. Insinuatio donationis coram quo judice fieri debeat?

133. Quæ sit differentia inter insinuationes donationis, & aliarum rerum, scilicet adoptionis, emancipationis &c.?

134. An insinuatio donationis etiam locum habeat apud judices pedaneos?

135. An donatio excessiva tantùm nulla sit quoad excessum, vel in totum?

136. An donator in donatione excessiva ipse teneatur coram judice comparere?

137. An donatio excessiva debeatur uxori post mortem mariti sine liberis?

138. An donationes factæ à consanguineis uxori durante matrimonio valeant?

139. An insinuatio fieri possit coram notario, & testibus?

140. Quid si donatio facta sit coram quinque testibus?

141. An hoc etiam intelligendum sit de donatione facta extraneo?

142. An donatio valeat facta uxori in præjudicium matrimonij?

143. Quod tempus donationis in donatione uxoris excessiva attendendum sit?

144. Quid si excessiva donatio uxoris repetatur?

145. An excessiva donatio vitietur in totũ vel quoad excessum?

146. An uxor filiorum partes hæreditarias in contradote excedere possit?

147. An vitalitiũ uxoris possit excedere liberorum portiones hæreditarias?

148. An quis extraneo plus donare possit, quàm uxori, & ultra portionem filialem?

149. An maritus saltem plus relinquere possit uxori suæ, quàm uni ex liberis communis matrimonij?

120 Pro septimo, quæ frequens est, & ad hunc articulum maximè quadrat, an scilicet in casu, quo bona mariti propter ipsius delictum confiscantur, donationes conjugi factæ valeant, & in quantum?

Hæc quæstio decidenda est per aliquas distinctiones: Prima harum est: an donatio facta fuerit uxori per simplicem promissionem, ut paulò ante diximus, vel etiam subsecuta reali, vel ficta traditione per constitutum, aut
121 similes titulos: In primo casu donatio non valet ipso jure, *cit. l. Papinianus. 23. ff. de donat. inter vir. & ux.* Et proinde fisco in publicatione bonorum mariti non præjudicat. In secundo verò casu, quo traditio facta est, valet donatio, si morte confirmetur, ut jam priùs omnia pleniùs discussimus, & quidem in tantum, ut, si bona mariti propter ipsius delictum fuerint publicata, donationes uxori collatæ valeant, & ad fiscum nullo modo pertineant, *text. est expressus in l. sed si mors. 13. §. proinde. 1. ff. de donat. int. vir. & ux.*
122 *& l. res uxoris. 24. Cod. eod.* Sed quid si donatio, quæ fuit nuda, & simplici promissione facta, juramentô fuerit confirmata? Diximus quidem paulò ante, donationem simplici promissione inter maritum, & uxorem factam ju-
123 ramentô confirmari: Sed quæritur, an tale juramentum confirmatorium

etiam

etiam ad exclusionem fisci valeat, si bona donatoris ob delictum publicentur? Et videtur negativè Respondendum, & dicendum, quòd talis juramenti efficacia se tantùm extendat ad hunc effectum, ut jurisjurandi religio obliget ipsum jurantem, & hæredes ejus, non tertium, id est fiscum, cùm enim donatio simplici promissione facta ipso jure nulla sit, videtur, quòd delictô subsecutô, tametsi millies fuerit jurata, publicationi bonorum præjudicium facere non possit. Sed nostra opinione hac in parte distinguendum est, an simplici promissioni mariti accesserit juramentum, antequam delictum committeret, cujus causâ publicatio bonorum subsecuta est, vel an primùm juraverit, postquam delictum publicatione dignum commisit? Si prius factum est, uxori per simplicem promissionem juramentô firmatam ad rem donatam jus acquisitum est, quod eidem postea per delictum adimi non potuit: Si posterius, fisco juramentum mariti in fraudem legis præstitum præjudicare non potuit, sicut enim statim sequitur, non valere donationem traditione rerum confirmatam, quæ facta est post tempus criminis, & reatûs, ut loquitur *text. in dict. l. res uxoris. 24.* ita nec juramentum ad donationem priùs inutiliter factam post jus fisco quæsitum valere potest. Consequenter igitur secunda distinctio est, an donatio fuerit facta uxori ante delictum commissum, cujus causâ, & intuitu fit publicatio bonorum, vel postea? In primo casu vera est propositio, quòd fiscus, ut loquitur textus *in l. 24. Cod. de donat. int. vir. & ux.* ad easdem res donatas nullam sit habiturus communionem: In altero casu donatio irrita est, quia in præjudicium fisci fieri non potuit: per verba expressa *in dict. l. res uxoris. 24.* donatio, inquit textus, maritalis ante tempus criminis, ac reatûs collata in uxorem observanda est, ergò quæ facta est post reatum, observanda non est, imò, si donatio talis facta fuisset sub ipsa criminis perpetratione, aut sub cogitatione criminis perpetrandi omninò invalidam esse dicimus, argumento *l. quæ tamen. 12. ff. eod.* Quamvìs *Mozz. loc. cit. n. 36.* videatur, contrarium tenere, ineptissimum enim esset, ut ejusmodi delinquens præmeditato quasi consilio jus fisci intervertere posset. Tertia distinctio est, an crimen commissum, cujus intuitu delinquentis bona publicantur, ita constitutum sit, ut ei adimatur libertas, vel libertas maneat in salvo: In primo casu, quando ratione criminis libertas amittitur: E. C. Quando donator condemnatur ad metalla, tunc habetur pro civiliter mortuo, & fit servus pœnæ, proinde in hoc casu res donata statim cedit conjugi, cui donata est: Ratio est, quia per mortem civilem æquè confirmatur donatio inter conjuges facta, quàm per mortem naturalem *dict. l. sed si mors. 13. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.* In secundo verò casu, quo per delictum libertas non amittitur, sicut fit in relegatione, & deportatione, mors naturalis donatoris exspectanda est, ita, ut interea temporis donatio maneat in suspenso, *text. expreß. in dict. l. res uxoris. 24. Cod. de donat. int. vir. & uxor.* Ubi dicitur, sin autem aquâ, & igni ei (id est donatori) interdictum erit, vel deportatio illata, non tamen mors ex pœna subsecuta, donationes à viro in uxorem collatæ adhuc in pendenti maneant, quia nec matrimonium in hujusmodi casibus dissolvitur, quamvìs fateamur, modò citatam legem per Auth: *sed hodie*, subsequentem correctam esse, in qua disponitur, quòd hodie nemo benè natus à principio, ex supplicio fiat servus, nec ex supplicio dissolvatur matrimonium, Vid: tamen DD. qui scribunt ad *l. qui ultimo. ff. de pœnis*, quam materiam valdè difficilem, & intricatam fusiùs hìc deducere nobis animus non est.

124 (margin, beside "Sed nostra opinione")

Quid si autem ejusmodi delinquens post pœnam irrogatam, & bona publicata, donationem uxori factam revocaverit, vel uxor donataria præmortua fuerit, an res donatæ cedant fisco, vel marito delinquenti? *Mozzius. loc. cit. §. de personis. tit. de donat.* expresè tenet, si post bannum fiat revocatio, 126

dona-

donationis uxori factæ, vel, quod idem est, si uxor donataria præmortua fuerit, quòd tali in casu fiscus non sit habiturus bona, sed maritus, quia non fuerunt inclusa in confiscatione, & ad hoc allegat text. *in l. 7. deportati. ff de leg. 3.* Sed de veritate hujus opinionis ego valdè subsisto, cùm *text. in dict. l. 7.* videatur contrarium disponere, dicit enim, quòd legatum, sive fideicommissum servo alicujus deportati adscriptum debeat pertinere ad fiscum, nisi in duobus casibus, quando videlicet tempore, quo cedit dies legati, reperitur servus alienatus, nam in tali casu dictum legatum pertinet ad novum dominum, vel 2. quando deportatus Dominus fuit restitutus, quo casu legatum, sive fideicommissum pertinet ad Dominum restitutum. Ex quo inferimus, quòd, si neutrum factum fuerit, Dominus deportatus legatum, aut fideicommissum servo suo factum acquirere non possit, ergo nec donationem uxori factam, si eam revocaverit tempore deportationis, vel post mortem donatariæ ad se reversa fuerit, acquirere potest, libenter tamen nostrum judicium suspendimus, cùm aliàs in dubio juris potiùs contra fiscum, quàm pro eo respondendum sit.

127 Diximus hactenùs de sexta Classe eorum, quæ uxori debentur post mortem mariti existentibûs liberis, id est de rebus uxori, durante matrimonio ex donatione, & liberalitate mariti obvenientibus, nunc sequitur. Restrictio prima, ut donatio inter conjuges facta non excedat mille florenos Rhenenses, tausendt Gülden Reinisch in Müntz / vel si excesserit, ut donationis insinuatio judicialiter facta fuerit; Ne quis enim temerè, & inconsulta liberalitate res suas profundat, sed tempus habeat deliberandi, an sibi consultum sit, ejusmodi excessivam donationem perficere, jura ad explorandam perseverantiam animi hoc remedium excogitârunt, ut donatio non convalidaretur, nisi apud Judicem fuerit insinuata, & legitimè protocollo inserta.

128 *L. penult. §. ult. Cod. de donat. §. aliæ autem Inst. de actionibus*, Quod etiam ad donationes inter virum, & uxorem *per text. in l. donationes, 25. Cod. de donat. inter vir. & ux.* extensum est, eò majori necessitate, & utilitate, quò pronior est cœcus amor inter conjuges aliquid indeliberatè faciendi, cujus postmodùm pœnitudo supervenit, & quamvìs jura communia summam, quæ sine insinuatione donari potest, ad 500. solidos restringant, quia tamen inter DD. non convenit, quænam fuerit quantitas solidorum, sive aureorū, qui termini in jure sæpè parificantur, cùm illorum intrinsecus, & extrinsecus valor sæpiùs mutaretur, ideò legislatori nostro placuit, pro moderno rerum statu, & monetæ variatione determinare summam mille florenorum Rhenensium, quæ nec cum Hungaricis, nec Bohemicis aureis florenis, nec

129 cum antiquis solidis convenit; Potest autem quis, si velit, hanc determi-
Diff. nationem inter differentias juris communis, & juris nostri statutarij referre; Qui de computatione solidorum plura scire desiderat, adeat *D. Rath. in dissert. Jurid. de differ. jur. comm. & Bavar. assert. 9. litt. E. Nicolaum Everhard. vol. 2. cons. 19. n. 31. & Georg. Everhard. vol. 2. cons. 4. n. 34. Hottomanum lib. de re numa. fol. 334.*

Sed, cùm floreni Rhenenses duplicis generis sint, quidam in auro, qui vocantur, die Rheinische Gold-Gülden / quorum unus successu temporis ad 2. florenos usuales, & 12. crucigeros excrevit: Et floreni Rhenenses argentei, Rheinische Gulden in Müntz / quorum unus quindecim baceis, vel 60. crucigeris constabat, ideò

130 Quæritur primò, an articulus noster sit intelligendus de florenis Rhenensibus aureis, vel argenteis? Et putamus, illum de florenis usualibus, sive argenteis intelligendum esse, juxta ea, quæ tradunt communiter DD. si in litteris censualibus inveniantur verba, Rheinische Gulden / & non exprimatur, guet von Gold / vnd schwer von Gewicht / quòd illa debeant intelligi de florenis argenteis, & usualibus: Ratio est, quia in dubio nomina

mina

mina ex communi, & vulgari usu exaudiri debent, *l. labeo. 7. §. servus. 2. ff. de supellect. legat.* & in obscuris sequimur id, quod in regione, in qua quid actum est, communiter frequentatur, *l. semper in stipulationibus. ff. de R. J. Mynsing. cent. 1. obs. 65. & Cent. 5. obs. 83. Rudingerus in obs. Camer. cent. 3. obs. 70.* Communis autem in Bavaria modus loquendi est, ut per verbum Gulden intelligamus tantùm argenteum, & usualem, qui 15. baceos, aut 60. crucigeros valet, & de hoc vix dubium esse potest, cùm articulus noster loquatur de florenis Rhenensibus, von den Rheinischen Gulden in Münß/ quod verbum in Münß de aureis florenis Rhenensibus intelligi non potest, juxta *Jacobum Aleman. in Palest. consult. cons. 8. quæst. 1. part. 18.* Ubi dicit, quòd verbum Münß simpliciter positum accipiatur pro moneta argentea, & usuali, concordat die Pollizey-Ordnung de Anno 1448. *Tit.* Von wuecherlichen Contracten. *Vers.* Item das etliche. Ubi verbum Münß tantùm designat minutam argenteam monetam, quam nos vocamus die Schid-Münßen / sub qua specie floreni aurei Rhenenses, die Gold-Gulden / non continentur, sed sub nomine, der gueten Reichs-Sorten. *Vid. Besold. in thesaur. pract. verbo* Münß / Land-Münß / Reichs-Münß / & hoc propterea in Patria nostra statutum arbitramur, ne alias, cùm quingentos solidos, ut plurimi volunt, acciperemus pro aureis Hungaricis, sive Bohemicis, summa insinuabilis excedere deberet secundùm communem usum Imperij tria millia, & secundùm corruptam monetam argenteam hodierni temporis ter mille quingentos florenos, vel, si restringamus ad aureos Rhenenses, quorum quilibet moderno tempore constat tribus florenis usualibus, summa insinuabilis ad tria millia florenorum excurreret, quam certe iniquam computationem nulla tribunalia admitterent. Quæ esset nimis exorbitans summa, cùm quingentis solidis nunquam comparabilis, cùm tamen nemo sibi imaginari possit, quòd legislator noster propter defectum commerciorum, & auri atque argenti fodinarum in Patria nostra voluerit summam insinuabilem potiùs extollere, quàm diminuere: Rectè igitur statuimus, terminos nostros 1000. Gulden Rheinisch in Münß / intelligi debere de florenis usualibus, cùm constet, quòd Electores Rhenenses extra monetam illam auream, sive numismata, quibus antiquitùs plerùmque imago S. Laurentij impressa fuit, quæ vocantur aurei Rhenenses, die Gold-Gulden/ etiam cudi curaverint monetam argenteam, quæ primitùs quindecim baceos, vel 60. crucigeros valebat, sed, cùm in extrinseco valore nimium crescerent, maximè, quia minuta pecunia, die Schid-Münß in Groschen / Baßen / vnd Kreüßeren / in intrinseco suo valore cum argenteis florenis non conveniret, sed longè deterior esset, argentei illi floreni in desuetudinem abierunt, remanente ista pecunia minuta, cujus quindecim bacei, 20. grossi, & 60. crucigeri nunc passim pro floreno usuali habentur, & solutio in tali pecunia facta dicitur fieri, Rheinisch in Münß. Vid. *Tileman:* im Münß-Spiegel / *lib. 4. cap. 15. & Bornitius. lib. 1. cap. 10.* Et de quæstione hac *D. Rath. dict. dissert. Jurid. assert. 9.* & post eum *D. Balthasar. loc. cit. n. 137. & seqq.* Certè eò depravatio 131
pecuniæ moderno tempore devenit, ut floreni argentei, quos nunc vocant Guldiner / comparatione, & computatione facta cum antiquis florenis usualibus, quorum unus valebat 15. baceis vel 60. crucigeris, in intrinseco valore quinta parte deficiant, adeóque illum, qui uxori suæ donandi animo mille ducentos florenos ita depravatos sine insinuatione judiciali traderet, contra textum articuli nostri peccaturum minimè putaremus, cùm tales depravati floreni Rhenenses dici non possint. DEUS ignoscat supremorum Principum ministris Cameralibus, & eorum substitutis Hebræis, fallitis mercatoribus, & ejusmodi farinæ hominibus, qui Imperium Romanum pro exiguo, ut vocant, appalto, multis millionibus ejusmodi depravatæ monetæ impleverunt, quo onere plebs relevari non potest, si suo tempore reductio

monetæ fiat; nisi cum damnificatione quintæ partis. Si igitur S. Augustini regula firma est, quòd non dimittatur peccatum, nisi restituatur ablatum, Domine DEUS! quid retribues his flagellatoribus monetæ, quando sumes tempus ad vindictam?

132 Quæritur secundò, an insinuatio donationis excessivæ debeat fieri apud Judicem ordinarium? Quamvis enim apud DD. comunis opinio sit, quòd insinuatio donationis possit fieri coram quolibet magistratu, sive Judice, tametsi ordinarius non sit, per rationem, quòd insinuatio sit actus meræ facultatis, & voluntariæ jurisdictionis, adeò ut coram quolibet judice, qui jurisdictionem habet, fieri possit, ut communiter dicitur de testamento facto ad acta, de adoptione, emancipatione, &c. Tamen id nobis secundùm dispositionē juris nostri Bavarici valdè suspectum est, cùm plerúmque, ubi ponuntur verba vor Gericht / ut in hoc articulo, vel ut dicitur *in Art. 15. hoc Tit.* vor offnen Gericht / & alibi, vor der Obrigkeit / restringatur negotium ad ordinarium magistratum, ut diximus ad *Summarium Procesſ. Tit. 2. Art. 3. & Art. 8.* Ubi exprefsè disponitur, ut insinuatio amicabilis compositionis, & compromissi, quæ infra quinquaginta florenos est, & inter homines plebejos conficitur, debeat apud ordinarium Judicem, vor ordentlicher Obrigkeit fieri. Per Rationem, quia talis insinuatio cognitionem causæ requirit, prout etiam videtur insinuatio donationis requirere, ut nimirum evitetur prodigalitas, & effusa liberalitas, quibus homines ad egestatem facilè perduci possunt, *Math. Stephan. ad Novell. 119. n. 2.* quia donare planè nihil aliud est, quàm sua perdere, & dilapidare. *l. 7. in princ. ff. de donat.* Rectè igitur provisum est, ne tam effusæ donationes, quibus homines ad egestatem perduci possunt, absque Judicis notione, & approbatione conficiantur, & subditi in præjudicium reipublicæ depauperentur, imò & ipsi creditores per ejusmodi occultas fraudes damnificentur, uti videre est apud *Perez. VVesenb. Osterman. ad Tit. 7. §. 2. verſ. & cùm retrò Inſt. de donat.* Hæc omnia autem sine cognitione ordinarij Judicis fieri non possunt, quoniam nulli alteri facultates, & vires donatoris ita cognitæ esse possunt, sicut ordinario
133 magistratui: Ex quo sequitur, maximam differentiam esse inter insinuationem donationis excessivæ, & inter insinuationem adoptionis, emancipationis, aut similium actuum merè facultatis, quoniam hi, nec reipublicæ, nec creditoribus adoptantis, aut emancipantis, nec cuilibet alteri damnum, aut præjudicium adferre possunt, sicuti tamen de donatione excessiva diximus; Interim fatemur, communem opinionem esse, insinuationem donationis excessivæ coram quolibet judice fieri posse, *Schneidevv. ad Tit. 7. §. 2. de donat. n. 31. Sichard. ad l. sancimus. 34. n. 18. Cod. de donat.* Quamvis illam constitutionibus nostris Bavaricis conformem esse minimè putemus, vel enim, quæso, DD. dicunt, insinuationem esse actum meræ facultaris, vel ipsam donationem excessivam? Si prius, propositio manifestè falsa est, cùm insinuatio donationis excessivæ sit necessitatis, & nullo modo meræ voluntatis, totus enim excessus nullus, & invalidus est, nisi insinuatio fuerit facta: Si autem dicunt, ipsam donationem esse actum meræ voluntatis, sive facultatis, cùm donator illam facere, vel omittere possit, hoc illis ultrò concedimus, sed in hoc sensu etiam actus transactionis, compromissi, emptionis, & venditionis, mutui, & vel maximè oppignorationis, sive constitutionis hypothecæ est actus meræ voluntatis, cùm quis illum inire, vel omittere possit, & tamen certissimum est, quòd insinuatio transactionis, compromissi, emptionis, & venditionis, mutui, oppignorationis, & hypothecationis debeant fieri coram ordinario magistratu, prout diximus *loc cit.* in Summarischen Proceß / *& ad Art. 20. & 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / ergò idem dicendum est de donatione, & ejus insinuatione. Ex hoc autem

Quæ-

Quæstio tertia oritur, an etiam quilibet Judex, Ein jedweder Hoff-marcks- oder Bauern-Richter / qui jurisdictionem habet, donationem à se factam coram se ipso insinuare, & protocollo suo judiciali inserere possit, & an talis donatio in quacunque quantitate facta valeat? Plurimi DD. inhærentes prioribus principijs etiam hoc absurdum admittunt, imò ulteriùs progrediuntur, ut velint, nulla omnino insinuatione opus esse, quasi ejusmodi Dorffs- vnnd Bauern-Richter / ipsis Principibus æquales sint, quorum donationes insinuatione non indigent, sive activæ sint, sive passivæ, id est, si Principes donent, vel ipsis excessiva donatio fiat, quos tamen *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 9. per tot.* egregiè refutat, & *Cævallos in suo speculo. quæst. 222. n. 13.* Ubi tamen mendum irrepsisse, & particulam (non) delendam esse, arbitratur *Simon. Ulr. Pistor. in addit. ad frat. Hartm. loc. cit. litt. A.* Quidquid de hoc sit, nos Hartm. Pistor. negativæ sententiæ eò magìs subscribere tenemur, cùm omnem insinuationem excessivæ donationis, de jure nostro statutario coram ordinario magistratu, & Judice fieri debere dixerimus; Sed nemo potest esse sui ipsius Judex, ergo etiam nemo in donatione excessiva sibi auctoritatem judicialem accomodare potest. Quam sententiam etiam de Jure Communi tutiorem esse scribit *Heigius part. 2. quæst. 17. n. 18. & Græveus lib. 2. conclus. 39. consid. 1. n. 6.* 134

Quæritur quartò, an donatio excessiva, quæ non fuit judicialiter insinuata, ex integro, vel tantùm quoad excessum invalida sit? Et quamvìs aliqui putent, totam donationem infirmari, verior tamen est sententia, quòd tantùm vitietur excessus, *Clar. §. donatio. quæst. 17. n. 3. Schneidevv. ad §. aliæ autem. n. 39. Instit. de donat.* juxta Regulam *in cap. utile. de R. J. in 6.* quòd utile per inutile non vitietur. 135

Quæritur quintò, an donator teneatur in propria persona coram Judice comparere, & actum insinuationis expedire, vel an id etiam per procuratorem fieri possit? Et putamus, nihil obstare, quò minùs per procuratorem insinuatio fieri possit, *Balthasar. loc. cit. n. 138.* modò ad hoc habeat mandatum speciale, nam, sicut ipsa donatio fieri non potest per procuratorem, nisi speciale mandatum habentem, *l. filiusfamiliâs in princ. ff. de donat. l. contra juris. §. fin. ff. de pactis*, ita nec donationis insinuatio, quia in effectu, nihil aliud est, nisi donationis in excessu factæ confirmatio; Huc facit, quod communiter dicitur, quòd ea, quæ latent in animo, non possint exsplicari per procuratorem non habentem speciale mandatum, *Mozz. de mandato. Rubr. de divis. mandat. n. 44.* 136

Quæritur sextò, an donator insinuationi excessivæ donationis renunciare possit, saltem cum juramento? Simplicem renuntiationem irritam, & invalidam esse, vix est, qui dubitet, cùm legi prohibitivæ, & aliquam solennitatem pro forma inducenti renunciari non possit, *Anton. Gabriel. lib. 3. tit. de donat. conclus. 1. n. 3. Gomez. Var. Resol. Tom. 2. cap. 4. n. 7.* ne fraus legi fiat, nam eadem facilitate quis ad renunciandum induci potest, quà fuit inductus ad donandum, imò, si quis in uno eodémque instrumento faciat excessivam donationem, hôc additô, quòd pro duabus, vel tribus donationibus habenda sit, non valet donatio quoad excessum. *Balthasar. loc. cit.* quamvìs ultrò concedamus, donationes per diversa temporis spatia factas, atque in unam eandémque personam collatas, etiamsi 500. solidos, sive secundùm nostrum computum 1000. florenos usuales excedat, valere, *per l. sancimus. 34. §. si quis. Cod. de donat.* Difficilior hujus quæstionis resolutio est in eo capite, an donatio excessiva juramentô donatoris confirmetur? Sed, cùm supra jam dixerimus, donationem mulieri factam per juratam simplicem promissionem valere, tametsi aliàs per *l. Papinianus. ff. de donat. inter vir. & ux.* invalida esset, ita etiam donationem excessivam jurejurandô sine insinuatione convalidari posse, minimè dubitamus:

Ratio per se clara est, si enim ipsa donatio ex dispositione legis nulla per juramentum confirmari potest, quia subest naturalis obligatio, cur non & ipse, fortè parvus, excessus confirmari possit? Cùm, quod licet in toto, id multò magìs licere debeat in parte, præsertim cùm in parte potiores rationes subsint. De hac quæstione quidem multi dubitant, sed nobis res videtur sine difficultate. *Vid. Græveus pract. quæst. lib. 2. conclus. 39. ad Andr. Gail. ibidem n. 12. Gomez. Var. resol. tom. 2. cap. 4. n. 8. Balthasar. cit. loc. n. 141.* cui tamen ulteriùs non insistimus.

137 Quæstio septima est, an etiam post mortem mariti sine relictis liberis debeantur uxori donata non ab ipso marito, sed ab alijs? Et in hac re distinctionem facimus de donatis uxori à consanguineis ejus, vel à consanguineis viri, vel à prorsùs extraneis: Vel quæ donantur utrisque conjugibus tempore nuptiarum, de quo ultimo in articulo sequenti sermo redi-
138 bit. Quæ autem mulieri donata sunt tempore conjugij à suis consanguineis, non dubitamus, ei soli acquiri, quoniam nullibi inter cognatos matrimonij vinculô obstrictos donatio invenitur prohibita: Aliud est, si donatio uxori facta sit à consanguineis mariti, tunc enim communiter existimant, quòd tales donationes censeantur factæ contemplatione mariti, & proinde potiùs eidem, quàm uxori cedant: Si autem à prorsùs extraneis factæ sunt, *l. quintus Muzius. 51. ff. de donat. inter vir. & ux.* non admittit aliam præsumptionem, quàm, quòd marito donata sint, ad excludendam turpis quæstûs suspicionem ab uxore: Vidimus ferè in omnibus Aulis, quòd honestiores viri, quibus sordes sordent, declinent munera sibi oblata, quæ deinde mulieres ambâbus amplectuntur, prout ille versum fecit in consilium quoddam Aulicum dicendô:

Accipit hæc dextrâ, pars accipit altera lævâ,
At Dominus noster Præses utrâque capit.

Pentametron alter inuertit cum veritate. At Domina nostra Præses utrâque capit: Profectò talia munuscula uxori contemplatione meritorum viri oblata, tametsi justa sint, & fortè jure Regalium Lombardorum, de quibus tamen in usibus feudorum nihil scriptum est, subsistere possint, non ipsi uxori, sed marito vel fisco cedunt: Sicut & donationes remuneratoriæ, quæ fiunt mulieribus Legatorum, & Ambassiatorum intuitu eorum servitiorum per Principes, & magnos Dominos. Vid. de hac Quæstione *Jul. Clar. in §. donatio. quæst. 10. Roland. à Vall. vol. 1. cons. 10. Menoch. cons. 41. n. 20. vol. 1. Mascard. de probat. vol. 1. conclus. 563. n. 5. & alij.*

139 Quæritur octavò, an insinuatio fieri possit coram tabellione, & testibus? Et respondet *Cævallos supra cit. quæst. 222. n. 6.* quòd non, quia pro solennitate, & forma introductum est, ut insinuatio donationis excessivæ fiat coram Judice, forma autem, sive solennitas actûs per æquipollens ad-
140 impleri non potest, hoc tamen in Jure nostro statutario speciale est, ut donatio coram quinque testibus facta valeat, tametsi 1000. florenos excedat, juxta verba, oder die Schanckung in Beysenn fünff Zeügen geschehen. Dices, hunc textum tantùm intelligendû esse de donatione mortis causâ, ad quam, sicut in omni ultima voluntate, quinque testes requiruntur; Respondemus cum *D. Rath. cit. dissert. Jurid. assert. 11. & D. Balthasar. loc cit.* quòd textus hic loquatur de donatione inter vivos, Ratio est, quia in donatione mortis causâ nulla insinuatione opus est, cùm ergò articulus disponat, donationem coram quinque testibus factam subsistere sine insinuatione, manifestò præsupponit, hanc esse exceptionem à Regula, & proinde donationem inter vivos coram quinque testibus factam non minùs valere, quàm si facta esset per Codicillum, aut ultimam voluntatē, quod confirmatur per statim subsequentia verba, oder in dem Heyrat-Geding bey dem nit weniger als fünff Zeügen

gewesen / pacta autem dotalia, quatenùs nihil disponunt de successione, valent per modum contractûs inter vivos. Et in hoc putamus, differentiam esse inter jus commune, & jus nostrum statutarium, cùm, ut dictum, jus commune præcisè præsentiam Judicis, & auctoritatem Judicialem pro forma hujus actûs requirat, quæ proinde per æquipollens suppleri non potest. *Diff.*

Quæritur nonò, an hæc dispositio de donatione coram quinque testibus facta etiam intelligenda sit de donatione facta extraneo? Ratio dubitandi est, quia articulus noster tantùm loquitur de donatione facta uxori, ut consequenter tanquam Juri Communi contrarius videatur strictissimè esse intelligendus: Sed nobis videtur, idem dicendum esse de donatione extraneo facta, quod dicitur de uxore: Ratio est, quia donatio inter virum, & uxorem magis est prohibita, quàm inter virum, & extraneum, cùm donatio inter conjuges simplici promissione, aut stipulatione facta non valeat, sed requiratur rei donatæ traditio, ut supra deduximus, inter virum verò, & extraneum valet, tametsi nulla traditio intervenerit, odiosior igitur est donatio inter conjuges, quàm inter personas extraneas, ex quo manifestè sequitur, si donatio inter conjuges coram quinque testibus facta sustinetur, quòd etiam sustineri debeat, si coram quinque testibus inter extraneos facta sit, & hujus rei ratio consistit in eo, quòd actus coram tot testibus celebratus videatur donantis enixum animum, & perseverantem voluntatem, ex cujus defectu remedium insinuationis inventum est, sufficienter declarare, & contestari; Accomodè huc applicari possunt, quæ diximus ad *Tit. 2. Art. 20. & 21.* deß Gandt-Proceß. Ubi statuitur, quòd hypothecarium, sive pignoratitium instrumentum coram tribus testibus erectum, non quidem ex toto æquiparetur publico, & Judiciali instrumento, tamen hujus efficaciæ sit, ut hypotheca expressa intervenientibûs tribûs testibûs constituta, etiam præferatur hypothecæ tacitæ, uxori pro repetitione dotis cum privilegio prælationis competenti, quod enim coram tot testibus fit, id fieri censetur deliberatô animô. 141

Nunc sequitur ad ea, quæ hactenùs de donationibus uxori factis dilucidè exsplicavimus, generalis quædam exceptio, sive limitatio, nisi maritus ex præcedenti matrimonio liberos reliquerit: Nam in hoc casu uxor neque ex donationibus à marito sibi factis, neque aliô titulô gratuitô ab eo acquisitis plus habere potest, quàm partem filialem, & quidem minimam, si partes filiorum ex dispositione Patris fuerint inæquales, juxta verba, **Es seye dann / daß der verstorbene Ehe-Würth Kinder von voriger Ehe habe / so mag sie in allen / es seye durch Schanckung / oder Kinds-Thail ain mehrers von jhres Manns Guet nit bekommen / dann so vil was einem Kind / welchem der Vatter am wenigsten vermacht / von allen sein deß Vatters Vermögen zugethailt worden.** Quod repetitur infra *Art. 15.*, & etiam conforme est Juri Communi *in l. hac Edictali. Cod. de secund. nupt.* Ubi maritus secundæ uxori, vel ulteriori nullô liberalitatis titulô potest plus conferre, quàm uni liberorum prioris matrimonij minimam partem habenti, & hoc in odium secundarum nuptiarum, & favorem filiorum primi matrimonij, cùm mariti præsumantur ex cœco, & immodico amore secundis uxoribus vitam, ac sanguinem priorum liberorum addicere. 142

Sed hoc ita declaratur primò, ut in æstimatione illius, quod conjugi plus donatum est, non inspiciatur tempus donationis, sed tempus mortis. E. C. Titius donavit uxori secundæ 1000. florenos, & tempore donationis tantum habebat in bonis, & facultatibus suis, ut singuli ex liberis prioris matrimonij plus potuerint consequi, si tamen post donationem uxori factam quodam infortunio ad macriorem fortunam, ut ita dicam, devenerit, & pauperior factus fuerit, ut portio cujusvis ex liberis ad 1000. florenos non 143

pertingat, vitiatur donatio quoad excessum. *Vid. Anton. Faber. in Cod. lib. 5. Tit. 5. defin. 11.* Ubi dicit, quòd liberalitas mariti in secundam uxorem ex comparatione legitimæ æstimanda sit, quoties autem de legitima quæritur, inspiciendum est tempus mortis. *l. cùm quæritur. 6. Cod. de Inoff. Test. D. Rath. part. 3. de secund. nupt. assert. 5.* Ubi dicit, antiquitùs quidem indeterminatum, & incertum fuisse, an respectus quoad excessum donationis habendus fuerit ad tempus donationis, vel ad tempus mortis, à Justiniano tamen in *Novell. de nupt. cap. quam verò. 28.* expresse statutum esse, quòd tempus mortis inspiciendum sit, cùm idem etiam observetur in æstimanda ratione legis falcidiæ.

144 Declaratur secundò, ex mente *Ant. Fabri. in suo Cod. lib. 4. Tit. 5. de secund. nupt. defin. 11.* Quòd, si immoderatè uxori donatum repetatur, id non cedat, sive proficiat creditoribus donatoris, si post donationem non solvendo factus fuerit, sed solis liberis prioris matrimonij, quæ declaratio, an vera sit, videbimus infra ad *Art. 10. circa finem.*

145 Declaratur tertiò, ut, quod excessivè uxori donatum est, non vitietur in totum, sed tantùm quoad excessum, qui inter liberos primi matrimonij, & personam, cui donatum est, sive uxorem, dividendus est, ita, ut uxor cum liberis saltem ad parificationem admitti debeat, prout videtur sentire *idem Faber. loc. cit.* Quamvìs huic declarationi contradicat *D. Rath. loc. cit. assert. 13.* Ubi putat, ex juris veteris correctione manifestè sequi, quòd nulla habita novercæ ratione liberis ex anteriore matrimonio susceptis solis adjiciatur, quod ultra legis mensuram novercæ donatum est, de quo paulò post ulteriùs dicemus.

146 Declaratur quartò, licèt uxor secunda in contradote liberorum primi matrimonij portiones hæreditarias excedat, quòd tamen excessum non amittat: Ratio est, quia noverca contradotem accipit titulô onerosô in reciprocationem dotis, si igitur dos filiorum primi matrimonij partes hæreditarias excedit, utique etiam contrados excedere debet, quæ secundùm dispositionem *Art 1. Vers: Hätte aber /* doti comensuranda est, welche dem Heyrat-Guet gleich seye.

147 Aliud dicendum de vidualitio, von dem Wittib-Sitz / cujus constitutio ex consuetudine patriæ quidem inter personas nobiles usitata, & consueta est, quia tamen uxor vidualitium accipit titulô lucrosô, & merè gratuitô, rectè *D. Rath. loc. cit. assert. 42.* asserit, quòd illa partem virilem liberorum primi matrimonij excedere non debeat, prout ita in Aulico consilio judicatum fuisse refert.

148 Declaratur quintò, tametsi Pater uxori plus donare non possit, quàm unus ex liberis prioris matrimonij acquirit, qui minimam partem accipit, quòd tamen extraneo majorem donationem facere non prohibeatur, quàm filius, vel filia consequitur, cui minor portio ex voluntate patris data fuit: Ratio hujus rei est, quia, ut dictum, hæc est pœna secundarum nuptiarum, ut binubus in secundam uxorem plus transferre non possit titulô lucrativô, quàm partem filialem, & quidem minimam, si filij inæqualiter sunt habiti, quæ autem in favorem liberorum, & odium secundarum nuptiarum contra novercam statuta sunt, ad extraneos extendi non debent, quoniam in ijs cessat ratio dispositionis. Modò legi nulla fraus fiat, v. g. si maritus alicui extraneo cum tali onere aliquid donet, ut suo tempore novercæ restituat. *Rath. loc. cit. assert. 7.* in tali enim donatione excessus perinde defalcatur, atque donatio directè statim in Novercam facta fuisset. *l. hac Edictali. Cod. de sec. nupt. l. Papinianus. §. eo Jure. ff. de inoff. test.*

149 Declaratur sextò, si maritus ex priori matrimonio nullos liberos habeat, consequatur autem plures ex secundo communi matrimonio, quòd non impediatur, uxori donatione, vel aliô titulô lucrativô plus relinquere, quàm

quàm unus ex liberis prædicti secundi, & communis matrimonij acquirit. Ratio est, quia hæc dispositio *Auth. hac Edictali Cod. de secund. nupt.* est introducta in favorem liberorum prioris matrimonij, & in odium novercæ, ubi autem præsupponitur, quòd nulli liberi prioris matrimonij adsint, secunda uxor noverca dici non potest, sed ratione liberorum communis matrimonij vera mater est, nullibi autem prohibitio fit, ut veræ matri non possit plus relinqui, quàm uni liberorum communis matrimonij. Modò legitimam habeat. *Rath. loc. mox cit. assert. 8.*

Continuatio

SUMMARIORUM.

150. *Quid si liberi communis matrimonij lædantur in legitima?*
151. *Quid si unus ex liberis fuerit exhæredatus?*
152. *An maritus excessum, quem tempore matrimonij præ privignis suis accepit, teneatur restitutere?*
153. *Quid uxor acquirere possit, quando adulterium commisit?*
154. *Excessus donationis conjugalis quomodò inter liberos debeat dividi?*
155. *Quomodò portio uxoris commensurari debeat, si minimi filij portio legitimam non adæquet?*
156. *Quid si conjugis ususfructus excedat partem filialem privignorum?*
157. *An pœna l. hac Edictali. cesset, si liberi ex primo matrimonio fuerint mortui?*
158. *Quid si mulier cum consensu mariti ad secunda vota transierit?*
159. *Nunquid eadem jura sint in binubo, & binuba?*
160. *An mulieres semper habeant jura acquæstuum?*
161. *Quæ sit differentia inter constitutionem dotis certæ, & dotis incertæ?*
162. *Dotis illatæ, & promissæ?*
163. *An pro acquæstibus constitutio, & illatio dotis requiratur?*
164. *An uxor usumfructum contradotis habeat cum ipsò acquæstu?*
165. *An dos, & contrados possint esse inæquales?*
166. *Contradotis commensuratio quomodò fieri debeat?*
867. *An quoad omnia bona uxoris, vel solummodò quoad dotem?*

Declaratur autem hoc ulteriùs septimò, si liberi per donationem ma- 150
tri factam læderentur in legitima, quòd donatio tanquam inofficiosa sit rescindenda.

Imò, quod facit pro octava declaratione, si ponas, maritum ex primo matrimonio nullos reliquisse liberos, secundam verò uxorem superinductam per secundum matrimonium, afferre secum privignos, maritus etiam privignis suis in liberorum secundi matrimonij præjudicium aliquid donare, vel relinquere potest, dummodò non contemplatione uxoris fiat, & legitima filijs communis matrimonij in salvo sit, ut omnia hæc defendit *D. Arnold. Rath. de pœn. secund. nup. cap. 3. assert. 48. 49. 50. & 53.* quò Lectorem remittimus.

Declaratur nonò, si unus ex liberis prioris matrimonij fuerit legitimè 151
exhæredatus, ita, ut ex hæreditate patris nihil consequatur, exinde tamen non sequi, quòd propterea tota donatio novercæ facta infirmari debeat, quod antiquitùs ex constitutione Leonis *l. hac Edictali* videbatur inferendum, ait enim textus, quòd tantum præstari possit posteriori uxori, quantum ex prioribus liberis alicui ad minimum relictum fuit, ergo, si alicui nihil relictum fuit, videtur etiam conjugi nihil relinqui posse: Sed contrarium disponit Justinianus Imperator *in l. cùm apertissimè. 10. Cod. de secund. nupt.* Ubi liberi ingrati non impediunt donationem uxori faciendam, neque admittuntur ad participationem illius portionis, quæ uxori ultra mensuram legis facta est, debet igitur mensura donationis uxori factæ non desumi à filio ingra-

ingrato, & exhæreditato, ſed ab illo, qui inter gratos ex hæreditate Patris minus accipit.

152 Declaratur decimò; ſi mulier binuba ſecundo marito in præjudicium liberorum ſuorum primi matrimonij exceſſivam dotem conſtituerit, & maritus ex fructibus dotis tempore matrimonij perceptis aliquid ultra virilem filij portionem acceperit, non tenetur exceſſum privignis ſuis communicare, per rationem ſupra allatam, quòd in commenſuratione ejuſmodi exceſsûs inſpiciatur tempus mortis, non tempus conſtitutæ dotis, potuiſſet igitur tempore conſtantis matrimonij uxor locupletior fieri, ut filijs ex parte ſua filiali nihil decederet, ergo fructus dotis, quos maritus intermedio tempore non titulô gratuitô, ſed onerosô, pro ferendis ſcilicet matrimonij oneribus accepit, optimo jure ſibi lucratus fuit; Aliud eſt, ſi in pactis dotalibus conventum fuerit, ut ſolutô matrimoniô dos apud maritum remaneret, vel ſaltem fructus dotis ad dies vitæ, tunc enimverò, ſi filiorum portiones non correſponderent cum quantitate dotis, remedium ex *l. hac Edictali* ſine omni dubio locum haberet, *Vid. D. Rath. loc. cit. aſſert. 6.*

153 Declaratur undecimò, ut, ſi uxor tempore matrimonij adulterium committat, maritus ex lucro dotis non poſſit plus acquirere, quàm unus ex privignis in matris ſuæ binubæ hæreditate ſit habiturus. *Bald. in l. hac Edictali. Cod. de ſecund. nupt.* Ubi dicit, quòd nec lucrum dotis ex adulterio binubæ uxoris poſteriori marito quæſitum, portionem hæreditatis maternæ filio prioris matrimonij relictam excedere poſſit, de quo tamen *D. Rath. loc. cit. aſſert. 11.* non malè ſubſiſtit, & dubitat: Ratio eſt, quia maritus lucrum dotis acquirit non ex voluntate uxoris adulteræ, ſed in compenſationem injuriæ, propter adulterium ſibi illatæ, ex proviſione legis; Cùm igitur ceſſet ratio legis, ne ſcilicet binuba mulier nimio amore capta ſecundum maritum de ſuis facultatibus inofficiosè ditare conetur, igitur etiam debet ceſſare juris diſpoſitio, vid. quæ dicemus ad *Art. 5. hujus Tit.*

154 Declaratur duodecimò, tametſi juxta *l. hac Edictali, & l. quoniam. Cod. de ſecund. nupt.* prohibitus exceſſus donationis fuerit dividendus non tantùm inter liberos prioris matrimonij, ſed etiam inter liberos ex communi ſecundo matrimonio ſuſceptos, quòd tamen hoc *in Novell. 22. de nuptijs. cap. optimè. 27.* correctum ſit, quia, quod plus eſt in eo, inquit Imperator, quod relictum, aut datum eſt, omninò aut novercæ, aut vitrico, acſi neq; ſcriptum, neque relictum, aut datum, vel donatum fuiſſet, competit filiis, & inter eos ſolos ex æquo dividitur, ut oportet, nam ex ſecundis nuptiis filios participari etiam horum, ſcriptum quidem in quadam conſtitutione eſt, non tamen etiam nunc nobis placet, ſed ex priori matrimonio filiis, propter quos & obſervatum eſt, detur ſolis. Cum quo Jure etiam videtur omninò concordare articulus noſter, qui tantùm de liberis primi matrimonii loquitur: Ratio habetur in verbis hujus textus, quia prohibitio donationis inventa eſt in favorem liberorum primi matrimonii, ergo ulteriùs non eſt extendenda, nec enim vitricus, aut noverca propriis liberis, & ſanguini ſuo præſumuntur velle præjudicare, qui ex communi matrimonio progeniti ſunt, quàm vitricus, aut noverca cenſentur præjudicaturi privignis ſuis.

155 Declaratur decimotertiò. Si portio filii, qui minimam partem ex hæreditate patris accepit, non attingat legitimam, quòd conjugis portio non debeat commenſurari ſecundùm relictum à Patre, ſed ſecundùm legitimam, quæ filio debetur, *dict. l. hac Edictali. 6. verſ. ita tamen Cod. de ſecund. nupt.* Ratio eſt, quia nec ipſius filii portio minor eſſe poteſt, quàm ſit legitima, ergò, cùm ipſe ſupplementum legitimæ petere, & accipere poſſit, ſequitur, quòd etiam uxoris portio eidem poſſit commenſurari. *Anton. Faber. in Cod. ſuo Tit. de ſecund. nupt. defin. 3. & defin. 6.* addit, ſi maritus binubus plus contulerit in ſecundam uxorem, quàm in unum ex liberis primi matrimonii, cui

cui minus reliquit, quòd filii legitimam priùs detrahant, & tum primùm, quod reliquum eſt, inter filios dividatur, ſed ſi filii ex æquis portionibus *inſtituti* ſint, ita, ut ceſſet omnis querela inofficioſi teſtamenti, & inofficioſæ donationis, adeóque ceſſante actione ad ſupplementum, nec de legitima, nec de condictione ex lege hac Edictali, adverſùs quam nihil factum eſt, ulla querela competere poteſt, Vid: de hac quæſtione *D. Rath. loc. cit. aſſert. 15. per totum*, quam valdè ancipitem eſſe dicit, finaliter tamen Fabri opinionem, ut nobis videtur, æquiſſimam amplectitur, videatur *Art. 15. §. nunc ſequitur.*

Declaratur decimò quartò, ſi à conjuge prædefuncto ſuperſtiti relictus 156 fuerit uſusfructus, quo exceditur pars filialis privignorum, ut etiam iſta conceſſio quoad exceſſum inutilis, & invalida ſit: Quamvìs enim ſupra diximus, uſumfructum dotis binubo marito conſtitutæ non venire in computationem, *l. hac Edictali*, & etiam antiquo jure juxta *D. Rath. in aſſert. de ſecund. nupt. part. 1. aſſert. 49.* uſusfructus à defuncto conjugi ſuperſtiti relictus per ſecundas nuptias non amittatur, nihilominùs Juri noſtro Satutario omninò conforme eſſe judicamus, ut etiam exceſſus in uſufructu inutilis, & invalidus ſit, juxta verba, in allem / quæ nihil excipiunt, & proinde etiam exceſſum in uſufructu excludunt. Et hanc opinionem *D. Rath* etiam Juri communi conformem exiſtimat, *part. 3. aſſert. 16.* Quoniam leges antiquiores per novellas correctæ, & immutatæ ſunt, &, quod de dote dicitur, ut ſupra jam innuimus, rationem ſpecialem habet, quæ ad uſumfructum ſimpliciter legatum extendi non poteſt.

Declaratur decimò quintò, ut binubus, ſive binuba à pœnâ *legis hac* 157 *Edictali, &c.* immunis ſit, ſi liberi ex priori matrimonio fuerint præmortui: Ratio eſt, quia in effectu idem eſt, liberos nunquam extitiſſe, vel tempore, quo controvertitur donatio, noverca adhuc vivente, non exſtare, *per text. l. fœminæ. in princ. Cod. de ſecund. nupt. & Novell. 22. de nupt. cap. ſi qui. 22.* Quoniam hi textus indiſtinctè loquuntur de conjugibus ſine liberis prioris matrimonij exiſtentibus, igitur æquè intelligi poſſunt de liberis nunquam ſuſceptis, ac de liberis poſtea præmortuis, & hoc *D. Rath. loc. cit. part. 3. aſſert. 42.* etiam extendit ad liberos, qui ſacrum Ordinem bonorum incapacem ingrediuntur, quoniam & hi pro civiliter mortuis habendi ſunt: Quid autem dicendum ſit de liberis, qui bonorum, & hæreditatis capaces quidem ſunt, ſed hæreditati, & ſucceſſioni ſponte ſuâ renunciârunt? alio loco dicemus: Interim videri poteſt *D. Rath. dict. diſſert. de ſecund. nupt. part. 1. aſſert. 28.*

Declaratur decimò ſextò, ut pœna *l. hac Edictali, &c.* in Conjuge binu- 158 ba locum non habeat, ſi cum conſenſu primi mariti, & prævignorum ſuorum ad ſecunda vota tranſierit, *Ant. Faber. in Cod. ſuo Tit. de ſec. nupt. defin. 5.* Quod nos in ſenſu copulativo libenter admittimus, ſi utraque pars tam maritus, quàm liberi primi matrimonii ſpontè, & voluntariè conſenſerint, & liberi prioris matrimonii legitimæ ætatis ſint, ut conſentire, & jus ſuum remittere poſſint: De hoc autem ſubſiſtimus, an ſolius primi mariti conſenſus ad ſecundas nuptias uxorem binubam ab hac pœna relevet, quia eâdem facilitate ex cœco, exceſſivo, & inordinato amore, quo uxori donationem facit, eidem etiam licentiam ad ſecundas nuptias tranſeundi impertire poteſt, quo tamen filiis præjudicare non debet. Aliud eſt, ſi mortuô primô maritô ipſi filii legitimæ ætatis ad ſecundas nuptias conſentiant, quoniam, cùm reſervatio *l. hac Edictali* in liberorum commodum cedat, eidem renunciare non prohibentur. *Zæſius. in Cod. hoc Tit. quæſt. 6.* An autem ſolus conſenſus ad ſecundas nuptias inducat tacitam renunciationem? *Vid. Perez. ad dict. Tit. 9. Cod. de ſec. unpt. n. 7. & Faber cit. defin. 5. & defin. 8.* Ubi videtur hunc tacitum conſenſum nimium extendere. Dices, in *Art. 7. Tit. 40.*

der Land-Recht / expresse statutum esse, quòd conjux præmortuus potuerit conjugi superstiti licentiam concedere, transeundi ad secundas nuptias, ad hunc effectum, ut non incidat in pœnas secundarum nuptiarum. Respondemus, modò citatum articulum non loqui de casu *l. hac Edictali. 6.* sed de casu *l. fœminæ. 3. Cod. de sec. nupt.* qui longè alius est, ut videbimus ad *dict. Artic. 7.* Ubi etiam rationem solidam differentiæ in medium afferemus.

159 Declaratur ultimò, ut omnia, quæ diximus, locum habere in binubo marito, eadem etiam locum habeant in binuba uxore, *dicta l. hac Edictali. 6. Cod. de sec. nupt.* ubi textus de patre, & matre ad secunda, vel tertia, aut ulteriùs repetiti matrimonii vota migrantibus loquitur, ut ita vitricus melioris conditionis non sit, quàm noverca, & vicissim noverca, quàm vitricus, licèt enim articulus noster tantùm de marito loquatur, liberis prioris matrimonii novercam superinducente, tamen idem est de noverca, quæ suis liberis primi matrimonii superinducit vitricum, nisi hanc rationem differentiæ assignare velis, quòd mulieres avaræ, & tenaciores sint, quàm viri, ut proinde videatur cessare periculum, quòd plus in maritum titulô gratuitô sit collatura, quàm in unum ex liberis prioris matrimonii: Sed quia etiam libidinosæ, & petaces sunt, facilè potest contingere, ut ad obligandum maritum filiorum portionibus per excessivas donationes præjudicium faciat, justè igitur vitricus, & noverca pari passu ambulare, & æquali jure censeri debent. *Cujacius. ad dict. l. hac Edictali. Cod. de sec. nupt.* allegat consuetudinem Galliæ loquentem de solis mulieribus binubis, & dubitat, an illa etiam extendenda sit ad marem binubum, quasi amor majus incendium faciat in pectore fœminæ, quàm in corde mariti, ut proinde extinctione magìs opus sit in fœmina, quàm in mare: Tamen concludit, utrique conjugum inordinatam hanc liberalitatem pariter esse prohibitam, certè, quia articulus noster prohibitionem simpliciter dirigit in maritum, de muliere pariter intelligendus est, cùm potior prohibitio mulierem tangat.

160 Supra ad longum deduximus, quòd uxori, in bonis constante matrimonio utriusque conjugis industriâ, & parsimoniâ acquisitis, debeatur portio statutaria, sive pars filialis, si cum liberis concurrat. Nunc ad hanc regulam articulus noster *in Vers: Hätte aber / &c.* notabilem ponit limitationem, Nisi uxor marito certam, & veram dotem attulerit, nam in eo casu debetur uxori ususfructus contradotis, sive donationis propter nuptias, & è contra portio de acquæstibus exspirat, ex quo aliqua deducenda sunt.

161 Primum est, quòd dos certa, & vera debuerit esse constituta, sæpissimè enim contingit, ut parentes filiabus suis, vel etiam alii, quibus mulieres dotandi necessitas incumbit, generalibus verbis dotem assignent, quæ neque in rerum natura, neque in patrimonio dotantis reperitur, deficiente igitur dote vera, & certa, deficit etiam obligatio contradotis, sive donationis propter nuptias, & proinde uxori regressus ad portionem statutariam de acquæstibus in salvo manet.

162 Deducitur secundò, quòd dos debuerit esse realiter illata in verbo, zugebracht / dos enim tantùm nudis verbis promissa, & nunquam soluta, nomen veræ, & certæ dotis non meretur, prout latiùs deduximus ad *Tit. 2. Art. 11. 12. & 14.* deß Gandt-Proceß / propterea deficiente dote deficit etiam ejus reciprocatio, sive contrados.

163 Deducitur tertiò, illorum opinionem, qui dicunt, constitutionem, & illationem dotis ad acquæstuum participationem omninò necessariam esse, ex hoc versiculo manifestè revelli, cùm matrimonium possit esse sine dote, & nihilominùs uxor habere paraphernalia, quorum intuitu, & communis industriæ, sive parsimoniæ causâ partem statutariam de acquæstibus consequi possit.

Dedu-

Deducitur quartò, uxori usumfructum contradotis ad excludendam 164
portionem de acquæstibus competere, nisi aliud in pactis dotalibus conventum fuerit, da sonsten zwischen jhnen / wie es der Todt-Fäll halber soll gehalten werden / nichts bedingt worden. Primum igitur fundamentum quoad ejusmodi lucra matrimonialia semper esse debet instrumentum dotale, die Heyrats-Nottel / si proinde in pactis dotalibus conventum fuit, ut uxori præter usumfructum contradotis etiam cedere debeat pars filialis de acquæstibus, vel ut contradotem non usufructuariè tantùm, sed proprietariè lucretur, & nihilominùs habeat de acquæstibus portionem statutariam, id nullo modo improbandum est, intellige tamen hoc cum grano salis, de quo paulò ante diximus, ne liberis vel communis, vel prioris matrimonii quoad legitimam, vel portionem, in pœnam secundarum nuptiarum sibi debitam, præjudicium fiat.

Deducitur quintò, quòd regulariter contrados, sive donatio propter 165
nuptias debeat doti illatæ æqualis esse; Id tamen iterum subaudiendum est, nisi in pactis dotalibus aliter convenerit, nullum enim dubium est, quin mariti sponsis suis, maximè, si inopes ducant, majorem quantitatem titulô donationis propter nuptias constituere possint, quàm titulô dotis accipiant, quod sæpissimè fit, quando dispares in statu in matrimonium conveniunt, tunc enim nummatus maritus præeminentiam, & dignitatem uxoris suæ ex loculis supplere, & compensare debet.

Deducitur sextò, tametsi supra dictum sit, quòd morgengeba non de- 166
beat excedere tertiam partem bonorum, quæ uxor marito adfert, quòd tamen commensuratio contradotis non debeat fieri ad respectum omnium bonorum mariti, sed tantùm ad respectum ipsius dotis allatæ, unde fieri potest, si quis ducat mulierem locupletem, quæ tamen, ut moris est, tantùm exiguam quandam summam in dotem assignat, quòd morgengeba excedere possit quantitatem contradotis. E: C: mulier adfert marito novem millia florenorum, ex quibus unum mille assignat in dotem, ex quo sequitur, quòd morgengeba ad tria millia possit extendi: contrados autem commensuranda cum dote mille florenos non excedat. Plerumque quidem in pactis dotalibus pro morgengeba designatur tertia pars dotis, sed, cùm articulus noster expresè loquatur de tertia parte non allatæ dotis, sed totius patrimonii, nach Gestaltsame jhres dem Mann zugebrachten Vermögens / contra aperta verba hujus articuli ad tertiam partem dotis restringi non debet.

Advertit quidem *D. Balthas. ad Art. 1.* quòd Constitutiones nostræ Bava- 167
ricæ utantur verbis: jhres hineingebrachten Vermögens / nihilominùs tamen *ad Tit. 2. resolut. 1. n. 9.* sustinet, quòd sub vocabulo, Vermögens / tantummodò dos intelligatur, per hanc rationem, quòd bona paraphernalia uxor non ad maritum deferat, sed dotem tantùm, cùm bonorum paraphernalium maritus sit curator, & non Dominus. *l. si ego. §. dotis. ff. de jure dotium.* Qua exsplicatione verbis textûs manifestam vim facit, quilibet enim facilè comprehendere potest, quòd aliud sit, ein Vermögen / & aliud, ein Heyrat-Guet. Vocabulum, jhres Vermögens / est universale, & integrale, atque designat totum patrimonium uxoris, vocabulum, jhres Heyrat-Guets / est particulare, & designat tantùm illam partem de patrimonio, quam uxor matito pro dote constituit: Deinde frivolum est, quòd sola dos tantùm dici possit illata, non verò paraphernalia, cùm contrarium evidenter ex multis locis statutorum nostrorum demonstrari possit, sic in *Art. 1. hujus Tit. lin. 5.* dicitur, quòd uxori debeat cedere, alles / was sie jhrem Mann zugebracht / sed uxori etiam cedi debent paraphernalia, ergò etiam paraphernalia dicuntur marito illata. Idem repetitur in *Art. 3. lin. 6. & 7.* ubi statuitur, ut maritus hæredibus uxoris restituere debeat, alles / was sie jhm in stehender Ehe / oder zuvor in seinen Gewalt gebracht / ubi notetur verbum, in seinen

Gewalt / ergò ad hoc, ut marito dicatur aliquid allatum, vel illatum, non requiritur, ut dominium ſit translatum, ſed ſufficit, ut in ipſius manus, & poteſtatem devenerit: Similis textus eſt. *in Art. 4. lin. 5.* Ubi nullìs liberìs exiſtentibûs dicitur, uxor recipere, alles / was ſie dem Mann zugebracht / quomodò ergo poſſumus in verbo, zugebracht / tantùm dotem intelligere? Cùm revera uxor non minùs illata paraphernalia, quàm dotem illatam recipiat, imò, ſi uxori morgenatica conſtituta eſt, poteſt uxor illam petere, ſicut alia illata, ut ipſe *Balthaſ.* fatetur *Tit. 1. Reſol. 1. n. 56.* quia morgengeba habetur pro bonis ab uxore allatis, ſi ergò morgengeba hoc nomine comprehenditur, tametſi morgengeba nunquam in manibus uxoris fuerit, cur non & paraphernalia, aut omnia alia, quæ uxor marito adminiſtranda commiſit? Eſt igitur inanis ſubtilitas, quâ expreſsâ, clara verba textûs immutari valdè inconveniens eſſe videtur: Denique, quòd legislator hoc verbo, jhres Vermögens / ſtudioſè, & ex propoſito uſus fuerit, ex hoc demonſtro, quia matrimonium poteſt eſſe ſine dote, & nihilominùs tamen uxori juxta *Art. 1.* debetur morgengeba, ſi virgo fuerit, imò & pars ſtatutaria de acquæſtibus, ut ibidem diximus: Si ergò nulla dos conſtituta eſt, quomodò proportio morgenaticæ cum dote fieri poteſt?

Dices, in caſum non conſtitutæ dotis reliqua bona illata habenda eſſe pro dotalibus; Reſpondemus, hanc ſententiam jure non probari, ut jam ſupra deduximus ad *Art. 1. quæſt. 9. Verſ. Dices hunc &c.* Et, ſi vera eſſet, jam hoc ipſo ſequeretur, quòd proportio morgengebæ commenſurari deberet cum integro patrimonio, nach dem Vermögen: noſtra opinione infallibiliter cauſa utendi verbo, Vermögens / unica hæc fuit, quòd ad matrimonii validitatem dos non ſit neceſſaria, neceſſaria autem eſt morgengeba, quæ datur pro præmio virginitatis, ergo debuit illi conſtitui alius terminus, ad quem commenſurari potuerit.

Noſtra opinio tamen non eſt, ut Judex in commenſuranda morgenatica obligatus ſit, tertiam partem totius illati patrimonii pro morgenaticæ quantitate adjudicare, ſed, quia hoc illius arbitrio relinquitur, ut determinationem faciat ſecundùm arbitrium boni viri, rectè facit, ſi ſecundùm conſuetudinem patriæ, quæ plerumque tertiam partem ſolius dotis in ſtipulationem pro morgenatica deducit, proportionem ſumat ſecundùm quantitatem, quæ probabiliter fuiſſet in dotem conſtituta, ſi de dote convenire voluiſſent, arbitrium enim boni viri reflecti debet ad morem patriæ, & tertia pars patrimonii uxoris non eſt ideò propoſita, ut Judex in arbitrio ſuo illam ſemper adæquet, ſed tantùm ne excedat.

Der Andere Articul.

UNder dem Wort / Hauß-Fahrnuß / werden allhie nit alle bewögliche Güter / ſonder der Haußrath / als Leinwath / vnnd Bethgwandt / Kuchel-Zinn- vnnd Kupffer-Geſchirr / vnnd was ſonſten Haußrath iſt / auch eſſende Speiß vnd Trayd / welches nit zum verkauff / ſonder zum gebrauch verhanden / Item / das Silber-Geſchirr / welches den Ehe-Leuthen auff die Hochzeit verehrt worden / verſtanden. Aber Bücher / Harniſch / Büchſen / Wöhr / Item / Roß / Kleinoter / Ketten / Endt vnnd Gebendt / Auch was zu deß Manns oder der Frauen Leib gehörig / deßgleichen / Gutſchen / Gutſchen-Zeug / Jaids- vnnd Fiſch-Zeug / Vich / vnnd Handels-Waaren / Gelt / Trayd (auſſer zur Speiß) Item / Werckzeug / Wägen / Pflüeg /

Pflüeg / vnnd was zum Acker-Baw gehörig / wird vnder der Hauß-Fahrnuß nit begriffen.

SUMMARIA.

1. Supellectilis nomine, quæ contineantur?
2. Quæ differentia inter supellectilem usualem, & communem, ac inter supellectilem pretiosiorem?
3. An non noster articulus supellectilem in tres classes dividat?
4. Quænam spectent ad primam classem supellectilis quotidianæ, & communis?
5. Quædam numerantur, quæ primæ classis non sunt.
6. Quæ spectent ad secundam classem?
7. Dona nuptialia ad quem spectent?
8. Quid si uxor sit sola, vel concurrat cum liberis primi matrimonij?
9. Quid si dona nuptialia consistant in pecunia?
10. Cui incumbant expensæ nuptiales?
11. Quæ spectent ad tertiam classem?
12. An sub nomine supellectilis contineantur animalia, & fœtus?
13. An, & quæ cibaria?
14. An si competant in plures annos?
15. An sub nomine esculentorum contineantur poculenta?
16. Quid dicendum de piscibus in lacubus, & piscinis? &
17. Quid de frumento omnis generis reservato?
18. Quid si frumenta fuerint coacervata in plures annos?
19. Quid de frumentis tempore mortis pendentibus?
20. An uxores rusticæ frumentorum divisionem petere possint ante solutionem steurarum, & aliorum onerum dominicalium?
21. An nomine supellectilis comprehendantur libri, & similia? ubi latiùs de ijs, quæ comprehenduntur, & non comprehenduntur.
22. An pecunia contineatur sub supellectile?
23. An sub rebus mobilibus?
24. Quæritur de alijs rebus, an sint in supellectile?
25. Quid de Xenijs dicendum, an ea conjugibus communia?

PRæter opinionem prolixior cecidit exsplicatio præcedentis articuli, quæ tamen, uti speramus, benevolo Lectori eò gratior erit, quò materia illius in foro frequentior est, imposterum erimus breviores, & imprimis monemus, ad hunc *Art. 2.* in præcedenti. *Vers: item* auß jhrer / 2c. dispositum fuisse, quòd præmortuô maritô uxori in suppellectili communi, & permixta debeatur portio filialis: Nunc iste *Articulus 2.* declarat, quænam nomine 1 supellectilis, der gemainen vermischten Hauß-Fahrnuß / contineantur: Et hæc declaratio eò magìs necessaria est, quia ferè in singulis provinciis, imò etiam in principalioribus civitatibus, maximè Imperialibus, diversæ species huic nomini, der Hauß-Fahrnuß / assignantur, quæ in nostra Patria minimè nomine supellectilis comprehenduntur, prout de Norimberga attestatur *VVehner. in pract. obs. verb.* Fahrnuß / & de Argentorato *Compil. cons. Argent. fol. 1. cons. 83.* Et quamvìs in Jure communi habeamus titulum de supellectili 2 legata *Lib. 33. Tit. 10.* Tamen tam peregrinæ species ibidem enumerantur, ut DD. earum nomina non intelligant, & in exsplicatione non conveniant, plurimæ autem ita comparatæ sint, ut ex more Patriæ nostræ sub nomine supellectilis non veniant, uti sunt trapezophora, delficæ, lecti inargentati, aquiminalia, armaria, pelves argenteæ, mensæ, & lecti inaurati, atque gemmati, imò etiam tota argentea, vel aurea, Murrina, & Crystallina vasa & similia, de quibus loquitur *l. 3. 6. & 9. dict. tit.* cùm tamen certissimum sit, quòd talia pretiosa sub nomine vulgaris, & communis supellectilis apud nos nullô modô intelligi possint, fortè hæc causa est, quòd prædicta pretiosa in legibus supellectili annumerentur, quia luxus apud Romanos in tantum crevit, ut talia pretiosa ex argento, auro, margaritis, crystallo, &c. haberentur in quotidiano usu, cùm interim nos vasibus ex luto, stanno, cupro vel simili mineralium genere confectis pro quotidiano

no usu contenti simus: juxta *l. 7. ff. de supell. leg.* Ubi Labeo, & Tubero dicit, quòd priùs cives Romani fictili, aut lignea, aut vitrea, denique etiam ærea supellectili uterentur, nunc autem utantur ex ebore, atque testudine, ex auro, atque gemmis confecta supellectili. *Vid. Coll. Argent. ad dict. tit. Menoch. lib. 4. de præsumpt. præsumpt. 160. per tot.*

3 Noster articulus supellectilem in tres classes dividit, primæ classis sunt, quæ spectant ad quotidianum, & communem usum domesticum, & inter
4 hæc, quæ ex lana, & lino conficiuntur, die Leinwath / und dergleichen Gezeig / lecti, vasa culinaria, stannea, cuprea, œnea, lutea, & similia, mensæ, scamna, subsellia, lecticæ, & alia utensilia, quæ in quotidiano usu,
5 & commercio sunt, inter quæ tamen nostro judicio subsellia, lecticæ, & similia, inaurata, & deargentorata, multò minùs vasa crystallina, murrina, margaritis, & unionibus ornata, &c. de quibus *dict. l. 3. de supell. leg.* loquitur, in patria nostra intelligi possunt, cùm illa non quotidiani usûs gra-
6 tiâ, sed tantùm ad splendorem, & raritatem habeantur. Sub secunda classe ponitur res argentaria, quæ ambobus conjugibus tempore nuptiali dono data est, quod certè mirum videri potest, cùm nec ista argentaria in usu communi, & quotidiano sint, sed reserventur in cistis recondita ad memoriam amicorum offerentium, tametsi argentum escale, aut potorium sit, ut loquitur *Collegium Argent. dict. loc.* deinde communiter in pactis dota-
7 libus statuitur, ut ad mulierem, sive sponsam pertinere debeat dimidia pars argenti in festivitate nuptiali pro munere oblati, & rectè, cùm oblatio fiat in contemplatione utriusque conjugis, & quidem ab amicis utriusque partis, proinde justissimum sit, uxori dimidietatem asserere, quomodò igitur hîc ejusmodi oblationes argenteæ, annumerantur supellectili, in qua uxor vi prioris articuli non nisi partem filialem consequitur? Sed Respondemus ad hanc objectionem, verum quidem esse, & rectè fieri, quòd in pactis dotalibus communiter conveniatur, ut oblata nuptialia argentea inter virum, & uxorem ex æquis portionibus dividantur, si autem id factum non sit, putamus, ex hoc articulo clarum esse, quòd uxori solutô matrimoniô non nisi pars filialis competat, cùm enim id in priori articulo de supellectili expresè statutum sit, etiam de argentaria nuptiali intelligi debet, cùm in hoc articulo illa sub supellectili domestica contineatur.

8 Si dicas, hoc tolerari posse, si uxor concurrat cum propriis liberis, quoniam, quod uxori ex dimidietate decedit, devolvitur ad liberos, & proprium sanguinem, ad quem aliàs post mortem uxoris jure successionis deventurum fuisset; Sed illud nimis esse intolerabile, ut si mulier maritum viduum duxerit, qui ex priori matrimonio liberos fortè plures, &, ut jam supra posuimus, quinque, vel sex habuerit, ut de dimidietate donorum nuptialium in argento consistentium debeat tantundem amittere, & in effectu vix sextam, vel septimam partem consequi? Ad quod Respondemus eodem modo, prout ad *Articul. præcedent.* §. *Quæres igitur pro tertio* responsum est, multa videri dura, quæ tamen ita lege scripta sunt, nam nullo modo dubitamus, quin hæc dispositio statutaria de lucranda portione donorum nuptialium filiali, æquè de liberis primi matrimonii intelligenda sit, quàm de liberis secundi matrimonii, prout ibidem pleniùs deduximus.

9 Sed quid si dona nuptialia non consistant in argentaria, sed in pecunia numerata, vel, ut inter plebejos homines in civitatibus, & oppidis vulgaribus fieri consuevit, in rebus utensilibus, v. g. cùm una pars certum numerum patinarum, altera ollarum, cacaborum, &c. ad instruendam rem domesticam loco donorum nuptialium offerat, annè etiam hæc munuscula inter novos conjuges veniunt communicanda? De ultimis, quæ ad supellectilem domesticam vulgarem, & communem pertinent, nullum dubium

esse

eſſe poteſt ; De pecunia parata aliquando dubium extitiſſe recordamur ,
cùm maritus hæredibus uxoris prædefunctæ opponeret , pecuniam iſtam nu-
ptialem dono datam non ſuffeciſſe pro expenſis convivii nuptialis , ècontrà
verò hæredibûs uxoris opponentibûs , quòd marito ſoli expenſæ convivales
incumbant : Sed, cùm planè neque de diviſione pecuniaria nuptialium do- 10
norum , nec de hac incumbentia maritali pro expenſis convivalibus quid-
quam ſtatutum ſit, putamus, optimè fieri , ſi priùs ex donatione pecuniæ
convivales expenſæ deducantur , &c , quod reliquum eſt, inter conjuges di-
vidatur , ita tamen , ut, ſi quid deficiat , prout ſæpè factum eſſe experti ſu-
mus , etiam communi manu ſuppleatur , nullibi enim ſcriptum legimus ,
quòd ejuſmodi inutiles expenſæ convivales , quæ ſubinde in multos dies ,
& plures hebdomades extenduntur , uni vel alteri parti ſoli incumbant. Si
quid autem in pactis dotalibus deſuper ſtatutum, & conventum eſt , id om-
ninò oportet adimpleri.

Tertia claſſis , quæ debuiſſet eſſe ſecunda , (niſi ſtudio poſtponeremus , 11
quia videtur eſſe majoris indaginis) comprehendit eſculenta , & frumenta.
De comeſtibilibus , quæ ad uſum quotidianum parata ſunt , eſt *text. expreſſ.
in l. vaſa. 11. & in l. ſupellectilis. ff. de ſupell. leg.* Ex quo ſequitur, quòd anſe-
res, gallinæ, pulli, & omnis generis volatilia domeſtica , quæ habentur pro
quotidiano victu , cum uxore in diviſionem veniant.

Et quamvìs articulus pecora expreſsè excipiat , tamen nos non dubita-
mus , quin vituli, hædi, agni, &c. qui ad uſum domeſticum deputati ſunt
æquè ad communionem veniant. Nec obſtat , quòd de Jure communi ani-
malia ſub nomine ſupellectilis non comprehendantur. *l. 2. ff. eod.* quoniam
nomen ſui generis ſeparatum habent. *l. ſupellectilis. 6. eod.* Reſpondetur e-
nim , quòd poſtquam paterfamiliâs hujuſmodi volatilia domeſtica , & fœtus
animalium ad lanienam deputavit , contineantur ſaltem ſub nomine eſcu-
lentorum , ad quæ dividenda uxor expreſsè admittitur , ut ſupra etiam de
carnibus ſale conditis , vel fumo induratis diximus. Aliud verò dicendum 12
eſt de juvenculis deputatis ad educationem, nam, cùm nec ipſa pecora ſub
nomine ſupellectilis contineantur , ita nec fœtus , qui in decedentium lo-
cum ſurrogantur , contineri debent : Sed quid dicendum eſt de aliis ciba-
riis , quæ reponuntur in penum pro proviſione , ſubinde non tantùm in u-
num , ſed in plures annos , ut ſunt carnes ſale conditæ, fumatæ , panes bis
cocti , lardum , oleum , murrea, mel, & ſimilia , item omnis generis legu-
mina , & aromatica , ut ſunt piper , piſa, ciceres , fabæ , lentes , &c. ligu-
ſticum , careum , laſer , & alia hujuſmodi ? Et videtur reſpondendum , 13
quòd nomine ſupellectilis ejuſmodi cibaria non contineantur, neque in par-
ticipationem cum uxore veniant , quia de penu legata ſeparatus titulus eſt
in *ff.* , ut proinde penus cum ſupellectili confundi non debeat : Verùm
hôc non obſtante , cùm ejuſmodi cibaria , quæ in penu continentur , no-
mine eſculentorum , & comeſtibilium veniant , non dubitamus , ea cum
uxore communicanda eſſe , quia alendi causâ habentur , & in quotidianum 14
uſum cedunt , *l. 3. §. 1. 2. 3. ff. de penu leg.* Sunt quidem aliqui , qui putant
cibaria tantùm illa cum uxore dividenda eſſe, quæ in uſum unius anni com-
parata ſunt , cùm hæc ſub nomine ſupellectilis contineantur, cibaria verò ,
quæ pro pluribus annis reconduntur , ſub nomine penûs comprehendantur ,
& proinde in diviſionem cum uxore non veniant , *Math. Coler. part. 1. deciſ.
60. n. 73.* Quia tamen articulus noſter nullam diſtinctionem facit , ſive ci-
baria in unum duntaxat annum , ſive in plures ſufficiant , putamus , hanc
ſcrupuloſitatem eò minùs neceſſariam eſſe , quò minùs vix unum patremfa-
miliâs in Provinciis noſtris invenies , qui ſibi de victualibus proviſionem
ultra curſum unius anni facere conſuevit. *Vid. Balthaſar. loc. cit. Reſol. 2.
n. 7.*

Quæ-

15 Quæres, an sub nomine, essender Speiß / sive esculentorum, etiam contineantur poculenta, utpote vinum, cerevisia, mulsum, &c., certè ex verbis hujus textus difficulter inferri potest, quòd in divisione supellectilis etiam poculentorum habenda sit ratio, cùm verba, essende Speiß / non nisi cibos comestibiles importent: Deinde cùm pleraque vina in multos annos reservari possint, ut non quotidiani usus causâ comparata esse censeri debeant, sed potiùs pro penu diuturna, vel certè pro venditione destinata, quæ sub hoc respectu ad divisionem supellectilis cum uxore pertinere nequeunt. Sed nos planè putamus, quòd eadem sit ratio poculentorum, & esculentorum, cùm hæc verba, essende Speiß / de victualibus interpretemur, nomine autem victualium etiam poculenta continentur. Ut *Ulpian. de aliment. & cib. leg.* dixit, etiam aquam contineri sub legato, si venumdatur, & pretiô comparatur: Ergò etiam vinum, cerevisia, vel alius potus cuilibet personæ pro statu suo congruus, quoniam & potus pars necessaria victûs est. Vid: *Balthas. loc. cit. n. 5.* Ubi vinum, cerevisiam, &. mulsum inter supellectilia refert, & *Math. Berlich. pract. conclus. part. 3. conclus. 48. n. 22. & seqq.* nolumus tamen, ut omnia illa, quæ Berlich: ex Jure Saxonico ad cibaria zum Mueß-Theil refert, etiam nos sine omni discretione ad nostra cibaria, zu unser essenden Speiß referamus: Ratio hujus rei est, quia de Jure Saxonico mulieres, in ihrem Mueß-Theil / longè magis privilegiatæ sunt, quàm apud nos, ut videre est apud *dict. Berlich. lib. 3. Tit. 48. & 49.* Ubi plures alios allegat, nos in hac materia, quæ de Jure Communi exorbitans est, manemus in stricta ejus interpretatione, nec uxori plus addicimus, quàm quæ in verbis legis, vel idenditate rationis comprehenduntur.

16 Sed quid de piscibus dicendum; anné etiam illi nomine esculentorum uxori participandi sint? Et putamus, distinguendum esse inter pisces, qui habentur in piscina tantùm custodiæ causâ pro quotidiano victu, & inter illos, qui habentur in lacubus, ut fructificent, prout hanc quæstionem ita resolvit, *Cassanæus. in consuet. Burgund. Rubr. 4. §. 2. gloss. 6. n. 23.*

17 Ultimum est de frumento omnis generis, siligine, tritico, hordeo, avena, in quo articulus noster distinctionem facit, an frumentum habeatur pro usu domestico, vel pro venditione ad lubitum? Frumentum pro usu domestico inter cibaria, & comestibilia meritò numeratur, quod autem venale habetur, à supellectili excluditur, & terminum cibariorum excedit, ex quo

18 Sequitur primô, quòd grana, quæ boni patresfamiliâs ex propriis reditibus subinde in plures annos coacervant, vel quæ flagellatores annonæ eô animô congruo tempore coëmunt, ut alio tempore cariùs vendant (quamvìs hi nullo favore digni sint) ad divisionem cum uxore non veniant, quia habentur potiùs mercaturæ, quàm domesticæ necessitatis causâ, ut statim de mercibus dicitur, quæ nomine supellectilium non continentur.

19 Sequitur secundò, quòd multò minùs frumenta tempore obitûs mariti adhuc pendentia veniant in divisionem. Ratio est, quia tunc sunt pars fundi, sicut autem nec ipse fundus cum uxore communicandus est, ita nec fructus fundi pendentes tanquam pars ejus *l. fructus. ff. de rei vindicat. Joseph. Ludov. concl. 48. n. 41.* Imò cùm, ut articulus noster statim in principio dicit, sub nomine supellectilis nullo modo pertineant omnia bona mobilia, alle bewögliche Güter / cùm terminus mobilium longè amplior sit, quàm terminus supellectilis, ut latè deducit *Berlich. lib. 3. concl. 30. per totum*, tamen nos existimamus, si à marito uxori legata fuissent omnia mobilia, quòd tamen nec frumenta tempore mortis adhuc pendentia, nec frumenta

vena-

venalia, & ad mercaturam quasi exposita contineantur sub legato, per *text. in l. generaliter. 32. §. uxori. ff. de usufructu leg.* quoniam nomine mobilium res venales non comprehenduntur, ubi agitur de præjudicio hæredum. *Bart. ad dict. l. 32. n. 4. Cævall. quæst. 444.* Quidquid in contrarium dicat *Arr. Pinell. in rubr. Cod. de bon. mater. part. 1. n. 34*, cùm sæpè virorum nobiliũ, vel locupletiorum tota substantia in coacervatione frumentorum consistat, nemo prudens autem conjecturabit, testatorem sub legato mobilium totam, vel potiorem partem suæ substantiæ voluisse uxori relinquere, & hæredes suos defraudare. Si igitur nec fructus pendentes, nec frumenta venalia comprehenduntur sub nomine mobilium, ergo multò minùs comprehenduntur sub nomine supellectilis.

Sequitur tertiò, quòd frumenta deputata ad sementum non veniant cum uxore dividenda, quia non quotidiani usus causâ, sed in alium finem habentur, nempe colendorum agrorum causâ.

Sequitur quartò, si Emphyteuta moriatur, qui Domino suo annuum canonem restat, quòd ante divisionem frumenti separanda sint, quæ Domino locò canonis debentur, cujus rei eadem ratio est, quòd ad supellectilem referri non possit res alteri debita, & quasi aliena.

Sequitur quintò, cùm coloni vix ulla alia media habeant satisfaciendi 20
Domino territoriali pro steuris, & impositionibus tempore guerræ necessariis, quòd uxor divisionem frumentorum petere non possit, priusquam ejusmodi onera, aliàs privilegiata deducantur: Idem dicendum est de salariis famulitii domestici, ad quæ solvenda colonis plerúmque nulla media, nisi ex pretio venditi frumenti, supersunt, quamdiu autem hæc non præstantur, dici non potest, præsens frumentum ad supellectilem, & cibaria pertinere. Denique Dicimus, cùm articulus noster in enumeratione specierum supellectilis domesticæ addat, vnnd was sonst Haußrath ist / per hæc verba generalia multùm Judicis arbitrio, & discretioni relictum esse, qui dijudicare debet, quænam pro diversitate locorum communiter habeantur pro supellectili domestica. *Vid. Menoch. loc. cit. n. 31.* Ubi notat, ea non cedere supellectili, quæ testator supellectilis numero non habuit, quamvis aliàs essent de supellectili. Quæ regula videtur convenire *l. supellectilis. 6. ff. eod.* Ubi numero supellectilis dicitur, non comprehendi ea, quæ paterfamiliâs ad usum communem non accomodavit, ut ita in dijudicandis speciebus supellectilis voluntas patrisfamiliâs tanquam Cynosura observanda sit.

Et, ut hæc res clarior fiat, nec vix ullum dubium ampliùs superesse 21
possit, pergit articulus etiam ad enumerationem eorum, quæ sub nomine supellectilis noluit comprehendi, & imprimis ponit libros, & Bibliothecas, bombardas, cataphractas, & alia arma, juxta *l. 3. §. 2. ff. de supellect. leg.* Item equos, & pecora, juxta *l. supellectilis. 6. eod.* Ubi generalis Regula statuitur, ut ea, quæ in aliam speciem cadunt, sub nomine generali supellectilis non comprehendantur, ut sunt res animales. *l. 2. eod.* Item excipiuntur ornamenta muliebria, & vestiaria, quæ ad corpus utriúsque conjugis pertinent, juxta *l. 3. §. 2.* Ubi vestium specialis fit exceptio, cùm in certam speciem cadant, imò pelles, & capsæ, quibus vestes, libri, & armaria involvuntur, eodem modo à numero supellectilis excluduntur, *l. 5. §. 1. eod.* Excipiuntur ulteriùs carpenta, & vehicula cum suis pertinentiis, rhedæ hyemales, & similia, quæ potiùs deliciarum, quàm usûs domestici causâ parantur, cui tamen *l. rhedæ. 4.* contradicit, ubi sub nomine rhedarum, & sedulariorum non nisi carpenta nostra intelligi possunt. Similiter retia venatoria, vel piscatoria, quia non habentur pro usu domestico, sed externo, lucri, vel recreationis causâ. Ulteriùs merces venales, quia hæ mercatorum substantia sunt, & ad usum domesticum nullo modo accomo-

data: Denique inſtrumenta ruſtica, quæ ad culturam agri pertinent, juxta *l. 7. §. Tubero. 1. ff. eod.* ut ſunt currus, aratra, occæ, equorum juga, habenæ, & ſimilia: Et inſtrumenta artificum, juxta *l. 6. eod.* Quoniam hæc non ad uſum domeſticum, ſed ad artificium pertinent.

22 Quid autem de pecunia dicendum eſt? Videtur planè, diſtinguendum eſſe inter pecuniam, quam paterfamiliâs deſtinavit ad quotidianum uſum pro comparandis eſculentis, & poculentis, nam, cùm ipſa eſculenta, & poculenta ſint in numero ſupellectilium, cur non & pecunia in eorum locum deſtinata? Certè communis eſt ſententia, quòd pecunia ad quotidianum uſum deſtinata, vel, ut loquitur *Celſus. in l. ſi chorus. 73. §. 1. ff. de leg. 3.* præſidii causâ repoſita, zur täglichen Nothdurfft / und Außgab / pro re mobili habeatur. *Gail. lib. 2. obſ. 11. per totum. Arr. Pinell. in l. 1. part. 2. n. 45. Cod. de bon. mater.* non videtur abſurdum, ſi dicamus, illam ſub nomine ſupellectilis cum uxore in diviſionem venire, ſed, quia articulus noſter pecuniam ſine omni diſtinctione à ſupellectili excludit, nobis non videtur, eſſe integrum, illam, quæ ad quotidianos uſus deputata eſt, contra
23 generalitatem textûs ad diviſionem cum uxore admittere; Nec obſtant, quæ prædicti DD. in contrarium adducunt, quia illi non loquuntur de ſupellectili, ſed de re mobili, terminus autem rei mobilis, ut ſupra jam notavimus, latior eſt, quàm terminus ſupellectilis, licèt enim talis pecunia ad uſum domeſticum deputata, ſub legato rerum mobilium contineri poſſit, non tamen ſequitur, ergò etiam continetur ſub conceſſione ſupellectilis: Interim cùm ſupra allegatis DD. libenter admittimus, quòd pecunia ad emptionem prædiorum immobiliũ, item ad negotiationem, vel ad cambium, aut fœnerationem deſtinata ſub nomine rerum mobilium non contineatur, quamvìs *Math. Berlich. lib. 3. conc. 30. n. 2. cum multis ſeqq.* contrarium multis Auctoritatibus firmet. Ex quo ſequitur, ſi pecunia ad emptionem fundorum deputata, vel ad cambium collata, vel fœnori data non comprehenditur ſub nomine rerum mobilium, quòd multò minùs comprehendatur ſub nomine ſupellectilis.

Cœterùm de frumentis, quæ articulus etiam à ſupellectilibus excipit, jam ſupra ſufficienter diſſeruimus.

24 Dubitant quidam, an lapides, ligna, arena, calx, & ſimilia materialia, quæ à bono patrefamiliâs in præſidio haberi conſueverunt, ad omnem ruinam ædium tempeſtivè avertendam, in ſupellectili ſint? Sed hæc dubitatio planè prorsùs inutilis eſt, nam, ſicut ædificia ipſa in ſupellectili non ſunt, nec cum uxore communicantur, ita nec materialia illorum conſervandorum causâ comparata.

25 *Dominus Balthaſar. loc. cit. Reſol. 2. n. ult.* ponit adhuc gravem quæſtionem, ut ipſe loquitur, de Xeniis, quam nos vel non intelligimus, vel jam ſupra abundè declaratam eſſe confidimus. Xenium moderno tempore ſumitur pro munuſculis, quæ tempore novi anni gratulationis locò inter amicos communicantur. Si autem hoc vocabulum in propria ſignificatione accipias, omne donum deſignat, quod amicitiæ, & humanitatis causâ offertur: Si igitur D. Balthaſar de ejuſmodi reciprocis donationibus conſtante matrimonio factis loquitur, recurſus haberi debet ad ea, quæ ſupra diximus de donationibus inter ipſos conjuges factis, vel de donationibus factis uni, vel alteri conjugum ab extraneis. Si autem D. Balthaſaris opinio eſt de donis nuptialibus, quæ offeruntur tempore matrimonii initi, tunc certè illa erronea eſt, cùm dicat, dimidium donorum nuptialium pertinere ad uxorem ſolutô matrimoniô per mortem mariti, nam, ut jam ſupra deduximus, id huic articulo nullo modo convenit, cùm argentum nuptiale, ut latè deduximus, uxori tantùm pro parte filiali veniat communicandum, ſi

liberi

liberi supersint. Quid juris sit, si nulli liberi existant? paulò post videbimus in *Artic. 4.*

Ultimum est, an etiam uxor post mortem mariti partem suam ex supellectili lucretur, si hæreditas mariti ære alieno gravata sit, & ad Processum Edictalem veniat? Decisio ex eo dependet, quod supra fusè deduximus, an uxor hanc partem filialem accipiat titulô hæreditatis, & successionis, vel alio? Nobis videtur, certum esse, portionem statutariam de lucranda parte supellectilis uxori cedere titulô onerosô pro recompensatione supellectilium, quæ vel ipsa nuptiarum tempore marito intulit, vel tempore constantis matrimonii utriúsque conjugis industriâ, & parsimoniâ superlucrata sunt, prout supra de acquæstibus fundamentaliter disseruimus. Quô fundamentô præsuppositô, dicimus, quòd uxor pro parte sua ex lege sibi ratione supellectilium debita ad concursum creditorum non obligetur, cùm eam recipiat alienam, & ad massam Edictalem non pertinentem, nisi fortè dicas, supellectilem primùm post nuptias ex acquæstibus fuisse comparatam, tunc enim pro debitis tempore communis matrimonii contractis, eodem modo creditoribus obligantur, quo obligantur ipsi acquæstus, cùm superlucratum dici non possit, nisi deductô eô, quod pro superlucratis impensum est. Videatur de hac quæstione *Berlich. part. 3. conclus. 48. n. 43.* Interim hic error D. Balthasaris clariùs elucet, cùm præsupponat, quòd uxori de donatis nuptialibus, quæ ipse Xenia vocat, semper debeatur dimidia pars, cùm tamen revera vi nostrarum constitutionum, ut plenè probavimus, non nisi partem filialem obtineat, prout in reliquis acquæstibus, & supellectilibus, si cum liberis, vel communis, vel alterius matrimoii concurrat. Quod *D. Balthas. loc. cit. n. 4.* de lectis pro hospitibus dubitat, non est sine ratione, nam sicut nec ipsi hospites in quotidiano usu domestico sunt, ita nec ipsi lecti ad hospites suscipiendos comparati. Si dicas, distinctionē faciendam esse, inter lectos hospitales, qui habentur in diversoriis, & inter lectos, qui habentur à privatis pro amicis apud se divertentibus, ita ut priores à supellectili excludas, quoniam quæstûs, & lucri, non usûs domestici causâ asservantur, posteriores verò admittas, quia sunt planè domesticæ necessitatis causâ, tibi non contradicam, quia videntur regulis supra positis convenientia, quamvìs D. Balthas: dicat, contrarium fuisse judicatum, quod in hujuscemodi rebus, quæ ex arbitrio judicis dependent, sæpè contingit, & magnæ considerationis non est.

Der Dritte Articul.

Stirbt aber das Weib vor dem Mann / vnnd seyn Kinder von jhme / oder einem vorigen Mann verhanden / vnnd ist kein Geding / weder deß Heyrat-Guets / noch der Todt-Fäll / oder anderer Sachen halben beschehen. So zaigt der Mann seinen aignen Kinderen für das Mütterlich Guet auß / oder / da die Kinder nit von jhme herkommen / gibt er denselbigen hinauß / alles was die Frau jhme in stehender Ehe / oder zuvor / in seinen Gewalt gebracht / Item / die Morgen-Gab / da eine versprochen / auch jhre Endt vnnd Gebendt / Klaider / Kleinoter / vnd was zu jhrem Leib gehört. Aber alles ander Guet / so wol auch die Hauß-Fahrnuß / bleibt dem Mann allein / vnnd ist er ein mehrers außzuzaigen / oder herauß zugeben nit schuldig. Hätte aber ein Weib einem Mann ein gewiß Heyrat-Guet versprochen / vnd wäre doch / wie es auff jhr Vorabsterben soll

gehalten werden / nichts gedingt vnnd außgetragen / so hat der Mann solch Heyrath=Guet sein Leben=lang zeniessen / vnnd ob er gleich seinem Weib / ausser was an jhren Leib gehört / vnd der Morgen=Gab / ein Schanckung gethan / so ist doch dieselb / auff Vorabsterben deß Weibs erloschen / allermassen auch hergegen / deß Weibs Schanckung / welche sie dem Mann thut / auff Vorabsterben deß Manns / vnkräfftig ist.

SUMMARIA.

1. *Quæ competant defuncta muliere marito, relictis liberis uxoris?*
2. *An non recurrendum sit ad pacta dotalia?*
3. *Quid si nulla erecta sint, quæ debeantur marito?*
4. *Quomodò distinctio facienda inter liberos privignos, & proprios?*
5. & 6. *An morgengeba etiam non promissa debeatur uxori, & quomodò eam ad hæredes transmittat?*
7. *Quomodò hic articulus disponat de morgengeba restituenda liberis primæ uxoris ex alio matrimonio genitis?*
8. *An non de sola vidua, adeóque non de vera morgengeba?*
9. *Hæredes uxoris quale jus habeant in vestimentis, & ornamentis muliebribus?*
10. *Quid marito cedat præmortua uxore?*
11. *An cedant etiam dona nuptialia?*
12. & 13. *Et quæ?*
14. *Quid de lucris nuptialibus uxoris, an etiam illa marito cedant?*
15. *An marito debeatur ususfructus dotis ad dies vitæ?*
16. *Etiam solummodò promissæ?*
17. *An donationes matrimoniales factæ cedant ejus hæredibus?*

1 AD primum Articulum fusè deductum est, quænam uxori debeantur post mortem mariti, sive ex communi matrimonio, vel ex mariti matrimonio præcedente liberi supersint: In hoc articulo verò habetur casus conversus, si nimirum relictis liberis uxor præmoriatur, quodnam sit mariti superviventis officium, & quæ eidem competere debeant?

2 Et imprimis videndum est, an tempore nuptiarum pacta dotalia erecta fuerint? Quæ, si extant, omninò servanda sunt. Esset quidem hîc latus campus inquirendi, quænam pacta dotalia valida sint, vel invalida, & quibus in casibus, ac circumstantiis subsistant, vel non subsistant? Prout fortè alio loco occasio dabitur, de pactis dotalibus in Patria nostra consuetis disserendi, interim videri possunt, quæ *D. Balthasar. ad hunc tit.* annotavit, & quæ scripsit *Khol in tot. tract. suo. de pact. dotal.* Nos manemus in exsplicatione textûs, ne commentarius fiat justò longior. Et dicimus

3 Primò, si nulla pacta dotalia erecta sunt, distinguendum esse, an uxor præmortua reliquerit filios communis matrimonii, vel tantùm filios ex præcedenti matrimonio genitos, vel utriúsque generis: Si mulier reliquit solos liberos communes, superstitis mariti, tanquam parentis, officium est, ut liberis suis designationem, & demonstrationem bonorum maternorum faciat, muß seinen Kinderen das Mütterliche Guet ordentlich außzaigen. Si autem soli privigni supersint, designatio, & demonstratio non sufficit, sed obligatus est vitricus, ut privignis restituat omnia, quæ sibi ab uxore durante matrimonio, vel etiam ante nuptias illata sunt, item morgengebam, si quæ in stipulationem venit, & omnia ornamenta muliebria, & vestimenta ad mulieris defunctæ corpus pertinentia. Si autem liberi ex duplici matrimonio communi, & præcedente supersint, pater propriis liberis assignationem maternorum facit, privignis verò facere debet extraditionem, & qui-

 dem

dem cuilibet pro rata maternæ hæreditatis, ex qua dispositione hujus articuli,

Quæres primò, quare liberis propriis tantùm assignatio bonorum maternorum facienda sit, privignis verò extraditio actualis? Ratio clara est, quia Pater vi patriæ potestatis usumfructum habet in bonis maternis liberorum suorum, in bonis autem privignorum nihil juris, aut potestatis habet, nisi fortè in dote, de qua statim dicetur, non est igitur mirum, si privignis debeat facere extraditionem tanquam rei alienæ, propriorum verò liberorum portiones propter usumfructum sibi competentem retinere possit, Vid: quæ fusiùs sumus dicturi ad *Tit. 3.* ubi vera sedes hujus materiæ continetur. 4

Quæres secundò, quare hic articulus tantùm loquatur de morgengeba, quæ in stipulationem venit, **die versprochen worden /** cùm tamen ad *Artic. 1.* dixerimus, morgengebam venire in obligationem, tametsi non fuerit stipulata, juxta verba, **da eine bedingt worden / oder da keine bedingt (und sie doch Jungfräulichen Standts gewesen) wie die nach Gestaltsamme ihres dem Mann zugebrachten Vermögens von dem Richter mag erkent werden ?** Respondemus, hanc quæstionem non esse sine difficultate, cùm verum sit, constitutioni morgenaticæ locum esse, tametsi tempore nuptiarum in pactum aut stipulationem non fuerit deducta: Interim, si morgenatica in stipulationem venit, ea debetur hæredibus, juxta clarum textum hujus articuli, **da eine versprochen worden.** Dices, usum totius Patriæ in contrarium esse, cùm in pactis dotalibus semper adjiciatur hæc clausula, si mulier in vivis de morgenatica nullam dispositionem fecerit, quòd illa revertatur ad stirpem, ex qua provênit, **sie soll zu dem Stammen widerumb haimbgehen / wo sie herkommen /** Sed hoc nihil officit, si enim supponas, tale pactum dotale in instrumento matrimoniali contineri, jam hoc ipso res clara est, cùm ab initio præmiserimus, ante omnia pactorum dotalium rationem, & observationem habendam esse, si autem hæc stipulatio in pactis dotalibus fuit omissa, certè vi hujus articuli morgengeba non revertitur ad stirpem, sed devolvitur ad hæredes: Aliud est dicendum de casu, quo nulla morgenatica fuit constituta, aut in stipulationem deducta, tunc enim uxori nunquam fuit orta obligatio, ergo etiam nullam potuit ad hæredes transmittere: Nec obstat, quòd ex *Art. 1.* morgenatica etiam post contractum matrimonium juxta *Artic. 1.* constitui, & à Judice ordinario determinari possit: Nam si mulier constitutionē, & determinationem morgenaticæ tempore constantis matrimonij petere intermisit, censetur juri suo renuntiâsse, & virginitatem suam tanquam pretiosissimum ornamentum, ut antiqua Statuta Bavarica loquuntur, à DEO sibi datum marito gratìs concessisse, & donâsse, ut proinde pro pretio virginitatis hæredibus nulla actio prodita esse videatur, & ita intelligo dispositionem hujus articuli, quæ de sola promissione, & stipulatione morgenaticæ loquitur. Cœterùm, si ponamus, nullam quidem conventionem de morgengeba factam esse, illam verò constante matrimonio ad petitionem uxoris à Judice determinatam, non dubitamus, quin eadem ab hæredibus peti possit, acsi tempore nuptiarum in stipulationem venisset: Ratio est, quia Judicis determinatio, & adjudicatio eandem vim, & obligationem habet, ac pactum inter ipsos conjuges tempore nuptiarum initum. 5 6

Quæres tertiò, quare articulus noster disponat, morgengebam esse restituendam etiam liberis ex præcedente aliquo matrimonio prædefunctæ uxoris genitis, cùm tamen binuba non potuerit esse virgo, morgengeba autem præstetur duntaxat in præmium virginitatis, ut *Art. 1.* insinuat in verbis, **wann sie Jungfräulichen Standts gewesen ?** Certè hoc dubium iterum non est sine difficultate, si enim inquis, hunc textum de restitutione morgengebæ, tantùm intelligendum esse de virgine prima vice nupta, quæ ex 7

communi matrimonio liberos reliquit, manifeſtè repugnant ipſa verba textûs, qui de liberis loquuntur extraneis, da die Kinder nit von ihme dem Mann herkommen. Alia ergò ſolutio ex ſuperioribus adducenda eſt, ubi diximus, quòd etiam viduæ conſtitutio, & ſtipulatio morgenaticæ fieri poſſit; non quidem in præmium dedicatæ virginitatis, ſed in præmium deſponſationis, der Vertrauung / & nocturni primi concubitus conjugalis. *Vid. verſ. ſex-*
8 *ta quæſt. ad Artic. 1.* Et hanc puto potiſſimam rationem eſſe, quòd articulus noſter tantùm de dote ſtipulata loquatur, cùm mulier binuba extra ſpecialem conventionem, & ſtipulationem nullum jus petendæ, & determinandæ morgenaticæ à Judice habere poſſit, quia articulus Judici hanc facultatem ſolummodò concedit in caſum, da die Verſtorbene zu Zeit der Hochzeit ein Jungfrau geweſen / an autem morgenatica, quæ in nuptiis viduæ pacta fuit, etiam privilegium veræ morgenaticæ habeat, ſatis probabiliter ſupra ad *Art. 1. quæſt. 7.* negavimus.

9 Quæres quartò, an filii hæredes uxoris præmortuæ ornamenta, & veſtimenta muliebria eodem modo à marito repetere poſſint, quo ſupra *Verſ. nunc ulterius ad Art. 1.* diximus, uxori competere, ſi ipſa maritum ſupervixiſſet, & ſiquidem Domini Rath, & noſtram opinionem placet amplecti, diſtinctionem inter veſtimenta uſualia, & pretioſa non admittentem, res clara eſt, quia liberis utique competit jus ea vindicandi, quæ matris fuerunt propria, qui autem alteram opinionem communem, veſtimenta uxoris pretioſa habenda eſſe ſolummodò pro commodatis magìs probat, utique hic eandem diſtinctionem improbare non poterit, cùm neceſſariò ſequatur, nullum jus liberis hæredibus uxoris competere, in quibus nec ipſa præmortuo marito jus habitura fuiſſet: Cœtera benevolus Lector loc. cit. ulteriùs inveniet: Planè hæc repetita diſpoſitio de veſtimentis muliebribus, was an ihren Leib gehörig / ſine omni diſtinctione facta nos confirmat in priori opinione, omnia veſtimenta uxori a marito ſubminiſtrata ejus eſſe propria, & non tantùm ad uſum conceſſa. Pergimus ulteriùs, & dicimus

10 Secundò, quòd cedat marito univerſa ſupellex: Dices, hoc iniquiſſimum eſſe, cùm virtute articuli primi uxori, ſi cum liberis, ſive communis, ſive mariti prioris matrimonii concurrat, non niſi pars virilis, ſive filialis de ſupellectili communi, von der gemainen Hauß = Fahrnuß competat, videtur ergò reciprocè idem de marito dicendum, quòd in concurſu, vel communium, vel etiam liberorum uxoris ex alio priori matrimonio ſuſceptorum ſola parte virili contentus eſſe debeat, eò magìs, cùm, ut ſupra jam innuimus, plerùmque uxores majorem partem ſupellectilis inferant, vel certè durante matrimonio ſuâ induſtriâ, & parſimoniâ comparent, & procurent: Sed Reſpondetur, quòd iſta reciprocatio diſparem rationem habeat: De Jure enim communi, ut jam ſæpè diximus, omnia ſunt, & præſumuntur eſſe mariti, ita ut, etiam marito præmortuo, uxor ejus hæredibus omnia ſupellectilia debuiſſet relinquere, niſi per gratiam legiſlatoris noſtri ſtatutarii eidem cum liberis portio filialis, vel ſine liberis dimidietas fuiſſet gratioſè conceſſa. Æquum igitur non eſt, ut gratia uxori ſuperviventi facta, cedat marito poſt mortem uxoris in damnum, & præjudicium.

11 Quæres primò, an præmortua uxore marito etiam cedant dona nuptialia argentea ex integro? Et Reſpondemus affirmativè, quod aliis paradoxum videri poteſt: Per ſequentes rationes. 1. Quia articulus noſter in enumeratione earum rerum, quæ poſt mortem uxoris, liberis ejus, aut aliis hæredibus jubentur extradi, nuptialia dona argentea non comprehendit,
12 ergo remanebunt apud maritum; maritus enim Regulam pro ſe habet, à qua nulla exceptio ratione argenti tempore nuptiarum oblati reperitur. 2. Præcedens *Art. 2.* ſub nomine ſupellectilis expreſsè etiam comprehendit dona nuptialia argentea, ſed articulus hic tertius argentariam tempore nuptia-

li do-

ti donatam non excludit, von der Hauß-Fahrnuß / ergò. 3. Tametsi argentaria non comprehenderetur sub nomine supellectilis, tamen comprehenditur sub nomine mobilium, ut videre est apud *Berlich. loc. cit.* atqui articulus noster non videtur loqui de supellectili, sed de mobilibus, cùm non loquatur, von der Hauß-Fahrnuß / sed simpliciter, von der Fahrnuß / oder / quod idem est, fahrender Haab. 4. Utitur articulus noster verbis generalibus, quòd omnia alia bona extra specificata, quæ uxoris hæredibus restituenda sunt, soli marito maneant, aber all anderes Guet bleibt dem Mann allein / hinc, licèt dona nuptialia nec sub nomine mobilium, nec sub nomine supellectilis continerentur, oportet tamen fateri, quòd contineantur sub hac generalitate verborum: Denique 5. compilatores monitorum ad nova statuta Bavarica, quòd marito debeant manere dona nuptialia, hanc rationem addunt, quòd ex consuetudine Patriæ marito incumbant sumptus nuptiales, in quorum compensationem ejusmodi honoraria fieri præsumi debeant, de hac quidem consuetudine saltem universali mihi non constat, imò potiùs contrarium, cùm apud plebejos, qui sæpè in matrimonia conveniunt prorsùs nihil habentes, aut valdè exiguum, moris sit, ut hospites convivales symbolum solvere debeant, &c, si quid novis conjugibus extra symbolum offerant, id altero die, quem aureum vocant, novis compotationibus dilapident: Imò etiam vidimus, apud honestiores, & nobiles personas conventionem fieri, ut ab utráque parte sumptus nuptiales æqualiter sustineantur, quod juri, & rationi consonum esse, supra jam diximus, ut proinde in hac ultima ratione non multùm sit præsidii: Interim monendi sunt illi, qui puellas sibi creditas elocant, ut in pactis dotalibus conventionem de lucranda dimidietate donorum nuptialium, & maximè argentariæ oblatæ non negligant. 13

Quæres secundò, an marito etiam omnia ea, quæ constante matrimonio ex bonis utriúsque conjugis communíque industriâ, & parsimoniâ superlucrata sunt, præmortua uxore remaneant? Videtur quidem durum, ut nihil de superlucratis, sive acquæstibus ad liberos, & hæredes uxoris præmortuæ deveniat, cùm tamen fortè illa ad illorum comparationem suam operam fideliter impenderit, verùm, quia articulus generaliter statuit, daß all anderes Guet dem Mann verbleiben soll / dubium esse non potest, quin etiam sub hac dispositione acquæstus contineantur, ita, ut nec liberi, nec alii hæredes uxoris quidquam prætendere possint ex acquæstibus: Duritiem, quæ subesse videtur, mitigare debet præsumptio, quæ stat pro marito, quòd omnia sint illius, nisi quæ uxori superviventi ex gratiosa legis provisione communicantur, quæ gratiosa communicatio, si uxor maritum non supervivat, ad hæredes illius, sive liberi, sive extranei sint, extendi non debet, præsertim cùm illi ad acquæstuum superlucrationem nihil contulerint. Agnovit *D. Rath* hanc conclusionem *in assert. suis. Thes. 6.* Ubi tamen limitationem facit, nisi præter dotem uxor multa paraphernalia marito attulisset, quæ, si in utriúsque conjugis utilitatem versa sint, durum esse censet, & à mente constitutionis alienum, si hæredibus mulieris nihil acquæstûs nomine deberetur. Limitatio hæc notabilis, & considerabilis est, etsi D. Rath illam subobscurè proponat: Si enim de ipsis bonis paraphernalibus aliquid in mariti utilitatem conversum est, ad restitutionem sine omni dubio obligatus erit, quoniam nudus administrator est, & rem uxoris tanquam alienam in suam utilitatem convertere non potest: Si autem D. Rath loquitur non de ipsis rebus paraphernalibus in utilitatem communis matrimonii conversis, sed de fructibus paraphernalium, dico, quòd articulus noster non distinguat, sed, cùm omnes acquæstus post mortem uxoris marito addicat, sanè non video, quomodò circa istam generalitatem ratione paraphernalium possimus facere aliquam dispensationem, cùm jam 14

in Patria noſtra hæc opinio firmiter inoleverit, ut fructus paraphernalium applicandi ſint pro communibus matrimonii expenſis, ex quibus, ſi quid ſuperlucratum eſt, tanquam acquæſtus regulis hujus tituli ſubjacet, ut, ſi maritus præmoriatur relictis liberis, uxor non niſi partem filialem habeat, ſi autem decedat ſine liberis, uxor dimidietatem habeat proprietariè, & alteram dimidietatem uſufructuariè. Si autem uxor prædefuncta ſit, ut omne bonum (all anderes Guet) marito competat, ſub quibus verbis certè nil aliud niſi acquæſtus intelligi poſſunt, cùm marito ſua propria bona ſine omni hæſitatione aliàs in ſalvo ſint, uno verbo D. Rath limitatio in æquitate conſiſtit, quam nos ſupra iam in alio caſu allegavimus, interim diſpoſitio hujus articuli ſtricti juris eſt, à qua facilè recedere non licet.

15 Tertiò cedit marito uſusfructus dotis, ſi tempore matrimonii illius ſtipulatio, & promiſſio facta fuit. Ratio eſt, quia jam ſupra dictum, quòd etiam uxor habeat uſumfructum contradotis, quando vera, & certa dos marito conſtituta, & illata fuit, ſi maritus præmoriatur: Ergò etiam maritus habebit uſumfructum dotis, ſi contingat, uxorem præmori.

Inferes ex hoc primò, cùm uxor in caſum illatæ dotis uſumfructum quidem contradotis ad dies vitæ acquirat, viciſſim verò ſuam partem filialem in acquæſtibus, & ſuperlucratis amittat, quòd idem etiam de marito dicendum ſit, ut uxore prædefuncta ipſe quidem uſumfructum dotis ad dies vitæ lucretur, hæredibus verò uxoris tempore durantis matrimonii acquiſita, & ſuperlucrata omninò relinquere debeat. At Reſponſio conſiſtit in neganda paritate utriúſque caſus: Maritus enim, ut jam priùs diximus, retinet acquæſtus jure proprio, uxor autem acquirit ſuam partem filialem ſolùm ex beneficio legis, & quidem ſub his duabus conditionibus, ſi maritum ſupervixerit, & ſi ei nullam dotem intulerit. Duabus itáque his conditionibus deficientibus, mulier de acquæſtibus nihil participat, & in caſu conſtitutæ, & ſolutæ dotis, ſuccedit uſusfructus contradotis in compenſationem portionis de acquæſtibus.

16 Inferes ſecundò, cùm ſupra dixerimus, uxorem non lucrari uſumfructum contradotis, niſi dos realiter illata ſit, articulum noſtrum malè diſponere, cùm dicat, maritum lucrari uſumfructum dotis ſolummodò promiſſæ, wann ein gewiß Heyrat-Guet verſprochen worden: Videtur enim iterum æqualitatis rationem habendam eſſe, ut nec marito uſusfructus dotis competat, niſi dos fuerit actualiter illata. Reſpondemus, magnam inter utrúmque caſum differentiam eſſe, nam dos ſolùm promiſſa, & in ſtipulationem deducta non meretur pro uxore ullum privilegium, cùm illius culpa ſit, quòd promiſſionem in effectum non deducat, interim tamen pro marito parit obligationem, ita, ut pro oneribus matrimonii fructus dotis eidem ſemper debeantur, ſive dos ſoluta ſit, ſive tantummodò promiſſa, at contrados nunquam debetur, niſi dos fuerit illata, cùm realis illatio dotis ſit fundamentum contradotis, & quorundam aliorum lucrorum matrimonialium, & ſicut mulier pro uſufructu contradotis non habet obligationem ferendi onera matrimonii, ita nec ullam excuſationem habet de præſtandis fructibus dotis, quando realiter non fuit numerata, quoniam hac in parte ipſa tanquam debitrix, & non maritus, tanquam creditor, in mora eſt. Caveat igitur benevolus Lector, ne in hac materia, in qua agitur de viri, vel mulieris ſuperſtitis correlatione, in relictis prædefuncti conjugis bonis ſemper reciprocam æqualitatem exigat, mariti enim jus pinguius eſt uxoris jure, cùm ipſe intentionem, & aſſiſtentiam juris ſemper pro ſe habeat, uxor autem tantùm nitatur beneficio legis, Plura adhuc ſequentur *ad Art. 4.*

17 Quartò benè notandum eſt, ſi maritus uxori tempore matrimonii donationes fecit, quòd donata hæredibus mulieris, ſive liberis, ſive extraneis

neis nullo modo competant : Ratio est, quia donationes inter conjuges, ut supra diximus, prohibitæ sunt, & non nisi morte confirmantur : Si igitur uxor ante maritum mortua est, jam ampliùs confirmari non possunt, ergò donata remanebunt apud maritum.

Quid si autem uxor durante matrimonio marito reciprocè donationes fecisset, annè donata redibunt ad liberos, vel hæredes uxoris ? Et Respondemus, quòd non : Sed donata ab uxore cedunt marito : Ratio est, quia per mortem mulieris donationes marito factæ confirmantur, sicut ècontra, si maritus præmortuus fuisset, donata cessissent uxori, ita ut eadem ad hæredes liberos, vel extraneos transmisisset, de quibus omnibus jam supra ad *Art. 1.* sufficienter dictum est.

Der Vierdte Articul.

Stirbt ein Ehegemächt vor dem anderen / vnd verlast nit Kinder / weder von der letzten noch vorigen Ehe / vnnd ist zwischen jhnen gar kein Geding / weder vmb Heyrat-Guet / noch der Todt-Fäll / oder anderer Sachen halben beschehen / so gibt das überlebendt Ehegemächt deß Vorabgestorbenen Erben hinauß / alles was dasselb jhme zugebracht / ausser deß Ehe-Beths : Was sie aber beede mit einander von jhrer Güter Einkommen erspart / oder durch aignen Fleiß erobert / das bleibt dem Uberlebenden sein Leben-lang allein / doch der halbe Theil nur nutz-nießlich / vmb welchen es dann / deß Vorabgestorbenen Erben Bestandt vnd Sicherheit thun soll / daß dieselben solchen halben Theil / hernach / wann das ander Ehegemächt auch verstorben / vngeschmälert bekommen mög.

Hätten aber die Ehe-Leuth einander ein gewisses Heyrat-Guet / vnd Widerleg versprochē / so mag das Uberlebendt solch Heyrat-Guet vnd Widerleg / von den Güteren / die jhme das vorabgestorbene Ehegemächt zugebracht / innen behalten / vnd sein Leben-lang gegen Versicherung niessen / das jenig aber / was sie beede mit einander erspart / vnnd gewunnen haben / bleibt dem Uberlebenden allein / doch gegen Versicherung / wie oben gemeldet / daß deß Vorabgestorbenen Erben / den halben Theil desselben / neben dem widerfälligen Heyrat-Guet vnnd Widerleg auff deß anderen Ehegemächts Todt-Fall bekommen mögen.

Wo aber ein Ehegemächt dem andern von seinem aignen Guet ein Schanckung hätt gethan / soll es damit eben die Mainung haben / wie oben im ersten Articul geordnet ist. Deßgleichen ist auch keinem Theil benommen / von seinem halben Theil zu testiern, oder sonsten andere Ordnungen fürzenemmen. Wiewol auch in gemainen geschribenen Rechten / sonderbare Fürsehung beschicht / wann ein Heyrat ohne Heyrat-Guet gemacht worden / vnnd das überlebend Ehegemächt arm ist / daß demselben der vierdte Theil / von deß vorabgestorbenē Ehegemächts Guet / wo kein Kind verhanden / oder derselben nit mehr als drey seyn / oder da deren mehr / ein gleicher Kinds-Theil soll folgen / So ist doch solche Recht-Satzung in disen Fürstenthumben nie in U-

bung gewesen / Derwegen sie auch fürters vnangezogen bleiben / vnd in begebendem Fall / nach disem vnd andern Articuln dises Tituls gehandlet / vnd geurthailt werden soll.

SUMMARIA.

1. *Quid competat conjugi superviventi, si nulli liberi supersint?*
2. *An inscriptio hujus articuli bona sit?*
3. *An in istis articulis agatur de successionibus conjugum?*
4. *An non potiùs de successionibus consanguineorum?*
5. *Cui debeatur lectus conjugalis?*
6. *An superstiti conjugi, etiam superviventibus liberis?*
7. *Ad quem pertineat lectica, cum lecticæ vestimentis?*
8. *An lectus, & lectica possit ad executionem hastalem deduci?*
9. *Quid si pertinentiæ lecticæ sint multùm pretiosæ?*
10. *Quare mariti potiùs subhastentur, quàm uxores?*
11. *Quid superstiti conjugi debeatur de acquæstibus in defectu liberorum?*
12. *Quare maritus superstes existentibus liberis omnes acquæstus acquirat, illis tamen non existentibus tantùm dimidiam partem?*
13. *An, mortuis liberis ante patrem, dimidia pars acquæstuum revertatur ad uxoris hæredes?*
14. *An uxor ratione acquæstuum, quæ consequitur tantùm usufructuariè, teneatur cautionem præstare?*
15. *An etiam mulieres communem negotiationem cum marito exercentes post mortem mariti sine liberis unam dimidietatem lucrentur proprietariè, & alteram usufructuariè?*
16. *An hæc acquisitio proprietariè, & usufructuariè acquæstuum, quæ superstiti uxori sine liberis debetur, exspiret, si fuerit certa dos constituta?*
17. *An conjuges ratione dotis, & contradotis teneantur præstare cautionem?*
18. *Quando donatio inter conjuges confirmetur?*
19. *An conjuges de ijs testari possint, quæ à se invicem juxta hunc articulum accipiunt?*
20. *An successio inter conjuges ex capite paupertatis in patria locum habeat?*
21. *An ea, quæ de acquæstibus diximus, locum habeant, tametsi superstes conjux non sit pauper?*
22. *& 23. An conjuges huic portioni statutariæ renunciare possint?*
24. *Et ad quem effectum?*
25. *An quoad acquæstus sit attendenda consuetudo loci, ubi matrimonium contrahitur, vel ubi domicilium habent?*

1 PRæcedentes tres articuli disposuerunt de casu, quo fit solutio matrimonij per mortem unius, vel alterius conjugis, quando liberi, vel ex communi matrimonio, aut ex unius, vel alterius conjugis priore matrimonio supersunt, nunc in hoc 4. *Art.* ponitur casus, quid superviventi post alterius mortem competat, si nulli liberi supersint, ubi notetur, quòd D. Balthas: utrúmque hunc articulum de successione conjugum in casu existentium, vel non existentium liberorum inscribat, & DD. Compilatores monitorum ad statuta nostra Bavarica, was die Ehe-Leuth erben mögen / ꝛc. sed malè, cùm pleráque, quæ vi horum articulorum conjugibus assignantur, illis non cedant jure successionis, sed vel jure proprietatis, vel ex provisione legis, rectiùs sonat Rubrica, quam habent nostra statuta, in qua quæritur, was dem überlebenden Ehegemächt / wann keine Kinder verhanden / gebühre. Ex quibus verbis apparet, quæstionem non esse de successione, sed potiùs de aliis juribus, & titulis superviventi conjugi competentibus: Imprimis igitur videndum est, an tempore nuptiarum pacta dotalia facta, & quid in iis circa hunc casum, si post unius, vel alterius conjugis obitum nulli liberi extent, dispositum fuerit, quod utique observandum erit, de

2

3

quo

quo ſuo loco plura dicemus. Si autem nulla pacta dotalia reperiantur eſſe erecta, ut deficiente proviſione hominis, venire neceſſe ſit ad proviſionem legis, de quo caſu propriè articulus noſter loquitur,

Dicendum eſt, quòd conjux ſupervivens præmortui conjugis hæredibus 4
extraneis omnia, quæ ſibi à prædefuncto conjuge allata ſunt, fideliter extradere, & reſtituere teneatur: Notum enim eſt de jure communi, quòd neque maritus uxori, neque uxor marito ſuccedere poſſit, quamdiu conſanguinei adſint, vel in infinitum, ut quidam volunt, vel ſaltem ad 10. gradum, ut nos ad *Art. 1.* exſplicavimus: Habent proinde Conſanguinei defuncti conjugis ad repetendum ea, quæ ſuperſtiti illata ſunt, hæreditatis petitionem.

Excipitur ſolus lectus conjugalis: Ratio hujus rei eſt, quia videtur 5
indecorum, ut lectus conjugalis, in quo matrimonium conſumatum eſt, ad alienas manus, & uſus deveniat. Et hæc exceptio locum habet, non tantùm, quando uxor præmoritur, ut lectus conjugalis remaneat apud maritum, ſed etiam quando præmoritur maritus, ut lectus conjugalis maneat apud uxorem ſuperſtitem, imò tametſi in *Art. 3.* de retentione lecti conjugalis à ſuperſtite conjuge in caſu, ſi liberi ſuperſint, nihil reperiatur diſpoſitum, tamen non dubitamus, quin lectus conjugalis etiam in caſu exi- 6
ſtentium liberorum ſuperviventi conjugi cedat, idque ob honeſtatem, & decorem, de quo paulò ante diximus, quod videntur innuere monita Compilatorum ad *dict. Art. 3.* Ubi reſervationem lecti conjugalis jam ad prædictum Art: de caſu exiſtentium liberorum loquentem pro conſentanea cenſuerunt, quæ reſervatio tamen in hoc *Art. 4.* primùm inſerta eſt, nos ſanè vidimus, ita obſervari, ut lectus conjugalis ſemper manſerit apud ſuperſtitem conjugem.

Sed quid dicendum de lectica, & aliis pertinentiis lecti, culcitra, lin- 7
teis, ſericis antipendiis, & ſimilibus. Nos putamus, idem judicium eſſe de pertinentiis, ac ipſa re principali, juxta commune proverbium, ubi equus eſt, ibi etiam capiſtrum eſſe debet, der Zaum gehört zum Roß / *Vid. Balthaſ. loc. cit. reſolut. 4. n. 4.* Ubi etiam hanc quæſtionem facit, an lectus 8
conjugalis ob debita prædefuncti conjugis in executionem deduci poſſit? Quæ quæſtio non videtur eſſe magni momenti, nunquam enim vidimus, tam exactas executiones fieri, ut ne quidem conjugibus lectus conjugalis ſuperſit, præſertim, cùm iis, qui bonis cedunt, beneficium competentiæ denegari non poſſit, ſub quo lectus, & culcitra utique continentur: Certè, ſi pertinentiæ ad lectum eſſent tam pretioſæ, ut illarum retentione cre- 9
ditores multùm damnificarentur, credo, illas ab executione non fore immunes: Deinde raro contingit, ut uxor marito ſolvendo exiſtente ad ſub- 10
haſtationem deveniat, ſed benè contrarium, quo caſu, ſi maritus ſubhaſtetur vivâ uxore, decorum planè non eſt, ut tam exactè excutiatur, ut ne lectus conjugalis quidem uxori ſuperſit: Si autem uxor præmortua eſt, utique ad lectum conjugalem creditores, quàm uxoris hæredes melius jus habere debent. In ejuſmodi minutiis adeò ſtrictè rigori juris inhærere non convenit.

Dicendum eſt ſecundò, ſuperſtiti conjugi in defectum liberorum com- 11
petere omnes acquæſtus, id eſt, ut ſupra exſplicavimus, omnia ea, quæ conſtante matrimonio ex communibus bonis, atque communi operâ, & parſimoniâ ſuperlucrata fuerunt, ita tamen, ut ſuperſtes conjux dimidiam partem acquæſtuum, & ſuperlucratorum tantùm habeat uſufructuariè, alteram verò dimidiam partem proprietariè: Ratio hujus conſtitutionis eſt, quòd æquius videatur, acquæſtus devenire ad manus ſuperſtitis conjugis collaborantis, quàm ad extraneos hæredes otioſos: Cur autem ſuperſtes uxor in caſum deficientium liberorum dimidium acquæſtuum lucretur proprietariè,

& alterum dimidium usufructuariè, cùm tamen existentibus liberis non nisi partem filialem accipiat, favor facit liberorum, quorum in lucris matrimonialibus major ratio haberi debet, quàm uxoris: Hoc autem mirabile videtur, quòd marito superstiti existentibus liberis omnes acquæstus simul competant, ut *Artic. 3.* habet, nullis autem existentibus liberis dimidiam partem acquæstuum debeat uxoris hæredibus extraneis quoad proprietatem reservare, verùm hæc dispositio nihil iniquitatis habet, cùm in casu existentium liberorum præsupponantur acquæstus suo tempore ad liberos deventuri: At, nullis liberis existentibus, iniquum esse censetur, ut etiam uxoris communis labor, industria, & parsimonia ad extraneos mariti hæredes deveniat.

12

13 Dices, quid si post mortem uxoris maritus liberos superstites habeat, ut proinde juxta tertium articulum, & ibi exsplicata omnes acquæstus lucretur, an liberis postea ante maritum decedentibus, apud maritum, & ejus hæredes extraneos maneat integra substantia acquæstuum, vel an dimidietas post obitum mariti redeat ad uxoris hæredes? Et planè putamus, cùm maritus per existentiam liberorum semel lucratus fuerit universam substantiam acquæstuum, quòd, defunctis liberis ante patrem, nihil redeat ad uxoris hæredes, sed ex asse superlucrata maneant apud hæredes mariti: Ratio clara est, quia, quòd marito per existentiam liberorum de acquæstibus accrevit, illis deficientibus ampliùs decrescere non potest, consecutus est enim vi *Art. 3.* jus purum, & non conditionale, quod utique post mortem ad hæredes transmittit.

14 Dicendum est tertiò, quòd conjux superstes ratione dimidietatis acquæstuum, quam solùm usufructuariè consequitur, hæredibus prædefuncti conjugis debeat cautionem usufructuariam præstare, umb welches es dann / inquit textus, deß Vorabgestorbenen Erben Bestandt unnd Sicherheit thun soll / daß dieselben solchen halben Theil hernach / wann das andere Ehegemächt auch verstorben / ungeschmälert bekommen mög: Usufructuarius enim tenetur, salvam conservare rei substantiam, & cautionem præstare, se rebus usufructuariis arbitratu boni viri usurum, & fruiturum, *tot. tit. ff. de usufruct. quemad. cav. l. 13. ff. de usufruct. l. 8. §. 4. ff. qui satisdare cogantur, l. 1. & l. 4. Cod. de usufruct. & habit:*

15 Dicendum est quartò, quòd iste articulus non solùm de mulieribus communem negotiationem cum marito exercentibus, die zu offnen Marck unnd Kram sitzen / oder gemaine Würthschafft treiben / sed de omnibus aliis mulieribus, quæ acquæstuum, juxta supra dicta ad *Art. 1.* capaces sunt, intelligi debeat, prout latè deduximus ibidem Vers: Quæritur nunc quartò. *D. Balthasar. tit. 1. resolut. 4. n. 10.* aliquando dubitatum esse dicit, an etiam fœminæ cauponariæ, & negotiatrices, de quibus *10. Articulus* loquitur, post mortem mariti sine liberis, lucrentur dimidietatem acquæstuũ proprietariè, & alteram dimidietatem usufructuariè? Et dicit, affirmativè judicatum fuisse, cum qua opinione facilè concordamus, cùm ejusmodi uxores commune commercium, & negotiationem cum marito exercentes habeant fortius vinculum pro lucrandis acquæstibus, quàm cœteræ, nempe vinculum tacitæ societatis, ita ut tanquam correæ debendi cum marito indivisim obligentur, quo vinculo reliquæ uxores destituuntur, cùm ipsis communicatio acquæstuum non fiat propter societatem bonorum, quam nullam cum marito habent, sed tantùm propter communem operam, & industriam, quam in superlucrandis acquæstibus impendunt, & mulieribus communem negotiationem habentibus æquali, imò potiori jure competit. Ex hac autem sententia, quam D. Balthasar pro præjudicio allegat, manifestè sequitur, nostram opinionem *in dict. Vers: Quæritur nunc quartò*, deductam, solidum fundamentum habere: Quid enim Senatus Aulicus dubitare potuisset, an

etiam

etiam mulieres negotiatrices acquæstuum capaces essent, si non supposuisset, *Art. 1. & 4.* principaliter comprehendere mulieres, quæ cum maritis nullum commune commercium, aut negotiationem habent? Vid: quæ ulteriùs dicturi sumus ad *Art. 10. hujus Tit.*

Dicendum est quintò, tametsi ad *Art. 1.* exsplicaverimus, quòd pars acquæstuum filialis, quæ debetur uxori, si liberi existant, exspiret, si fuerit certa, & vera dos constituta: Per rationem, quòd in casum constitutæ, & solutæ dotis debeatur uxori contrados, cujus ususfructus succedit in locum partis filialis de acquæstibus, quòd tamen in hoc *Art. 4.* quando nulli liberi supersunt, constitutio, & illatio dotis certæ, & contradotis, acquæstuum superlucrationem pro dimidia parte proprietariè, & pro altera dimidia parte usufructuariè non impediat: Sed potest conjux supervivens dotem, vel contradotem retinere, & usumfructum percipere, quoad vivit: Ratio hujus rei est, quia in *Art. 1.* exspiratio lucri de acquæstibus superviventibus liberis in casum certæ dotis illatæ, in favorem extantium liberorum introducta est, qui favor nullis liberis extantibus in successione consanguineorum cessat, ut consequenter etiam cesset dispositio articuli. Potest er- 16
gò maritus præmortua uxore sine liberis dotem, & uxor præmortuo marito contradotem, sive donationem propter nuptias (cum ipsis acquæstibus sibi aliàs jure competentibus) propria auctoritate retinere, maritus quidem dotem ratione dominii civilis, quod ipsi in dote competit, & uxor ratione tacitæ hypothecæ, quam habet in contradote, sive donatione propter nuptias; Regula enim generalis est, ut qui in re aliqua jus reale, & hypothecæ habet, eidem etiam competat jus retentionis. Debet tamen uterque conjux, maritus ratione dotis, & uxor ratione contradotis cautionem usufructuariam præstare de dote, vel contradote utenda, & fruenda arbitrio boni viri, & suo tempore hæredibus fideliter restituenda, ut paulò ante de acquæstibus diximus. 17

Dicendum est sextò, si tempore constantis matrimonii donatio ab uno conjuge alteri facta, & traditio simul subsecuta fuerit, quòd per mortem partis, quæ donationem fecit, donatio ita confirmetur, ut donata superviventi simul cum dote, vel contradote, & acquæstibus apud conjugem superstitem remaneant: Ratio est, quia, licèt donatio fuerit in suspenso, quamdiu matrimonium non fuit solutũ, attamen, quia donatio inter conjuges facta, quæ præsupponit realem traditionẽ intercessisse, post confirmationem morte subsecuta ita convalidatur, ut superstes dominium rerum donatarũ, & traditarum consequatur, & sic illas propria auctoritate retinere possit, de quibus omnibus jam ad *Art. 1.* diximus, & proinde cum hoc articulo relationem ad priora facimus. 18

Dicimus septimò, quòd uterque conjux de iis, quæ sibi vi hujus articuli proprietariè obtingunt, testari, vel aliter liberè disponere possit, quoniam pleno jure dominium consecutus est. *Balthasar. loc. cit. n. 7.* Imò *Cassanæus in Consuet. Burgund. rubr. 4. §. 3. & 4. & Boërius in Consuet. Bitur. tit. de Consuet. matrim. §. 2. gloss. fin.* volunt, quòd prohibita alienatione acquæstuum inter vivos, non censeatur prohibita alienatio per testamentum, & ultimam voluntatem, sive mortis causâ. Apud nos autem, tametsi articulus tantùm loquatur de ultimis voluntatibus, in verbo tamen vnnd andere Ordnungen / intelligendus est etiam de alienationibus inter vivos. 19

Dicendum est ultimò, per hunc articulum nostrum omninò sublatam esse dispositionem famosæ authenticæ *Præterea. Cod. unde vir, & uxor.* Quæ pauperi conjugi superviventi tribuit successionem in defuncti quarta parte totius substantiæ, aut certè, si tres aut plures tribûs liberîs fuerint, in portione æquali, in verbis, wann ein Heyrat ohne Heyrat-Guet gemacht worden / vnd das überlebende Ehegemäch arm ist / daß demselben der vierdte Theil 20

 von

von deß vorabgestorbenen Ehegemächs Guet / wo kein Kind vorhanden / oder derselben nit mehr als drey seynd / oder da deren mehr / ein gleicher Kinds-Theil folgen soll / de quo jam supra ad *Articulum 1.* diximus, cùm, ut articulus innuit, hæc authentica in Patria nostra nunquam in usu fuerit, ex quo sequitur, quòd hæc sit differentia inter jus commune, & jus nostrum statutarium.

Diff.

21 Illud dubitari potest; Cùm lucrum de acquæstibus succedat in locum Auth: *Præterea*: An propterea inferendum sit, quòd non aliter debeatur conjugi superstiti, nisi fuerit pauper, & inops? Sed cum *D. Rath. loc. cit. assert. 12. & D. Balthasar. Resol. 4. n. 22.* existimamus, nullum respectum ad supervivenris inopiam habendam esse, sed eidem cedere hanc portionem statutariam, sive locuples, sive pauper sit, superabundet, aut egeat, quia articulus noster generaliter loquitur, & nullam distinctionem adjungit. Potuissemus quidem plures in exsplicatione prædictorum articulorum annotare differentias, sed, cùm hæc materia potiùs in consuetudine, & observantia, quàm in jure consistat, noluimus esse tam exacti. Coronidis loco monemus benevolum Lectorem, ne in hac materia de bonis constante matrimonio acquisitis nimium fidat auctoribus Hispanicis, & Gallicis, quia consuetudines horum locorum à nostra Consuetudine Patriæ plurimùm differunt, ipsi enim inter omnes conjuges tacitam societatem pro noviter acquisitis statuunt, quam tamen nostra Statuta non admittunt, & communicationem bonorum constante matrimonio acquisitorũ non nisi ad ea, quæ communi opera, industria, & parsimonia ex cōmunibus bonis superlucrata sunt, restringunt, ut consequenter aliunde quocúnque modo supervenientia maneant utrique conjugi propria.

Pro declaratione tamen meliori addamus adhuc unam, vel alteram quæstionem.

22 Prima est, an conjuges huic portioni statutariæ sibi debitæ renunciare possint? *Cassanæus loc. cit.* putat, renunciationem fieri non posse, nisi ante matrimonium in pactis dotalibus, quod etiam articulus noster innuere videtur, cùm dispositionem de lucrandis acquæstibus tantùm faciat in casum, quo nulla pacta dotalia facta sunt, vel in iis de lucro acquæstuum nihil dispositum fuit: Sed nostra opinio est, quòd renunciatio fieri possit ante, & post contractum matrimonium in ipsis pactis dotalibus, vel etiam postea extra pacta dotalia. *Covar. in quarto Decret. part. 2. cap. 7. n. 11. Gomes. ad l. Tauri. 60. per totum.*

23 Dices, constante matrimonio inter conjuges donationem prohibitam esse, ergo etiam renunciationem acquæstuum, maximè eorum, qui tempore renunciationis jam actualiter fuerunt superlucrati. Sed benè Respondet *Covar. loc. cit.* quòd hæc renunciatio non sit donatio, cùm is, qui dimittit lucrum, nihil donet, sed tantùm renunciatione facta sibi viam præcludat, ne aliquid de novo acquirat, supra enim diximus, quòd uxor soluto matrimonio pro consequenda portione statutaria in acquæstibus ante actualem apprehensionem non nisi personalem actionem, sive condictionem ex lege habeat, quilibet autem actioni sibi competenti renunciare potest, quia beneficia non dantur invitis.

24 Ulteriùs tradit *Boërius decis. 244. n. 2. & de Consuet. Matr. §. 2. gloss. 2. Art. 7. circa fin.* quòd uxor per ejusmodi renunciationem possit se ab obligatione liberare, ne pro mariti debitis maneat obligata, verùm hoc nihil ad rem facit, cùm jam supra ad *Art. 1.* dilucidè exsplicaverimus, mulierem quidem teneri ad debita communis matrimonii ex acquæstibus communibus solvenda, quoniam nec hæreditas, nec acquæstus esse potest, nisi priùs deducatur æs alienum, & pecunia pro faciendis acquæstibus impensa, pro reliquis verò debitis mariti ante matrimonium factum contractis uxor ex

novi-

neviter acquisitis non est obligata, nullum igitur, ut Boërius putat, ex renunciatione portionis suæ statutariæ beneficium consequitur, ut omnia ad *Art. I.* enucleatè exsplicavimus.

Secunda Quæstio est, an quoad participationem acquæstuum attendenda sit consuetudo loci, ubi matrimonium contrahitur, vel ubi contrahentes domicilium figunt? *Gomes. ad ll. Tauri. l. 50. n. 75. & Cassanæus in Consuet. Burgund. rubr. 4. §. 2. gloss. 3. n. 8.* rectè concludunt, indistinctè, & quoad omnia inspiciendum esse locum, ubi conjuges domicilium habent: Ratio est, quia hîc non agitur de aliqua solennitate ipsius contractus: Si igitur supponas, legitimum matrimonium alibi fuisse contractum, hoc ipso conjuges in loco statuti de lucrandis acquæstibus portione statutaria, quæ matrimonii legitimi sequela est, gaudere possunt: Aliud dicendum est, si conjuges, v. g. in Bavaria, ubi hoc statutum viget, domicilium quidem habeant, bona autem illorum vel in totum, vel pro parte in alia Provincia, ubi tale statutum non viget, sita sint, quòd Statutum Bavariæ non extendatur ad res extra territorium existentes, *Gail. lib. 2. obs. 124. n. 4.* & sequentibus. *Coler. de Process. Execut. part. I. cap. 3. n. 228.* ubi rationes invenies. 25

Der Fünffte Articul.

Wo ein Frau von jhrem Ehe-Würth mit dem Rechten geschayden würdet / auß Ursachen / daß er jhr mit Ehelichen Wercken nicht gepflegen mag / vnnd seyn zwischen jhnen / wie es auff die Todt-Fäll soll gehalten werden / keine sondere Geding gemacht / So soll jhr alles das folgen / was jhr gebührt hätte / wann jhr Ehe-Würth vor jhr wäre verstorben / außgenommen / da er jhr etwas vor der Scheydung geschenckt hätte / welches in solchem Fall nicht gültig. Seyn aber Heyrat-Geding verhanden / so soll jhr folgen jhr Heyrat-Guet / vnd anderes Guet / welches sie dem Mann zugebracht / auch jhr Morgen-Gab / vnd da sie Krafft deß Heyrat-Gedings / oder sonsten einen Theil / an deme in jhrem gesambten Haußhaben gewunnen Guet / von Rechts wegen zesuchen hat. Deßgleichen jhr Endt vnnd Gebendt / Klaider / Kleinoter / vnd was zu jhrem Leib gehört. Aber die Widerleg / wie auch anderes / was in dem Heyrats-Geding jhr von dem Mann von seinem Guet versprochen / oder sonsten geschencket worden / das ist gefallen / In Ansehung dise Personen keine rechte Ehe-Leuth seyn.

SUMMARIA.

1. *Quid in casu divortij ad unum, vel alterum ex conjugibus perveniat?*
2. *Quotuplex sit divortium?*
3. *Quid si divortium fiat quoad vinculum matrimonij propter impotentiam conjugalem?*
4. *Quid si impotentia tantùm sit temporalis, & curabilis?*
5. *Quid si propter impotentiam matrimonium fuit irritum declaratum?*
6. *Quæ mulier recipiat factô divortiô?*
7. 8. & 9. *In casu, quo liberi mariti ex alio matrimonio supersint?*
10. *Authoris opinio.*
11. *An post divortium uxor lucretur morgenaticam?*
12. *An post divortium uxor lucretur donationes?*
13. *An maritus uxori post divortium donare possit?*

14. & 15.

14. & 15. An debeatur post divortium usufructus contradotis?
16. An dos putativa soluto per divortium matrimonio habeat privilegia veræ dotis?
17. Quare articulus loquatur tantùm de impotentia viri, & non mulieris?
18. An uxori in causa divortij ob arctitudinem facti debeatur morgenatica?
19 20. & 21. Quid mulieri debeatur post divortium de ijs, quæ in pactis dotalibus continentur?
22. & 23. Quid si matrimonium dissolvatur ex alio capite, quàm impotentiæ, v. g. ex capite consanguinitatis?
24. Quid si matrimonium factum fuerit mala fide?
25. An privilegia dotis locum habeant inter conjuges putatitios?

1 PRæsens articulus, & sequens de divortio agunt, & quid in casu divortii uni, vel alteri conjugum in bonis alterius competat. Hactenùs enim diximus de dissolutione matrimonii per mortem, alia autem dissolutio est sine morte, quæ fit per divortium. Benevolus Lector advertat, quòd non utamur verbo successionis: Sicut enim secundùm priùs dicta, deficientibus pactis dotalibus superstiti conjugi jure hæreditatis, & successionis ferè prorsùs nihil obtingit, sed vel jure proprietatis, vel beneficio legis, ita in casu dissoluti matrimonii multò minùs de titulo hæreditatis, vel successionis solliciti esse debemus, sed potiùs de titulo restitutionis, vel novæ acquisitionis ex provisione legis proveniente. Materia divortii ampla est, & potiùs ad jus Canonicum, quàm ad jus Civile pertinet, maximè, si velimus examinare omnia impedimenta matrimonii dirimentia, & impedientia, eorúmque effectus, sed quia nostra intentio non est, ad alienam messem falcem mittere, & ad ejusmodi diffusas materias excursionem facere, sed solummodò exsplicationi articulorum nostrorum simpliciter insistere, ideò præmittendum est, apud nos Catholicos duplex divortii genus esse: Pri-
2 mum est, quando dissolvitur matrimonium quoad vinculum matrimonii, id est, si matrimonium declaratur omninò irritum, & invalidum, alterum est, quando vinculum matrimonii non dissolvitur, sed tantùm dissolutio fit quoad thorum, & mensam, qui utriúsque divortii casus, jura, & effectus pleniùs videre desiderat, adeat *Thom. Sanchez. tract. de Sacram. matrim. lib. 7. de impedimentis.* De prima dissolutione matrimonii, nempe quoad vinculum matrimonii, agit hic noster *Art. 5.* De secunda, quæ revera dissolutio non est, agit *Art. 6. & Sanchez. libro. 10. de divortio.* In utroque exsplicabimus, quid uni, vel alteri conjugum dissolutione subsecuta debeatur in bonis utrinque collatis.

3 Primus igitur casus est hujus articuli, si maritus uxori propter impotentiam in opere conjugali satisfactionem præstare, aut matrimonium consummare non possit, daß er ihr / inquit textus, mit Ehelichen Wercken nit pflegen mag / hic textus quidem tantùm loquitur de marito, qui propter impotentiam suam uxoris non potest esse particeps, idem tamen similiter dicendum de arctitudine mulieris, sive virginis, de utroque hoc casu vi-
4 dendus est idem *Sanchez. lib. 7. disput. 92.* Ubi de impotentia, & frigiditate perpetua, vel temporali, & de impotentia naturali, & absoluta, vel respectiva, item de arctitudine per incisionem, vel alio modo ope humana curanda, vel prorsùs incurabili, & aliis quibusdam distinctionibus plura dicuntur, quorum examinatio hujus loci non est, sed ad forum Eccle-
5 siasticum pertinet: Nos præsupponimus, matrimonium propter impotentiã, vel arctitudinem à Judice legitimo, & ordinario fuisse pro irrito, & invalido declaratum, & in hoc casu dicit articulus, quoad restitutionem illatorum distinguendum esse, an nulla pacta dotalia inter ejusmodi conjuges putatitios erecta sint, vel an erecta sint? Si nulla pacta dotalia adsint,

tene-

tenetur maritus impotens uxori omnia illa restituere, quæ eidem ab hæredibus mariti, si ipse præmortuus fuisset, restituenda essent. Recipit ergò 6
mulier dotem suam, si quam marito putatitio attulit: Recipit secundò paraphernalia sua, viri administrationi commissa: Recipit tertiò sua ornamenta muliebria, & vestimenta ad corpus suum pertinentia: Recipit quartò dimidiam partem acquæstuum, si quid tempore cohabitationis superlucrati sunt, quando maritus putatitius non fortè ex alio matrimonio liberos suscepisset, quod fieri posse, Canonistæ communiter docent, & plurimæ Historiæ comprobant, ut scilicet vir impotens ad unam mulierem, possit esse potens ad aliam, vel quia impotentia post primum matrimonium supervenit, tunc enim mulier tantùm recipit partem virilem, sive filialem cum liberis prioris matrimonii.

Denique, si strictè volumus inhærere huic regulæ, das dem Weib folgen soll / was jhr gebührt hätte / wann jhr Ehe-Würth vor jhr verstorben wäre / tunc mulieri post divortium quoad vinculum matrimonii competit 7
etiam pars filialis, posito, quòd maritus ex alio matrimonio liberos habeat, ex supellectili communi, & permixta, per rationem, quia juxta primum 8
articulum præmortuô maritô uxor cum liberis partem filialem de supellectile communi consequitur. Quamvìs de veritate hujus illationis quis non immeritò dubitare possit, nam in secundo membro hujus articuli, ut statim dicemus, mulier post divortium titulô lucrativô ex pactis dotalibus de bonis mariti nihil consequi potest, ergò etiam, & multò minùs aliquid titulô lucrativô de bonis mariti consequi potest, si nulla pacta dotalia fuerint erecta, nec de lucro ex bonis maritalibus ulla promissio, sive stipulatio facta, si autem ponamus, uxorem marito fortè prorsùs nullam, aut saltem exiguam supellectilem attulisse, sequeretur, quòd admissa cum liberis in partem supellectilis virilem posset aliquid ex bonis mariti lucri facere, quod videtur esse contra intentionem legislatoris: Deinde in *Art. 3.* statuitur, ut præ- 9
mortua uxore marito soli cedat tota supellex, tametsi liberi ab uxore supersint, sicut igitur uxori post divortium omnia restitui debent, quæ habitura fuisset post mortem mariti, ita etiam conformiter dicendum est, post divortium marito omnia illa relinquenda esse, quæ habiturus fuisset post mortem uxoris cum, vel sine liberis: Cùm utique utriúsque putatitii conjugis par, & æqualis conditio esse debeat, atqui latè supra deduximus, marito post mortem uxoris semper remanere omnem supellectilem, ergò debet etiam eidem remanere post divortium, & hoc quidem eò magìs, cùm in toto articulo hoc quinto de participatione supellectilis cum uxore nec verbum dicatur, benevolus Lector apprehendat sententiam, quæ sibi placet: Nos hujus opinionis sumus, si uxor excludatur à parte filiali de su- 10
pellectili ex ea ratione, quòd in casu divortii nihil possit titulô lucrativô ex bonis mariti acquirere, quòd saltem ei debeatur supellex, quam se marito attulisse, liquidò demonstrare potest, per rationem, quia sicut mulier nihil potest habere ex mariti bonis titulô lucrativô, ita nec maritus ex bonis uxoris: Uxor enim supellectilem causâ matrimonii intulit, ergò, causâ sublatâ, supellectilem meritò recipit, aut per condictionem causâ datâ, causâ non secutâ justè repetit: Idem dicendum putamus de argento, quòd tempore nuptiarum ab amicis, & hospitibus oblatum est, tametsi enim illud *Art. 2.* inter supellectilem numeretur, tamen, cùm donatio nuptialis contemplatione utriúsque conjugis fiat, iniquum censeri non potest, si uxor post divortium dimidiam partem repetat; utpote quam non accipit ex mariti, sed amicorum liberalitate, & hinc, si in pactis dotalibus expresse conventum est, ut donata nuptialia sint utrique conjugi communia, prout communiter fieri solet, solutô matrimoniô per divortium ex capite impotentiæ, vel arctitudinis, cedit uxori pars dimidia conventa, quia illam

non consequitur ex bonis mariti, sed ex beneficio amicorum communium; Vid: tamen, quæ supra diximus de expensis convivii priùs deducendis, nisi aliud inter partes pactum fuerit.

11 Sed quid dicendum est de morgenatica, anne, matrimoniô per divortium irritô, uxor illam lucretur, vel non? Ratio dubitandi est, quia maritus præsupponitur impotens, & mulier adhuc esse virgo, cùm proinde morgenatica debeatur in præmium virginitatis, præmium autem virginitatis non videatur peti posse, antequam vir eam delibaverit, ergò verisimile est, eam morgenaticam petere non posse, præsertim, cùm alteri viro post divortium nubere possit, qui ipsi virginitatis retentæ suo tempore præmium præstet. Contrarium tamen concludit *Boërius in Consuet. Bitur. tit. de Consuet. matrim. §. 4. circa fin.* Ubi dicit, quòd uxor Doërium suum statim lucretur, quando cubuit cum viro suo, licèt ab eo non fuerit cognita, fecit enim uxor, quod potuit, ita ut marito debeat conatus sufficere pro effectu, & hanc sententiam videtur approbare articulus noster, nam statim in altero membro, quando scilicet pacta dotalia erecta sunt, in quibus promissio morgenaticæ facta, expresse statuit, ut mulieri post divortium ob impotentiam mariti debeatur morgengeba, ergò etiam debetur, quando nulla conventio de morgenatica facta est, cùm præsupponatur esse virgo, virgini autem debetur morgenatica juxta *Art. 1.* tametsi in pactum non venerit. Nec obstat, si dicas, in primo membro hujus articuli, quod ponitur de casu non existentium pactorum dotalium, nullam mentionem de lucranda morgenatica fieri: Respondemus enim, expresse quidem non fieri mentionem, fieri tamen tacitè, cùm articulus dicat, quòd mulier recipere omnia illa debeat, quæ receptura fuisset marito præmortuo, sed præmortuo marito receptura fuisset morgengebam sine omni dubio aut scrupulo; ergò etiam recipit post divortium.

12 Excipiuntur tamen donationes uxori putatitiæ ante divortium factæ: Ratio est, quia donationes eidem factæ sunt tanquam uxori, cùm igitur divortium declaret, illam non potuisse uxorem esse, ergò etiam declarat, non potuisse eidem tanquam uxori donationem fieri. Ex quo sequitur, hujus articuli dispositionem, donationes mulieri factas infirmantem, non ex eo capite factam esse, quòd præsupponatur, maritum adhuc vivere, & sic donationes non fuisse morte confirmatas, sed ex hoc capite, quia factæ sunt

13 mulieri, ut uxori, quæ tamen uxor esse non potuit: Quid si enim ponas, maritũ putatitium paulò post divortium mortuum esse? Certè donata ab hæredibus donatoris repeti possunt, si in manibus mulieris extant, petitione hæreditatis, quam exceptio donationis excludere non potest, cùm sit facta in contemplatione uxoris, quæ tamen nec uxor fuit*, nec esse potuit, & consequenter ipso jure nulla, & invalida: Interim marito putatitio integrum est, post divortium celebratum, eidem mulieri vel inter vivos, vel mortis causâ donare, quod lubet, & ille cuivis extraneo donare potest, cùm prohibitio de donationibus inter conjuges post divortium ampliùs nihil obstet: Convenit Art: noster in verbis, vor der Schendung / ex quibus liquet, quòd donationes, nach der Schendung / post divortium, non sint prohibitæ: Semper enim manere potest aliqua scintilla amoris in impotente marito, ut vel in compensationem osculorũ, & aliorum officiorum conjugalium ante separationem licitorum, vel certè, si se impotentem scivit, in recompensationem (si licèt ita loqui) injuriæ, aut deceptionis illatæ uxori dimissæ aliquid donare, aut relinquere, viro liberum sit.

14 Excipitur secundò ususfructus contradotis: Ratio datur in ipso textu in sequenti membro, quia dos esse non potest, ubi non est matrimonium, & contrados esse non potest, ubi non est dos, fundamentum enim dotis matrimonium, & fundamentum contradotis dos est, ergò, si sine pactis do-

talibus

talibus dos marito putatitio fuit illata, & matrimonium per divortium irritum, & invalidum declaratum, deficit fundamentum matrimonii pro dote, & fundamentum dotis pro contradote, &c.

Objicies, quòd priùs dixerimus, ab uxore putatitio dotem repeti posse 15
matrimoniô per divortium dissolutô, ergò & contradotem. Respondemus, quòd mulier repetat dotem, si adhuc extat, ut rem suam, si autem consumpta sit ante divortium, per condictionem tanquam creditrix, ex quo non sequitur, eidem etiam contradotem deberi, nomine enim dotis extincto, per necessariam consequentiam extinguitur etiam nomen contradotis, hinc paulò ante diximus, quòd uxor talis putatitia lucretur partem acquæstuum, vel dimidiam, vel filialem, cùm enim *Articulus 1.* constituat partem filialem de acquæstibus extantibus, viri liberîs ex alio matrimonio genitîs, tunc demum extingui, si certa, & vera dos viro allata sit, dos verò viro allata, qui maritus esse non potest, nomen dotis non mereatur, ideò rectè dicimus, quòd hujuscemodi mulier per divortium à vinculo matrimonii penitùs liberata, nec usumfructum contradotis petere possit, utpote & matrimonii, & dotis privilegiô sublatô, unde ferè inutilem putamus quæstionem *D. Balthasar. ad tit. 1. Resol. 5. n. 35.* An solutô per divortium ma- 16
trimoniô dos putativa habeat privilegia veræ dotis? Quamvìs ille, ut verum fateamur, non loquatur de casu proprio hujus articuli, id est solutô per divortium matrimoniô propter impotentiam mariti, vel arctitudinem uxoris, sed in aliis casibus, de quibus nobis paulò post prolixior erit exsplicatio: Interea opinionem nostram, quòd contrados, & ususfructus ejus, solutô quoad vinculum matrimoniô, non debeatur mulieri, ex nostro articulo sic probamus: In membro enim secundo disponit, quòd in casu, quo pacta dotalia erecta, & in iis dos promissa, & illata fuit, non debeatur mulieri contrados, aut illius ususfructus, per rationem, quæ ibidem annectitur, **in Ansehen dise Ehe-Leüth keine rechte Ehe-Leüth seyn.** Ergò multò minùs debetur illi contrados, quæ sine pactis dotalibus fuit quidem illata, sed nunquam promissa, utique enim fortius vinculum habet dos per stipulationem constituta, & illata, quàm dos illata, quæ nunquam in promissionem, aut stipulationem venit: Deinde ad *Art. 1.* diximus, ad privilegium dotis illatæ requiri, ut sit certa, & vera, vera dos autem non est, ubi non est verum matrimonium.

Quæres, quare articulus noster loquatur tantùm de impotentia viri, 17
& non etiam de impotentia, sive arctitudine mulieris? Respondemus, duas hujus rei rationes esse. Prima, quòd impotentia mariti frequentior sit, quàm arctitudo mulieris, quamvìs ante annos supra 30. meminerimus, ejusmodi divortium propter arctitudinem mulieris Viennæ publicè fuisse declaratum; Altera causa est, quòd in casu arctitudinis fœminæ idem jus sit observandum, quàm in casu impotentiæ viri, ita, ut putativæ uxori dotalia, & paraphernalia bona, ornamenta muliebria, vestimenta ad corpus pertinentia, pars acquæstuum, vel filialis, vel dimidia, & omnia illa debeantur, quæ, ut articulus loquitur, habitura fuisset maritô præmortuô, vel, ut nos loquimur, quæ habitura fuisset, si mariti impotentia ad divortium, & dissolutionem matrimonii causam dedisset, cùm enim præsupponamus, maritum omnia uxoris bona habere sub manibus, matrimoniô irritô ex parte uxoris propter arctitudinem declaratô, non minùs ea restituere debet, quàm matrimoniô irritô declaratô propter ipsius viri impotentiam: Igitur necessarium non fuit, in casum arctitudinis aliam dispositionem facere, quàm quæ facta est in casum impotentiæ mariti.

Dices, saltem quoad morgenaticam aliud statuendum esse in causâ ar- 18
ctitudinis, quàm in causâ impotentiæ virilis: In prima enim defectus est ex parte mulieris, quomodò igitur petere potest præmium virginitatis suæ,

cujus ipsa maritum participem reddere non potest ? In altera defectus est ex parte mariti, non igitur mirum videtur, cur morgengebam præstare obligatus sit, ut jam ante præmisimus, sed, si inhæremus prioribus principiis, quòd maritus impotens ad morgengebam teneatur, potiùs propter primum concubitum, & conatum, quàm propter effectum, non videmus, cur non idem dicendum sit de arctitudine uxoris, præsertim, cùm sæpè contingat, ut nesciatur, ex qua parte in casu arctitudinis defectus consistat, nam sæpè uxor, quæ uni viro est incommunicabilis, alteri communicari potest, sed de his plura non dicimus, cùm sufficiat nobis, vi hujus nostri articuli, morgengebam per pacta dotalia promissam post divortium mulieri solvendam esse, ergò etiam solvenda est, tametsi non fuerit promissa, cùm præsupponatur virgo nupsisse, & virginitatem marito attulisse.

19 Accedimus nunc ad secundum membrum, quid mulieri post divortium de iis debeatur, quæ in pactis dotalibus conventa sunt ? Et imprimis eadem regula observari debet, quæ in priori membro posita est, ut mulier recipiat, quidquid marito attulit, scilicet dotem suam, paraphernalia sua, morgenaticam, & portionem debitam in acquæstibus, hoc solum notandum est, quòd in priori casu, quando nulla pacta dotalia facta sunt, mulier de acquæstibus recipiat partem, quam habitura fuisset viro prædefuncto. Si autem in pactis dotalibus aliter fuit conventum, ut v. g. uxor in omni casu dimidietatem acquæstuum habeat, sive liberi extent, sive non extent, vi hujus statuti conventio in pactis dotalibus sic inita firma manet : Ratio est, quia hæc conventio non est de lucro captando ex bonis mariti, sed ex iis, quæ constante putatitio matrimonio utriúsque operâ, industriâ, & parsimoniâ superlucrata sunt. Juxta verba, **da sie Krafft deß Heyrat-Gedings / oder sonsten** (id est ex dispositione legis, de qua plura jam præmisimus) **einen Theil an deme in ihrem gesambten Haußhaben gewunnenen Guet zusuchen hat :** Similiter obveniunt mulieri ornamenta muliebria, **ihre Endt / und Gebendt /** item vestimenta, & Cleinodia ad corpus ipsius pertinentia : De quibus nihil ampliùs dicendum superest, cùm jam multis vicibus hæc materia repetita sit.

20 Non obstantibus autem pactis dotalibus de lucranda contradote, de acquirenda certa parte ex bonis mariti, de donationibus factis, aut aliis quibuscúnque rebus titulo lucrativo uxori obventuris, soluto matrimonio per divortium quoad vinculum, nulla subest præstationis obligatio : Ratio est ex præcedentibus clara, cùm ejusmodi personæ conjuges non sint. **In Ansehung /** inquit articulus, **dise Persohnen keine rechte Ehe-Leüth seyn /** omnia igitur corruunt soluto matrimonio quoad vinculum, quæ intuitu matrimonii pacta, & conventa fuerunt.

21 Quod DD. etiam ad statutum, vel consuetudinem extendunt. E. G. si in quadam Provincia vi statuti, vel Consuetudinis, soluto matrimonio per mortem, maritus lucretur proprietatem dotis, vel uxor proprietatem contradotis, quòd ad virum, vel mulierem ex dote, aut contradote nihil devenire possit, soluto vinculo matrimonii per divortium legitimè declaratum, *And. Gail. lib. 2. obs. 80. n. 12. Roland. à Valle. de lucro dotis quæst. 97. n. 60. & quæst. 104. Boërius ad Consuet. Bitur. tit. des Coustumes concernàns : §. 4. sub fine.* Ubi in specie loquitur de matrimonio propter impotentiam viri pro nullo declarato.

De morgenatica, in utrúmque casum impotentiæ scilicet viri, vel arctitudinis fœminæ, solvenda, paulò ante sufficienter diximus, sed quia obligatio de illius præstatione in hoc secundo membro expresse comprehenditur, Lectorem ad priora speciatim remittimus. *Vid. Cassan. ad Consuet. Burgund. rubr. 4. verbo femme. n. 5.*

Quæ-

Quæres, cùm articulus hic tantùm loquatur de divortio ratione impotentiæ facto, quid dicendum sit de aliis casibus, ex quibus matrimonium etiam quoad vinculum dissolvitur, quorum plures sunt, v. g. ex capite consanguinitatis, criminis, voti, erroris, vel alterius cujuslibet: Et distinguimus, an ejusmodi matrimonia, bona vel mala fide contracta sint, scienter, vel ignoranter? Si contracta sunt bona fide, dirimitur quidem matrimonium post notitiam, & scientiam supervenientem, sed utrique conjugi eadem, de quibus modò diximus, in casu impotentiæ, & arctitudinis restituenda, vel relinquenda esse, competunt: Si autem ejusmodi matrimonia contracta fuerunt mala fide, & scienter, *in l. qui incæstas Cod. de incæst. nupt.* Ubi textus inquit, qui contra legem, præcepta, vel contra mandata, constitutiones principum nuptias contraxerit, nihil ex eodem matrimonio, sive ante nuptias donatum, sive deinceps quóque modo datum fuerit, consequitur, idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno, indignǽque sublatum fisco vindicari sanximus. *l. incæstæ. ff. de ritu nupt. l. 2. ff. de his, quib. ut indig. &c. l. cùm hic status.* §. *ult. ff. de donat. inter vir. & uxor. Imò in Auth. incæstas. Cod. de incæst. nupt. Et novell. 12. cap. 1.* in tantum hæc pœna aucta est, ut qui scienter, & mala fide incœstas nuptias contrahunt, dignitate priventur, & amborum conjugum bona publicentur. 22 23 24

Quod tamen *Gomesius ad l. Tauri. 50. n. 55.* ita restringit, si copula desuper subsecuta sit, de quibus ne prolixiores simus, plura dicendi nobis animus non est. Interim in hoc D. Balthasari libenter assentimus, quòd etiam privilegia dotis locum habeant inter conjuges putatitios, qui matrimonium prohibitum sine crimine, bona fide, & ignoranter contraxerunt, imò & lucra matrimonialia, vel ex pactis dotalibus, vel ex provisione legis debita; Ut jam supra ad *Art. 1.* deduximus, cùm bona fide cohabitantes sint pro veris conjugibus habendi (donec ex postfacto superveniente notitia, & scientia impedimenti dirimatur matrimonium) eorúmque liberi sint justi, & legitimi. Nunc ad alteram partem divortii, quæ non solvit vinculum matrimonii, sed tantùm separat conjuges à mensa, & thoro, deveniamus; 25

Der Sechste Articul.

Wurden aber zwey rechte Ehe-Leuth / allein zu Tisch vnd Beth gescheyden / vnnd hätte der Mann zu der Scheydung auß seinem verschulden Ursach geben / So soll er alles das jenig / was im vorgehenden Articul gemeldet ist / seinem Weib folgen vnd zustehen lassen / wie nit weniger auch die Widerleg aigenthumblich / oder da keine versprochen / wo Kinder verhanden / an statt derselben einen Kinds-Theil / Deßgleichen hat jhme das Weib etwas geschenckt / verleurt er solches auch. Wäre aber das Weib an der Ehe-Scheydung / wie gehört / schuldig / verleurt sie nicht allein die Morgen-Gaab / vnnd Heyrat-Guet / sonder auch das jenig / was sie sonsten in der gemainen Gewinnung hätt zesuchen gehabt / vnnd was der Mann jhr geschenckt / Und solches bleibt dem Mann alles aigenthumblich. Hätte aber das jenig Ehegemächt / welches an der Ehe-Scheydung schuldig / dem vnschuldigen Ehegemächt in wärender Ehe etwas geschencket / vnnd sturb ehe es solche Schanckung widerrufft / So mögen es dessen Erben / von dem überlebenden Ehegemächt nit abforderen / sonder die

Schanckung würdet durch den Todt bestättigt. Im Fall aber die Ehe-Leuth wider mit einander versöhnt wurdē/ soll es alles wider in vorigen Standt/ in dem es vor der Scheydung gewesen/ gestellt seyn.

SUMMARIA.

1. *Quid operetur divortium quoad mensam, & thorum?*
2. *Quid si maritus causam dederit?*
3. *An uxori dos restitui debeat?*
4. *Quid si nullam dotem intulerit, & nulli liberi supersint?*
5. *An uxor partem filialem, quam loco dotis accipit, accipiat primùm post mortem mariti, vel statim post separationem?*
6. *An maritus propter adulterium proprietatem contradotis amittat?*
7. *Quid si uxor separationis, sive divortij causa sit?*
8. *An dos, vel contrados ob adulterium transeat ad fiscum?*
9. *An uxor propter adulterium paraphernalia amittat?*
10. *Si nec dos, nec contrados ob adulterium amittatur quoad proprietatem, quid de usufructu dicendum?*
11. *An propter bestialitatem, & sodomiam dos, & contrados amittatur?*
12. *An maritus propter adulterium amittat donationes ab uxore sibi factas?*
13. *An etiam legata, & alia relicta?*
14. *Quid si unus conjugum à fide discedat?*
15. *An donatio post divortium innocenti conjugi facta valeat?*
16. *Quæ sit differentia inter divortium ob adulterium, sævitiem, aut aliam causam factum?*
17. *An separatio propter hæresin, vel idololatriam facta faciat amittere proprietatem dotis, vel contradotis?*
18. *Recensentur aliquot casus divortij, in quibus nec proprietas dotis, nec contradotis amittitur.*
19. *Quid si conjuges post adulterium fuerint reconciliati?*
20. *Quid juris si reconciliatio subsecuta sit?*
21. *Et quid si post reconciliationem altera pars etiam adulterium committat?*

1 DIvortium quoad mensam, & thorum dupliciter fit, vel ex capite adulterii, vel quando uni vel alteri conjugi ex alterius sævitia, vel alia machinatione malitiosa vitæ periculum imminet, prout apud Canonistas hæc materia latiùs deducta invenitur, *Vid. Thom. Sanchez. de Matrim. lib. 10. disp. 2. & disp. 18. per tot. cum seqq. Did. Covar. de matrim. part. 2. cap. 7. §. 5. n. 1. & 11. usque ad finem*, & plures alii: In utroque casu articulus noster distinguit, an vir, vel mulier ad separationem quoad thorum, & mensam
2 causam dederit. Si maritus ex sua culpa ad separationem causam dederit, debent uxori innocenti omnia, quæ in præcedenti articulo speciatim enumerata sunt, restitui, & insuper eadem recipit dotem suam, si quam in-
3 tulit, & lucratur contradotem, sive donationem propter nuptias: Quia verò contrados non debetur, quando nulla dotis illatio facta est, tunc in locum contradotis cum liberis si qui adsint, ex tota mariti substantia uxor lucratur partem filialem, sive virilem. *Juxta Vers:* Oder da keine versprochen.
4 Quid si autem nec dos illata fuerit, nec liberi supersint, cum quibus uxor concurrere, & partem filialem ex substantia mariti propter ejus adulterium lucrari possit? Non putamus, nos malè facturos, si dicamus, quòd uxori in defectum liberorum debeatur quarta pars de substantia mariti in compensationem illatæ sibi injuriæ, per *text. in l. jubemus. 11. §. 1. vers. si verò. Cod. de Repudijs.* Quamvis articulus noster de hoc nihil disponat, in defectu enim dispositionis statutariæ supplementum ex jure communi desumendum est, quis enim dubitare potest, si v. g. uxor cum tribus liberis con-

currens

currens possit accipere quartam partem de tota substantia mariti, quin non eandem quartam possit accipere concurrens cum extraneis mariti hæredibus, cùm utique extranei hæredes melioris conditionis non sint, quàm liberi. *Vid:* tamen quæ de hac quarta diximus ad *Art. 4. Vers:* **Wo aber.**

Quæres, an uxor hanc partem filialem primùm acquirat post mortem mariti, vel statim post separationem factam? Ratio dubitandi est, quia liberi nullam partem filialem in bonis parentis sui eo adhuc vivente habere possunt, cùm viventis nulla sit hæreditas. Sed Respondemus, uxori hanc partem filialem deberi post divortium: Ratio est, quia illam non accipit jure successionis, sed in pœnam, & compensationem illatæ injuriæ, & proinde determinatio partis filialis non ad hunc finem facta est, ut uxor mariti mortem exspectare, & tunc primùm cum liberis hæreditatem ejus partiri debeat: Sed ut intelligamus, uxorem pro recompensatione injuriæ plus petere non posse, quàm portio unius ex liberis futura esset, si statim post divortium facultates paternæ inter liberos dividerentur, nam, cùm hæc portio filialis succedat in locum contradotis, sequitur necessariò, ut, sicut contrados statim uxori post divortium, & separationem proprietariè debetur, ita etiam debeatur hæc portio filialis, quæ in defectum contradotis ejus locum supplet: Deinde hæc quarta, quæ ex *l. jubemus. 11.* indotatæ uxori innocenti debetur, statim eidem cedit post repudium injustè passum, ergò etiam hæc portio filialis, de qua articulus noster disponit. 5

Et hæc est prima pars hujus articuli, plura quidem hîc exsplicanda occurrerent, cùm hæc materia in jure communi sit valdè disputabilis, *Vid. Berlich. lib. 4. conclus. 29. à n. 1. usque ad n. 26.* Sed, cùm brevitati studeamus, hodierno jure ubique locorum recepto, pro fundamento ponendum est, quòd maritus propter adulterium proprietatem contradotis, sive donationis propter nuptias, & vicissim uxor proprietatem dotis amittat, cùm utriúsque conjugis par, & æqualis esse debeat conditio, tametsi non negemus, adulterium uxoris turpius esse adulterio mariti, propter commixtionem seminis, & incertitudinem prolis, quæ res quibusdam auctoribus causam dedit asserendi, quòd maritus quidem adulteram conjugem dimittere possit, non verò reciprocè uxor adulterum maritum, quam tamen sententiam tanquam temerariam rectè refutat *Sanchez. dict. lib. 10. disput. 3. n. 6.* Proinde, si casus conversus contingat, ut scilicet mulier, vel per adulterium vel per malitiosas, & periculosas machinationes ad separationem causam dederit, tunc non tantùm donatio propter nuptias manet apud maritum, sed insuper dotem lucratur, *Forster. de success. ab intest. lib. 4. cap. 17. n. 1.* & morgenaticam. *Covar. de matr. part. 2. cap. 7. §. 6. n. 2.* cùm prœmio virginitatis digna non sit, quæ marito fidem conjugalem tam turpiter fregit. Dices, si uxor adultera morgenaticæ indigna est, ergò morgenatica ad fiscum pertinet, *tot. tit. ff. & Cod. de his, quibus ut indignis.* Respondemus, morgenaticam reverti potiùs ad maritum in compensationem injuriæ sibi illatæ, ut ita hoc non sit crimen indigni, quod successioni fiscali locum facit, sed est pœna in favorem innocentis conjugis constituta: Sicut uxor similiter partem suam de acquæstibus, & quæ sibi constante matrimonio à marito donata, aut in pactis dotalibus assignata, vel quacúnque ultima voluntate relicta sunt, amittit, non tamen, ut hæc omnia fisco cedant, sed ut apud maritum innocentem remaneant, quia & donationes constante matrimonio, & quæcúnque relicta mortis causâ, vel in pactis dotalibus inter vivos constituta, censentur propter adulterium uxoris tacitè revocata. *Farinacius. dict. quæst. 142. part. 1. tit. 16. n. 2. Berlich. lib. 4. concl. 29. n. 20.* 6 7

Notandum tamen est primò, tametsi jure comuni antiquitùs dos, vel contrados propter adulterium mariti, & uxoris suo modo vel ad fiscum, vel ad monasterium, in quod jubebatur fœmina adultera detrudi, devenerit, 8

quòd

quòd tamen vi hujus articuli pars innocens acquirat dotem, vel contradotem proprietariè in recompensationem injuriæ sibi illatæ excluso fisco, & monasterio.

9 Notandum est secundò, tametsi multi DD. illius opinionis sint, quòd uxor per adulterium amittat bona paraphernalia, ita ut vicissim dicendum esset, etiam maritum adulterum amittere debere alia sua bona cum uxore collata: Tamen, cùm noster articulus de amissione bonorum paraphernalium nihil dicat, verior est sententia, quòd constitutio de amissione dotis, vel contradotis in casum adulterii unius, vel alterius conjugis non comprehendat alia eorum bona in communi matrimonio collata, *Berlich. loc. cit. n. 17. & 18.*

10 Si tamen, quod pro tertio notandum, statuto, vel consuetudine alicujus loci introductum fuerit, ut maritus propter adulterium proprietatem contradotis non amittat, prout quidam ineptissimè somniant, de jure communi obtinere, ut quidem uxor amittat proprietatem dotis, non tamen maritus adulter proprietatem contradotis, quòd nihilominùs post separationem innocens uxor usumfructum contradotis habere debeat: Sicut èconträ, si statuto, vel consuetudine amissio dotis, & contradotis reciprocè sublata sit, etiam marito innocenti ob adulterium uxoris ususfructus dotis remanet.

11 Notandum est quartò, cùm bestialitas, & sodomiticum peccatum longè gravius sit, quàm adulterium, quòd etiam per illud proprietas dotis, vel contradotis amittatur: Et quamvìs *Sanchez. lib. 10. disput. 4. n. 3.* & alii velint, quòd per adulterium uxoris gravior viro inferatur injuria, quàm per Sodomiticum peccatum, de quo tamen ego valdè subsisto, propter fœditatem hujus peccati, tamen in hoc conveniunt, quòd propter Sodomiam conjugis separatio quoad mensam, & thorum fieri possit, & proinde amissioni dotis, vel contradotis locus sit.

12 Notandum est quintò, quòd maritus adulter etiam amittat donationes sibi ab uxore factas: Ratio est, quia, propter injuriam uxori per adulterium mariti illatam, præsumitur uxor donationem tacitè revocâsse. *Mant. de tacit. & ambig. Convent. lib. 21. tit. 10. n. 8. Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 289. n. 22.* Ubi tamen addit, donationem valere, si mulier in eodem animo etiam post injuriam ab adultero acceptam persistat, quoniam censetur injuriam remittere, ut paulò post dicemus de Conjugibus inter se post adulterium reconciliatis.

13 Notandum est sextò, tametsi articulus noster tantùm de donatis loquatur, quòd tamen ex ratione legis idem dicendum sit de legatis, & aliis ab uxore marito in testamento relictis, eadem enim causa est, quæ tacitè priùs donata revocare facit, ut etiam legata & relicta in ultimis voluntatibus infirmet: Hinc nostra opinione errat *Farin. in sua pract. crimin. part. 4. tit. 16. quæst. 142. n. 7.* Ubi putat, talia legata, vel relicta, ad fiscum pertinere, tanquam ab indigno avocanda, melior enim est interpretatio tacitæ revocationis, quæ favet innocenti conjugi, quàm causa fisci, *Berlich. loc. cit. n. 29.*

14 Notandum est septimò, quòd infidelitas sit adulterium spirituale, hinc communiter volunt, si maritus, vel uxor à fide Catholica discedat, & labatur in hæresin, vel Idololatriam, quòd separatio quoad thorum, & mensam fieri possit, *Sanchez. de matrim. l. 10. disput. 15. per totum. Covar. de matrim. part. 2. cap. 7. §. 5. n. 7.* Hodie tamen in Imperio Hæresis Lutherana, & Calvinistarum, sive Reformatorum per pacificationem Westphalicam in tantum excepta est, ut talis fornicarius conjux propter mutationem Religionis nihil amittat de bonis suis; Sed quantumvìs hæ religiones in Imperio tolerentur, nihil tamen pars fornicaria acquirit de bonis innocen-

nocentis conjugis, quemadmodùm enim parti innocenti liberum eſt, donationes, v. g. conſtante matrimonio factas, vel relicta in pactis dotalibus, aut quavis ultima voluntate revocare, ita, ſi revocatio expreſsè facta non eſt, nihilominùs tamen ad inſtantiā innocentis partis ſeparatione ſubſecuta præſumi debet innocens à priori voluntate tacitè receſſiſſe, & donata, ſive relicta ipſo facto per actum petitæ ſeparationis revocâſſe.

Notandum eſt octavò. Etſi veriſſimum ſit, ut jam pluries diximus, donationes conſtante matrimonio factas poſt ſeparationem à menſa, & thoro irritas eſſe, hoc tamen ita duntaxat intelligendum eſt, quòd pars, quæ eſt in culpa, & cauſam ſeparationis dedit, jus, vel ſpem ſuam amittat. Secus eſt, ſi parti innocenti donatio facta eſt à culpoſo conjuge, tunc enimverò, quando culpoſus conjux donationem à ſe factam in vita non revocavit, illa per mortem ejuſdem confirmatur, adeò, ut hæredes defuncti eam à ſuperſtite innocenti Conjuge, vel ejus hæredibus repetere non poſſint: Ratio eſt, quia in culpoſo conjuge præſumptio tacitæ revocationis ceſſat, imò potiùs præſumptio oritur, quòd neglecta revocatione expreſſa conſorti ſuo innocenti pro illata injuria aliqualem ſatisfactionem præſtare voluerit, juxta clarum textum hujus articuli, *Verſ. Hätte aber.* 15

Notandum eſt nonò, quòd diſtinctio ſit inter ſeparationem, quæ fit propter adulterium, & illam, quæ fit propter ſævitiam mariti, aut alterutrius conjugis malitioſas vitæ machinationes; Quæ enim fit propter adulterium, perpetua eſt, ita ut conjux ſeparatus ab innocente prorſùs nunquam iterum recipi debeat, neque ad conjugale debitum contra voluntatem ampliùs obligetur: Aliud eſt in ſeparatione, quæ fit propter ſævitiam mariti, vel propter metum periculi, quia illa tantùm temporalis eſt. Ceſſante enim periculo, v. g. ſi maritus idoneam cautionem de non offendenda uxore præſtiterit, *cap. 1. x. ut lit. non conteſt. &c. cap. litteras. x. de reſtit. ſpoliat.* vel culpoſus conjux ſe emendaverit, & metus periculi veriſimiliter remiſerit, tunc enim redintegrari debet matrimonium, utpote causâ ſeparationis ſublatâ. Quæ autem ad hæc neceſſaria ſint, apud *Sanchez. lib. 10. diſput. 18.* & apud *Covar. loc. cit. cap. 7. §. 5. n. 1. & ſeqq.* pleniùs autem apud *Gutierez. quæſt. Canon. lib. 1. cap. 24.* videri poſſunt, quæ nos tanquam ab articulo noſtro aliena Canoniſtis examinanda relinquimus. 16

Notandum eſt decimò, licèt *D. Balthaſar. tit. 1. reſolut. 6. n. 16.* dicat, quòd propter Idololatriam, vel Hæreſin dos fornicarii Conjugis tranſeat ad fiſcum, juxta *l. quinque. 3. ff. de bonis damnat. & cap. vergentis. 10. x. de Hæreticis.* Maximè autem propter Art: Würden aber: Tamen nos in dict. Art: Würden aber / nihil de hoc invenimus ſtatutum, ſed ſimpliciter dicit articulus, quòd poſt ſeparationem matrimonii ex capite adulterii, dos cedat marito, ergò etiam cedit marito ex capite Hæreſis, vel Idololatriæ, quia infidelitas adulterio æquiparatur: Quare enim innocens maritus, qui propter uxoris infidelitatem carere debet bono matrimonii, etiam amittat dotem ſibi in compenſationem injuriæ debitam? Deinde, ſi ſupponamus, dotem conjugis Hæreticæ, vel Idololatræ tanquam ex lege majeſtatis confiſcari, & publicari poſſe, utique tamen marito pro ferendis oneribus matrimonii uſusfructus dotis relinquendus eſt, per ſeparationem enim à menſa, & thoro manet vinculum matrimonii, & incumbunt marito innocenti ejuſdem onera, eò graviùs, ſi liberi ſuperſint, & ipſe auxilio conſortis carere debeat. Denique noſtræ hæreſes, quæ in Imperio tolerantur, ampliùs crimen Majeſtatis non habent, ergò nec publicatiò dotis propterea fieri poteſt. Et quæ hîc dicimus de dote, illa ob paritatem rationis etiam de contradote, ſi maritus infidelis fiat, intelligi, neutiquam verò ad alia lucra matrimonialia, de quibus jam fusè diximus, nempe ad ea, quæ conſtante matrimonio donata, vel in pactis dotalibus, aut ultimis voluntatibus con- 17

jugi relicta sunt, extendi debent: Quoniam ea revertuntur ad conjugem innocentem.

18 Notandum est undecimò, plures casus esse, in quibus propter adulterium amissio dotis, vel contradotis locum non habet, utpote 1. si uxori per vim adulterium illatum fuerit. *Card. Tuschus. tom. 1. pract. concl. concl. 227.* 2. Si maritus scivit adulterium, & non vindicavit. *Farin. in sua pract. crimin. part. 4. tit. 16. quæst. 142.* 3. Si utrique conjuges adulteri sint, tunc enim quoad effectum amissionis dotis, & contradotis fit mutui delicti compensatio. *l. viro. 39. ff. sol. matrim. Covar. in Epit. Sponsal. part. 2. cap. 7. §. 6. n. 9. & 10.* Imò *Sanchez. loc. cit. disput. 6. n. 5.* mutuam compensationem admittit, si delicta fuerint inæqualia, utpote si unus conjux fuerit adulter, alter verò sodomita; Sed an adulterium spirituale compensetur cum carnali, Videat. *Bellarminus. de matrim. cap. 17.* 4. Si una pars in alterius adulterium consensit, *idem Farin. quæst. 142. n. 79.* 5. Vel maritus uxorem, quod idem, & adhuc turpius est, ipse prostituit. Plures alii casus videri possunt apud *Sanchez. loc. cit. disput. 5. & seqq.* & apud *Farin. & Tuschum. loc. cit.*

19 Principalis autem Exceptio est pro duodecimo monito notanda, quam articulus noster specialiter comprehendit, si scilicet conjuges post adulterium ex parte unius vel alterius commissum, fuerint reconciliati (quod illis liberum est) cùm quilibet injuriam sibi illatam condonare, & remittere possit. *Nicol. Boër. decis. 338. n. 4. Tuschus. conclus. 227. n. 8.* Sive ejusmodi reconciliatio expressè, sive tacitè fuerit facta, utpote si maritus uxorem adulteram sciens carnaliter cognoscat, vel uxor conjunctionem viri spontè admittat. *Covar. dict. part. 2. cap. 7. §. 6. n. 11. & 12.* de hac conciliatione, quando libera sit vel non, Vid. *Sanchez. lib. 10. disput. 10.* Nos abstrahendo à Theologicis, proponemus adhuc unam, vel alteram separatam quæstionem civilem, ad mores patriæ nostræ accomodatam:

20 Prima est: An reconciliatione facta adulterium ab uno conjuge commissum ampliùs in recompensationem deduci non possit, si alter conjux ex post facto etiam adulterium committat, v. g. maritus priùs commisit adulterium, propter quod uxor ab eodem discessit, & divortium impetravit, sed postmodùm ab amicis persuasa condonavit marito injuriam, & post reconciliationem eidem iterum cohabitavit: Quæritur igitur, si uxor post reconciliationem etiam committat adulterium, an maritus eam dimittere, & separationem impetrare possit, vel an non utriúsque delicta reciprocè compensari debeant? Respondemus, quamvis verum sit, ut supra diximus, mutua delicta quoad amissionem dotis, & contradotis (nam vindicta publica Judici erga utrósque conjuges semper in salvo manet) compensari, & neutram partem dotem, vel contradotem amittere, tamen adulterium, quod semel per reconciliationem condonatum est, propter subsequens alterius conjugis adulterium non reviviscit, sed potest in proposita nostra facti specie maritus liberè uxorem dimittere, & separationem, sive divortium impetrare: Ratio est, quia remittentibus actiones suas non est dandus regressus ad eas, *l. quæritur. 14. Vers. si venditor. ff. de ædilit. Edict.* Sicut, si ego alteri illatam mihi injuriam remitto, & deinde illum simili injuria afficiam, ipse non tenetur reciprocè mihi remissionem injuriæ facere, Vid. *Sanchez. dict. lib. 10. disput. 6. n. 7. & disp. 7. n. 1.*

Con-

Continuatio

SUMMARIORUM.

22. *An, & quando per reconciliationem amissio dotis, vel contradotis irritetur?*

23. *Quando maritus propter adulterium uxori ad alimenta teneatur?*

24. *An divortiô propter adulterium factô lucrum dotis, vel contradotis adulteri conjugis liberis cedat?*

25. *An pars innocens lucretur proprietatem dotis, vel contradotis, sive liberi adsint, sive non adsint?*

26. *An antiquitùs divortium, & repudium licitè fieri potuerit?*

27. *An maritus lucretur dotem uxoris adulteræ, tametsi illa excedat portionem filijs ex priori matrimonio obtingentem?*

28. *An uxor, propter adulterium quoad thorum, & mensam separata, de bonis suis liberè disponere possit? Et*

29. *An maritus privetur sua maritali potestate in administrandis bonis uxoris?*

30. *Quid hac de re D. Balthasar sentiat?*

31. *An uxor adultera dotem repetere possit, si ex post facto probet, matrimonium propter consanguinitatē fuisse nullum?*

32. *An uxori adulteræ remaneat morgengeba?*

33. *An debeantur alimenta, & quando?*

34. *An pro amissione dotis requiratur vera probatio adulterij?*

35. *An non propinqua, & violenta indicia sufficiant?*

36. *An actio pro consequenda dote, vel contradote in causa adulterij spectet ad judicem sæcularem, vel Ecclesiasticum?*

Quæritur secundò, an reconciliatione facta amissio dotis, vel contra- 22
dotis semper irritetur? Et Respondetur, si reconciliatio conditionatè, & hoc expresso pacto facta sit, ut innocenti conjugi dos, vel contrados per adulterium amissa, vel ex parte, vel in totum remanere debeat, quòd hoc pactum non videatur esse vitiosum, & inutile: Tametsi enim circa crimen adulterii omnis transactio interdicta sit, *l. transigere. Cod. de transactionibus.* Pulchrè tamen *Sanchez. loc. cit. disput. 8. n. 22.* in reconciliatione conditionata, & pacta contrarium sustinet, quia hæc transactio non fit ad eum finem, ut adulterium approbet, & locò hujus approbationis aliquid recipiat, sed ut jus sibi per adulterium alterius conjugis acquisitum in salvo conservet, quæ conventio turpis esse non potest.

Quæritur tertiò, an maritus uxori adulteræ præstare debeat alimenta? 23
Respondemus, distinguendum esse inter tempus, quo durat processus separationis, & inter tempus post separationem factam. Durante processu separationis, in foro externo maritus obligatus est, non tantùm uxori præstare alimenta, sed etiam subministrare expensas litis: Ratio est, quia pendente lite nihil est innovandum, *Gutierez. quæst. Canon. lib. 1. cap. 24. n. 7. Sanchez. dict. disput. 8. n. 28. Surdus. de aliment. tit. 1.* post separationem autem factam distinguendum est, an matrimonium fuerit dissolutum (intellige quoad thorum, & mensam) ex culpa uxoris, vel ex culpa mariti: Si ex culpa uxoris, tunc maritus ad præstanda alimenta obligationem non habet: Si autem ex mariti culpa dissolutio contingit, cùm vinculum matrimonii maneat, utique manet etiam obligatio præstandorum alimentorum. Deinde ulteriùs distinguendum est inter separationem perpetuam, & inter separationem temporalem: In separatione perpetua, quæ fit per adulterium, maritus culposus absque reconciliatione perpetuam habet obligationem præstandorum alimentorum: In separatione verò temporali, quæ fit per separationem ex capite sævitiei, vel ob periculum vitæ, maritus obligationem habet solummodò temporariam, præstita enim sufficiente cautio-

ne de non offendendo, vel cessante periculo vitæ, uxor obligata est, ad maritum reverti, vel contumaciter cohabitationem renuenti nulla ampliùs alimenta debentur. Imò *Clarus. §. adulterium. n. 17.* putat, quòd uxori adulteræ etiam debeantur alimenta à marito innocente, ex ratione paulò ante allegata, quòd post separationem adhuc maneat uxor vera, cùm matrimonium quoad vinculum non dissolvatur: Quamvìs autem, ut diximus, hæc opinio sit contra communem, tamen, si menti hujus præclari viri convenienter exsplicetur, putamus, eam non esse improbabilem: Nam idem *Julius Clarus. in §. adulterium. n. 15. cum aliis magni nominis DD. ut sunt Farin. loc. cit. quæst. 142. n. 3 Cassan. in Consuet. Burgund. rubr. 4. §. 6. gloss. 11. Boër. decis. 338. n. 1. & 2.* hujus opinionis est, quòd uxor per adulterium non tantùm amittat dotem, sed etiam omnia paraphernalia, quæ marito extra dotem intulit, quâ sententiâ præsuppositâ, non improbabile est, quòd maritus innocens adulteræ conjugi saltem alimenta præstare debeat, si in satisfactionem injuriæ per adulterium sibi illatæ omnia conjugis bona ad se trahit, & eidem, unde vivat, nihil supersit, necare enim videtur, qui alimenta denegat, ad quæ præstanda jure quasi naturæ est obligatus, ut pater filio, tametsi discolo, & maritus uxori, licèt turpiter viventi, si aliunde alimenta non habeant; Verùm, quia articulus noster expresse dispoit, quòd uxor per adulterium plus ex bonis suis propriis non amittat, quàm dotem, & morgengebam, consequens est, si uxor ex paraphernalibus suis bonis sustentationem habere possit, ut à Regula supra posita non declinemus, sed simpliciter dicamus, marito nullam obligationem incumbere ad præstanda alimenta, quæ uxor ex paraphernalibus suis bonis habet, secùs esset, si præter dotem, & morgengebam, quam per adulterium amittit, prorsùs nihil ampliùs in bonis haberet, nec aliunde sine turpi quæstu victum lucrari posset, tunc enim, cùm adhuc revera uxor sit, maritum ab onere præstandorum alimentorum absolvi, neutiquam æquum esset.

24 Quæritur quartò, an divortio inter conjuges propter adulterium facto, lucrum dotis, vel contradotis reservandum sit liberis adulteri conjugis, si qui supersint? Et videtur dicendum, quòd sic, *per text. ad litteram in novell. 117. cap. quia verò. 8.* Ubi, postquam Imperator Justinianus dixisset, mulierem de adulterio convictam amittere non solùm donationem ante nuptias, sed etiam dotem, addit, si enim filios habuerit ex eodem matrimonio, jubemus, dotem aliámque mulieris substantiam filiis conservari, similis textus est *in Novell. ut nulli Judicum. 134. cap. si quando 10. vers. & siquidem habeat*, ubi descendentibus ex adulteræ substantia jubentur reservari duæ partes, & tertiam partem solùm monasterio applicari, in quod adultera detruditur. Adhuc clarior textus est *in l. jubemus. 11. Cod. de Repudiis*, ubi maritus, qui sine culpa mulierem indotatam rejecit, compellitur ei quartam partem propriæ substantiæ persolvere, & vicissim mulier innocenti marito, si sine culpa cognita maritum repudiaverit, vel ipsa culpam innocenti marito præbuerit, hoc addito, ut lucrum quartæ partis filiis non extantibus ipsi viro, & mulieri competat, & de ea utérque disponere possit, quomodò voluerit, filiis autem, & aliis descendentibus ex eodem matrimonio intervenientibus servanda sit ad similitudinem dotis, & donationis propter nuptias, *Berlich. loc. cit. conclus. 29. n. 34. Clarus. lib. 5. §. adulterium. n. 10.* Ubi dicunt, si adulter, vel adultera habeat liberos vel descendentes, quòd solus usufructus dotis, vel contradotis innocenti conjugi accrescat, vel, si nulla dos, vel contrados fuit constituta, usufructus quartæ partis de substantia adulteri conjugis, de qua loquitur *dict. l. 11. Cod. de Repudiis*, & in hujus locum vi nostri articuli succedit pars filialis cum liberis, substantia autem, & proprietas dotis, vel contradotis, vel dictæ quartæ legalis, & consequenter etiam partis nostræ filialis reservari debeat

debeat filiis communis matrimonii ; Sed nos planè putamus, ſecundùm conſtitutiones noſtras Provinciales , & maximè ſecundùm hunc articulum noſtrum aliud dicendum eſſe , ut ſcilicet dos , & contrados conjugi innocenti proprietariè cedat , nec illam liberis reſervare ullo modo teneatur : Poſtquam enim articulus *in Verſ:* **Wäre aber /** dixiſſet, uxorem adulteram amittere dotem , morgengebam , partem ſuam de acquæſtibus , & omnia ea , quæ ipſi tempore conſtantis matrimonii donata ſunt , ſtatim addit , **vnd ſolches alles bleibt dem Mann aigenthumblich.**

Dices, hoc conformiter intelligendum eſſe ad ſupra allegata jura comunia, ſcilicet in caſum, quo nulli liberi ſuperſunt. Reſpondemus, ſimpliciter dicendum eſſe, quòd pars innocens acquirat proprietatem dotis, vel contradotis, ſive liberi ſuperſint, ſive nulli ſuperſint, quod demonſtramus ex ſequentibus. 1. Enim articulus noſter hujus diſtinctionis, an liberi ſuperſint , vel non, nullo verbo mentionem facit, ergò nec nos facere debemus ; Et quia pro 2. repetitis vicibus, ubi agit de lucro dotis, & ubi agit de lucro contradotis, utitur verbo, **aigenthumblich/** nullô modô de ſolo uſufructu in caſum extantium liberorum intelligi poteſt. Quis enim pro 3. dubitat , ſi articulus noſter hanc famoſam diſtinctionem juris communis obſervari voluiſſet , quin non ejuſdem claram, & evidentem expreſſionem feciſſet ? Hâc autem omiſsâ, noſtrum non eſt , verbis generalibus de omnimoda amiſſione dotis , vel contradotis quoad proprietatem diſtinctionem affingere , præſertim cùm 4. articulus expreſsè dicat , quòd maritus lucretur proprietatem dotis eodem modo, quo propter adulterium proprietariè ad eum redit morgenatica , acquæſtus , & donata matrimonialia ; Sed hæc redeunt ad ipſum pleno jure , ut non teneatur filiis communis matrimonii quidquam reſervare , ergò nec in dote proprietatem reſervare tenetur , aſſimilatorum enim eadem eſt juris ratio , & diſpoſitio. Imò , quòd 5. proprietas devolvatur pleno jure ad innocentem conjugem , quamvìs liberi ſuperſint , probatur manifeſtè ex hoc articulo , qui caſum ponit , quid conjux innocens lucretur , ſi matrimonium fuit ſine dote , & contradote. Et Reſpondet , quòd cum liberis extantibus pars innocens lucretur partem virilem , ſive filialem ex tota ſubſtantia adulteræ conjugis : Ubi notentur verba , **an ſtatt derſelben /** id eſt dotis , vel contradotis : dotem autem , vel contradotem innocens conjux lucratur proprietariè , uti articulus bis repetit , ergò & iſtam partem filialem , ſive virilem ; Hinc nec obligatus eſt , aut dotem , aut contradotem, aut portionem filialem , vel virilem liberis reſervare, & ſolo uſufructu contentus eſſe. 6. DD. communiter ſupra allegatas leges ſolummodò intelligunt de liberis communis matrimonii , & non de liberis , quos innocens conjux ex alio fortè præcedenti matrimonio habuit , *Boër. deciſ. 338. n. 6.* Et rectè , quia dicta jura in ſpecie de filiis ex eodem matrimonio genitis loquuntur , Vid. *Novell. 117. cap. 8. verſ. ſi enim filios habuerit ex eodem matrimonio* , & *l. jubemus. 11.* ibi *filiis autem , & deinceps perſonis ex* NB. *eodem matrimonio intervenientibus* , quo præſuppoſito nullum quaſi præjudicium fit liberis, cùm id, quod liberis propter adulterium unius , vel alterius parentis hæreditati , vel ſubſtantiæ decedit , ab innocente parente ſuo tempore iterum recipiant.

Quæres , quæ cauſa eſſe poſſit , cur hodierno jure à diſpoſitione prædictarum legum diſceſſum fuerit , & innocenti conjugi relinquatur plenum dominium dotis , vel contradotis propter adulterium unius , vel alterius conjugis amiſſæ , aut perditæ ? Reſpondemus , antiquitùs plurimas fuiſſe cauſas , ex quibus repudium , ſive divortium inter conjuges licitè fieri potuit , ut videre eſt *in l. conſenſu. 8. Cod. de Repudiis :* Ubi præter adulterium enumerantur ſequentia crimina, homicidii, veneficii , majeſtatis , falſitatis , diſſolutionis ſepulchrorum , furti ſacrilegi , latrocinii , plagiarii ,

Note: the margin number 25 stands beside the line beginning "Dices" (end of line "…jura comunia,"); 26 beside "Quæres".

& alia, maximè, quæ committuntur à fœminis, hodierno autem jure propter nulla alia crimina divortium fit, quàm propter adulterium, sodomiam, aut bestialitatem, tametsi graviora sint, quàm adulterium, si non innocenti conjugi immineat periculum seditionis, aut perversionis ab altero. *Sanchez. lib. 10. de divortio. disput. 17. per totum* : Non est igitur mirum, si leges antiquæ voluerint, ut dissoluto matrimonio ex uno prædictorum criminum conjux jnnocens debuerit proprietatem dotis, vel contradotis liberis communis matrimonii reservare, cùm per talia delicta, quæ modò enumerata sunt, innocenti nulla talis injuria, aut contumelia fiat, qualis fit per adulterium, sodomiam, aut bestialitatem, in quibus delictis criminosus conjux corpus suum alteri conjugi debitum subtrahit, & tam fœdè, & indignè in gravissimam alterius conjugis injuriam ad abusum prostituit, in cujus compensationem innocens conjux lucrum dotis, vel contradotis adipiscitur, & hæc consuetudo canonizata est *in cap. plerùmque. 4. x. de donat. inter vir. & uxor.* Denique jam supra dictum est, quòd hodierno tempore ubique locorum moris, & consuetudinis sit, ut dos, vel contrados, ad innocentem conjugem post alterius adulterium proprietariè pertineat, quæ
Diff consuetudo utique derogat juri communi, & hæc est iterum notabilis differentia inter jus commune, & statutarium : Si tamen benevolus Lector hanc nostram interpretationem admittere velit, quod liberæ ejus voluntati committimus, cùm contentiosi esse prorsùs nolimus. Ex dictis autem

27 Oritur quinta, & quidem iterum notabilis quæstio, an per hanc constitutionem nostram Provincialem liberis præcedentis matrimonii præjudicium fieri possit quoad Auth: *hac Edictali. Cod. de secund. nupt.* vel etiam liberis communis matrimonii quoad legitimam? Res dilucidetur in exemplis: Ponamus igitur, uxorem fuisse adulteram, quæ quidem cum marito suo innocente nullos procreavit liberos, sed ex matrimonio præcedente habet alios. Diximus igitur supra ad *Art. 1.* §. Wäre ihr. *Verf:* Es seye dann / marito secundo titulô lucrativô ex bonis uxoris binubæ plus competere non posse, quàm partem filialem liberorum prioris matrimonii, & quidem minimam tantùm, quæ uni ex liberis contingit : Ponamus igitur, uxorem binubam adulteram in bonis suis tantundem non habere, ut uni liberorum suorum prioris matrimonii æqualis portio cum dote supersit, meritò quæritur, an maritus totam dotem ob adulterium uxoris nihilominùs lucrari possit? Deinde, quoad alterum casum, ponamus, mulierem adulteram genuisse cum ipso marito innocente liberos, qui legitimam suam non consequerentur, si marito integra dos uxoris proprietariè cederet, & proinde in hoc secundo quoque casu non sine causa dubitatur, an nihilominùs marito dos illata proprietariè cedat,& proinde Auth: *hac Edictali*,& legitimæ per adulterium conjugis præjudicium fieri possit? Ratio dubitandi est, quia utriúsque constitutionis favor videtur potior esse, quàm favor modernæ consuetudinis, in cujus contemplatione innocens conjux ob consortis adulteri delictum plus lucraretur de bonis ejus, quàm vel portio *leg. hac Edictali*, vel ipsa legitima jure quasi naturæ debita liberis relinqueret : Deinde conjux innocens dotem, vel contradotem titulo lucroso acquirit, titulus autem lucrosus ex *l. hac Edictali* nec liberis prioris matrimonii, nec liberis comunis matrimonii in legitima præjudicare potest. Sed his non obstantibus : Putamus, contrarium esse dicendum, ut conjux innocens lucretur integram dotem, vel contradotem proprietariè, tametsi illa quoad liberos alterius matrimonii excedat partem filialem, vel ad liberos secundi matrimonii, aut etiam utriúsque legitimam : Ratio hujus rei est, quia, ut supra ad *Artic. 1. Verf. Et hoc ita*, deduximus, tam portio filialis ex *l. hac Edictali*, filiis primi matrimonii debita, quàm ipsa legitima regulanda, & commensuranda est secundùm substantiam, quæ reperitur tempore mortis, substan-

tia

tia autem dotis, vel contradotis supponitur in hoc nostro casu ex bonis adulteri conjugis jam transiisse ad innocentis conjugis dominium, ergò neque in computationem legitimæ, neque in computationem portionis ex *l. hac Edictali* debitæ venire potest. Innocens enim conjux dotem, vel contradotem non accipit tanquam lucrum ex beneficio consortis, sed potiùs pro pœna, ob ejus maleficium ex legis dispositione, ad quam liberi post mortem adulteræ partis tam parùm aliquod jus habent, quàm parùm habituri fuissent, si hæc pœna non ad ipsum innocentem conjugem ratione illatæ injuriæ, sed ad ipsum fiscum vindictâ publicâ transiisset, prout illi, qui in casu spiritualis fornicationis dotem, vel contradotem fisco adjudicant, necessariò fateri debent, illam commissam esse, etsi liberi in sua legitima lædantur, prout de aliis delictis dicendum, & hic ulteriùs deduci supervacaneum est.

Quæritur sextò, an matrimonio propter adulterium quoad thorum, 28
& mensam dissoluto, uxor de bonis suis sine ullo mariti præscitu, & consensu disponere possit? Et videtur distinguendum esse, an divortium factum fuerit propter culpam mariti, vel propter culpam uxoris, si factum est propter culpam mariti, nullum suboriri potest dubium, quin uxor rerum suarum liberam acquirat administrationem, cùm articulus noster expresè dicat, ei omnia esse restituenda, quæ marito attulit, simul cum ipsa contradote: Si igitur articulus præsupponit restitutionem illatorum, necessariò præsupponit, marito ademptam esse illorum administrationē, & proinde eandem uxori independenter à mariti præscitu, & voluntate competere. Si autem separatio, & divortium factum est ex culpa uxoris, non videtur marito adimi posse administratio rerum paraphernalium suæ fidei semel legitimè, vel ex pactis dotalibus, vel ex ipsa actuali illatione constituta, cùm utique innocenti marito propter uxoris delictum à jure sibi legitimè quæsito nihil decedere possit, aut debeat.

Dices, propter divortium ob adulterium uxoris factum, cessare cau- 29
sam, ob quam marito jure nostro statutario in bonis uxoris sibi illatis administratio conceditur, nempè potestas quasi tutelaris, quam maritus in uxorem habet, ita ut uxor sine illius præscitu, & consensu, ut *Artic. 16. hujus Tit.* loquitur, nec quidquam de suis propriis bonis mobilibus, vel immobilibus vendere, oppignorare, vel alio modo alienare, vel juribus suis cum, aut sine juramento renuntiare, transigere, hæreditatem adire, vel repudiare, aut quamcúnque litem suscipere possit, qua potestate maritus se privare videtur, cùm uxorem adulteram à se dimittit; Sibi igitur imputare debet, quòd hanc potestatem amittat, quam facilè retinere potuisset, si reconciliationem cum ea admisisset, sed facilè huic objectioni Responderi potest: Nam, quòd maritus justè dimittendo uxorem propter crimen adulterii privetur potestate sua, quam habet in administrandis bonis illius, hoc nullo jure videtur probari posse, nemo enim censetur renunciare juri suo competenti, nisi hoc expresè dicatur; Præsertim cùm hæc potestas sit potiùs in favorem mariti, quàm in favorem uxoris introducta, quem uxor per delictum suum eidem adimere non potuit. Vid: *Tiraquell. ad ll. Connub. gloss. Consentement. 6. n. 37.* Ubi propter fragilitatem, aut imbecillitatem uxoris marito pro suo commodo procurando, vel incommodo avertendo, plurimis in locis per consuetudinem hanc potestatem concessam esse dicit, ut uxor de rebus suis proprio motu, & nomine nihil disponere, aut de illis litigare possit. Instabis ulteriùs, mariti nihil interesse, an uxor dissoluto matrimonio rebus suis benè, vel malè utatur: Respondeo, imò illius plurimum interesse, maximè, si ex communi matrimonio liberi supersint, pro quibus vigilandi utique patri cura incumbit: Deinde, tametsi supponas, ex communi matrimonio nullos adesse liberos, nihil-

nihilominus marito jus administrationis sibi legitimè concessum aufferri non potest, cùm facilè contingere possit, ut uxor resipiscat, & emendetur, atque post emendationem marito reconcilietur, ut proinde maritus causam habeat, administrationem retinendi, ne uxor, post restitutionem bonorum suorum, occasionem habeat, libidinem suam diutiùs exercendi, & omnem spem emendationis eludendi. Certè, cùm plurimi auctores hujus opinionis sint, quòd uxor per adulterium non solùm dotem, sed etiam paraphernalia amittat, ut hanc opinionem fusè defendit *Joan. Frider. de Solis. de lucro dot. quæst. 32. per totum.* quis dubitabit, quin illi DD. qui marito propter adulterium uxoris proprietatem omnium paraphernalium addicunt, multò magis sint addicturi administrationem legitimè jam semel acquisitam? Cùm planè iniquum sit, ut uxor rea ex delicto suo plus juris post separationem, (quæ non tollit matrimonii vinculum) consequatur, quàm ante separationem in innocentia habuit: Si quis hoc admittere velit, mulieribus matrimonialem directionem pertæsis ad luxuriam aperiet portam, cùm committendo adulterium se facilè à jugo maritali exonerare, & post rerum suarum adeptam administrationem pro lubitu suo, maximè si divites sint, libidini vacare possint. Vid: *modo cit. Joan. Frider. de Solis*, ubi in crimen adulterii, quod nefandissimum, & crimini læsæ majestatis propinquum, furto gravius, & quasi proprii filii occisioni æquale dicit, vehementem invectivam facit, & aliqua exempla adfert libidinosarum mulierem, quæ in aliorum infortuniis delicias quærunt, severissimè punitarum: Cui quidem non subscribimus, sed tantùm hoc addimus, si Moyses servus DEI adulteras uxores lapidare permisit, quòd prædicti DD. faciliùs admittere potuerint amissionem bonorum paraphernalium, quàm ut innocenti marito sine culpa, & causa adimant debitam administrationem eorum: Finaliter tantùm hoc dicimus, prorsùs nobis improbabile videri, quòd uxor adultera marito dissentiente, & vinculo matrimonii reverà permanente, administrationem rerum suarum liberam, & à mariti voluntate independentem ex delicto suo recuperet. *D. Balthasar* contrarium quidem *loc. cit. resolut. 6. n. 30.* sustinet, sed planè ipsius jura allegata nihil convincunt. Primum ejus argumentum est, quòd conjuges post contractum matrimonialem dissolutum sibi invicem non succedant. Sed quid ex hoc infertur, ergò maritus innocens propter uxoris adulterium debet privari administratione sibi in bonis uxoris competente? Hæc consequentia per se clauda est: Item post divortium cessant effectus civiles matrimonii, qualis est, quòd maritus dicatur dominus dotis. *l. doce ancill. 9. Cod. de rei vindicatione:* Certè hic gravissimè erratum est, cùm textus præsupponat, ancillam marito in dotem datam fuisse, & proinde maritum impedire posse, ne uxor illam vindicet, quod per se clarum est, cùm dominium ancillæ tanquam rei dotalis civiliter transiverit in maritum; Sed quid ex hoc sequitur, ergò cessant effectus civiles matrimonii post separationem, & proinde maritus ob culpam uxoris privatur jure suæ administrationis in bonis uxoris? Nemo non videt, hanc consequentiam infirmam esse, imò dicta lex de separatione conjugum nec verbum dicit, & si supponas, maritum sine separatione matrimonii uxoris vindicationem ancillæ in dotem datæ impedire posse, multò magis concedere debes, post separationem matrimonii ex causa adulterii conjugis maritum vindicationem ancillæ impedire posse, cùm post adulterium, & separationem matrimonii ipse dominium dotis non tantùm civiliter habeat, sed pleno jure acquirat. Tertiò valdè debile argumentum est, si uxor à marito discedit propter sævitiem, & adulterium committat, maritus non habet actionem ad consequendam dotem, & multò minùs ad amissionem rerum paraphernalium, ergò etiam non habet administrationem bonorum uxoris, si ipsa adultera, & propter adulterium separata, maritus autem

pror-

prorsùs innocens sit. Tametsi enim hæc sententia, quòd adulterium uxoris excusetur per sævitiem mariti, sit valdè improbabilis, ut videre est apud *Farin. in sua pract. crimin. part. 4. tit. 16. quæst. 142.* Hæc tamen magis inconcludens sequela est: Maritus culposus propter sævitiem non retinet civiles effectus matrimonii post adulterium uxoris, ergò etiam maritus innocens non retinet. Quis enim non videt ineptitudinem illationis? Quartò, maritus post separationem ob amaritudinem, & rancorem animi semper erit impedimento, ne uxor etiam in suam utilitatem, & quidem pro alimentis necessariis in rebus suis aliquam dispositionem facere possit; Ad quod Respondetur, quòd alimenta semper ipsi debeantur, prout paulò post sequetur, sed eâdem, & potiori facilitate præsumi potest, uxorem ejusmodi libidinosam substantiâ suâ magìs malè, quàm benè usuram, prout jam præmisimus, convenientius igitur est, ut careat administratione rerum suarum, & hoc remedio ad emendationem reducatur, quàm iis in graviorem mariti injuriam, & contumeliam ad luxuriam, & turpitudinem suam abutatur. Quintò, auctoritas Tiraquelli hac in parte nihil ad rem facit, nam *loc. cit. ad ll. connub. gloss. 6. in verb. Consentement*, de nostro casu, quòd scilicet uxor adultera post separationem recipiat bona sua paraphernalia cum plena, & libera dispositione, & maritus administrationem amittat, nec verbum dicit, sed tantùm *n. 39.* in verbis generalibus allegat, quòd consuetudines Franciæ, quæ reponunt uxores in potestate maritorum, illisque denegant jus contrahendi, aut in judicio litigandi sine consensu maritorum, locum non habeant, si facta fuerit bonorum separatio, tunc enim eis liberè licere contrahere, vel litigare sine consensu, vel auctoritate mariti; Quod nos libenter admittimus, si videlicet separatio bonorum fiat cum utriusque conjugis bona voluntate, v. g. si consentiant, ut unus vel alter, vel utrique separatim habitent, vel religionem ingrediantur, tunc enim maritus consentiendo, ut uxor bona sua recipiat tam dotalia, quàm paraphernalia, utique administrationem sibi competentem remittit: Similiter, quando maritus per adulterium in causa est, ut fiat separatio quoad thorum, & mensam: Nam & in hoc casu uxor ab ejus potestate, & consequenter ab obligatione de bonis suis sine mariti voluntate, & præscitu nihil disponendi, liberata est, ut jam priùs diximus; Quòd autem uxor adultera, in præmium scilicet gravissimi sui delicti, consequatur liberam dispositionem rerum suarum, independentem à mariti præscitu, consensu, & auctoritate, id mihi nemo persuadebit, nec Tiraquellus unquam somniavit: Imò, quòd maritus innocens post divortium, uxoris culpâ causatum retineat res uxoris, & earum administrationem, præter superiùs allata evidenter ex hoc nostro articulo probo, nam Ecce! Cùm articulus loquitur de casu, quo maritus per adulterium ad separationem causam dedit, prægnantissimis verbis dicit, quòd uxori, præter lucrum donationis propter nuptias, dos, & omnia alia sint restituenda, quæ recepisset, si maritus fuisset mortuus: Sed, cùm loquitur de altero casu, quando scilicet uxor per adulterium separationem causavit, disponit quidem, quòd uxor dotem, & morgengebam amittat, nec verbo tamen mentionem facit, quòd extra dotem, & morgengebam reliqua bona sua paraphernalia recipere possit, aut debeat, quod manifestum indicium est, uxori adulteræ jus repetendi, sive recipiendi bona sua extradotalia mariti administrationi legitimè commissa, non competere, quis enim dubitat, si hæc fuisset intentio legislatoris, quin illam æquè ut in primo casu clarè expressisset? Ex quo inferimus, si uxor adultera separationem bonorum suorum extradotalium petere non possit, quòd ex ipsa Tiraquelli doctrina nullam liberam in iis, & à mariti voluntate, & auctoritate independentem dispositionem habeat, cùm Tiraquellus expressam separationem præsupponat.

Et ex hoc sequitur, quòd etiam D. Balthasaris ultimum argumentum desumptum ex *Art. 16. hoc Tit.* nullius efficaciæ sit, ubi sic ratiocinatur; Uxor in bonis suis receptitiis habet liberam administrationem, & dispositionem à marito independentem, ergò etiam in bonis separatis post divortium: Respondetur enim cum supradicta distinctione, si separatio bonorum facta fuerit cum bona voluntate utriusque conjugis, vel ex culpa mariti propter adulterium, ut ipse *Balthasar. loc. cit.* in fine agnoscit: Ultrò concedo, sed, si divortium factum fuit ex culpa uxoris, simpliciter nego: Nam illa hanc liberam, & à marito independentem dispositionem non consequitur, cùm separationem petere, aut marito innocenti jus suum auferre non possit.

31 Pro Coronide hujus quæstionis singulariter observandus est casus, quem ponit *gloss. in cap. plerúmque. 4. x. de donat. inter vir. & uxor.* Ubi quærit, si uxor alicujus constante matrimonio adulterium fecerit, & propterea dotem amiserit, an ex postfacto, si constiterit, matrimonium esse prorsùs irritum, & invalidum, fortè quia in prohibito gradu consanguinitatis bona fide, & ignoranter contraxerunt, dotem repetere possit? Et Respondet, quòd sic, cùm enim matrimonium sit ipso jure nullum, etiam dotis constitutio, & illatio est nulla, quia dos sine matrimonio esse non potest, & sicut in effectu talis putatitia uxor adulterium reverà non commisit, ita nec dotem amittere poterit, cùm amissio dotis præsupponat verum adulterium: Sed, quid de morgengeba dicendum? remanétne illa apud putati-
32 tium maritum? Et nos putamus, quòd morgengeba mulieri debeatur; Præsupponimus enim, putatitiũ hoc matrimonium fuisse bona fide consummatum, ergò debetur uxori putatitiæ pro præmio virginitatis morgenatica, quam per putatitium adulterium tam parùm amittere potuit, quàm ex mente glossæ dotem amisit. Alium casum habet *Joan. Frider. à Solis. de dote, & ejus lucro. quæst. 33.* Ubi quærit de vidua fornicante, qui casus huc non pertinet.

33 Interim uxori debentur alimenta: Cùm enim supra dixerimus, maritum, qui lucrum solius dotis percipit, obligatum esse ad præstanda uxori adulteræ alimenta, si aliàs prorsùs nihil in bonis habeat, unde sine turpi quæstu vivere possit, multò magìs dicendum est, ipsum teneri ad præstationem alimentorum, si eidem etiam concedatur retentio, & administratio paraphernalium.

34 Quæritur septimò, an pro amissione dotis, vel contradotis requiratur vera probatio adulterii? Recordamur, ante plures annos, cùm adulteria, & fornicationes frequentiores essent, ita, ut probationes ferè nunquam fuerint concludentes (quod in ejusmodi delictis occultis difficillimum est) in propositionem venisse, annon decretum fieri possit, ut ij, qui delictum pertinaciter negant, & tamen propinquis, & violentis indiciis reperiuntur gravati, hoc ipso possint tanquam adulteri, vel fornicatores puniri? Lepidam historiam majoris exsplicationis gratiâ subjungo, cùm enim quidam dives hospes, qui uxorem suam malè habuit, & ancillam suam cellariam benignis oculis aspexit, & plus propriâ uxore adamavit, aliquando fuerit deprehensus solus cum sola in cella vinaria inclusus, in carcerem missus est, & ad examen Judicis deductus, ubi, cùm interrogaretur, an cum ancilla peccaverit, constanter respondit, se hoc negare non posse, veruntamen contradicere: Verba Germanica hæc fuerunt: Ich laugne es nit / widerspriche es aber; Quærebatur igitur, quid de hac confessione Judiciali dicendum sit? An pro condemnatoria, vel excusatoria habenda? Ego tunc temporis præsens in Consilio Aulico malitiam subesse suspicans, eum arctiùs examinari feci, quam differentiam inter negationem, & contradictionem ponat, tunc, nescio, an ex proprio motu, & malitia, vel ex suggestio-

ne advocati, & causidici sui respondit, se innocentem esse; & responsum suum ita accipiendum, ut velit dicere, delationem esse falsam, non verò, ut velit suos delatores, aut se ipsum arguere mendacii. DD. Assessoribus res videbatur ridicula, sed tamen egregiè pecuniariâ pœnâ coërcenda. Si igitur quæramus, an statutum, vel decretum puniens adulterum, vel adulteram ex solis suspicionibus, & indiciis adulterii propinquis, se etiam extendat ad amissionem dotis, & contradotis, & aliorum effectuum, qui oriuntur ex injuria, & contumelia innocenti conjugi illata? Et Respondendum nobis esse videtur, si innocens conjux contra consortem propinquis indiciis, & suspicionibus gravatum nihil opponat, sed negotium ex officio Judicis per modum inquisitionis procedat, quòd ejusmodi injuriarum, & contumeliæ pœnis locus esse non possit: Ratio est clara, vel enim innocens conjux de propinquis indiciis informatus diffamationi non credidit, vel, si credidit, pro honore uxoris dissimulavit, & pro consequenda dote actionē civilem non instituit, in utróque enim casu censetur injuriam, & contumeliam sibi illatam remisisse, nec publica vindicta, quæ non ex rei veritate, sed ex nudis suspicionibus, & indiciis sumitur, potest esse conjugibus præjudicio.

Sed, si innocentis conjugis animus ad vindictam sumendam publicam concurrat, & ipse propterea ad divortium, & separationem quoad thorum, & mensam provocet, distinguendum est, an talia propinqua, & violenta indicia fuerint adducta, ex quibus Ecclesiasticus Judex, ad quem causa divortii pertinet, ad separationem procedere potuerit, vel non? Si non potuit procedere, fortè, quia indicia non satis videbantur urgentia, & violenta, certè lucro dotis, vel contradotis locus esse non potest, tametsi Judex sæcularis secundùm mandatum, vel decretum publicè emanatum ad infligendam pœnam pro vindicta publica processerit: Ratio est, quia lucrum dotis, vel contradotis dependet à sententia divortii, divortio autem non secuto, civiles istæ pœnæ tanquam appendix divortii evanescunt: Exemplum ponamus ex proposito casu, de invento cum cellaria in loco suspecto, & concluso. Tametsi igitur hoc non habeatur pro indicio sufficienti, ut separatio quoad mensam, & thorum fieri possit, tamen, si lex civilis statuat, conjugem talibus indiciis convictum, mulctari posse centum libris, umb 100. Pfundt Pfenning / vel tribus vicibus poni ante foras Ecclesiæ cum ardenti lumine (prout apud nos moris est) tamen hæc executio insufficiens est, ut faciat conjugem sic adulterum amittere dotem, vel contradotem, aut consortem illius acquirere lucrum dotis, vel contradotis, quia præsupponitur hæc probatio in foro Ecclesiastico insufficiens esse ad separationem matrimonii. Vid. de hac materia *Sanchez. loc. cit. disp. 12. à n. 39. usque ad fin.* Ubi docet, cùm adulterium fiat clanculùm, & in secreto, ejúsque vera probatio sit difficillima, quòd dissolutio matrimonii etiam ex indiciis, sed valdè propinquis, & violentis fieri possit, de quibus tanquam alieni fori nos non disputamus, sed tantùm hoc dicimus, quòd post separationem à Judice Ecclesiastico legitimè factam primùm locus sit innocenti conjugi ad dotem, vel contradotem eo nomine lucrandam. 35

Quæritur igitur nunc ultimò, ubi conjux innocens, pro consequenda proprietate dotis, vel contradotis, actionem suam instituere debeat, an apud Judicem Ecclesiasticum, vel apud Judicem sæcularem? Et distinguendum est, an actio, vel petitio amissæ dotis, vel contradotis ob adulterium consortis, immisceatur in ipso processu separationis conjunctim, vel ante, aut post processum divortii, & separationem proponatur separatim? In primo casu, cùm causa separationis tanquam principalis pertineat ad Judicem Ecclesiasticum, ipse etiam cognoscere potest de accessorio, id est de acquisitione dotis, vel contradotis, simultaneè proposito; Si autem actio de do- 36

te, vel contradote consequenda proponatur separatim, pertinet ad Judicem sæcularem, ita tamen, si ante separationem instituta fuit, ut exitum processus Ecclesiastici de divortio, vel separatione exspectare debeat, quamvìs multi sint, qui etiam separatam hanc actionem mixti fori esse arbitrentur, ita, ut præventioni Judicis Ecclesiastici, vel sæcularis locus sit, Vid. *Ant. Gomez. ad l. Tauri. 50. n. 23. Molin. lib. 2. de Primogen. cap. 15. n. 56. Sanchez. loc. cit. disp. 8. n. 15.* Dices, quòd conjux innocens juxta Th: & Canonist: propter adulterium consortis sibi cognitum divertere possit ante sententiam divortii, vel separationis, ergò etiam sequi, quòd Judex sæcularis super lucro dotis, vel contradotis pronunciare possit, non exspectatâ sententiâ divortii, vel separationis: Ad quod Respondemus, quamvìs Theologi in foro conscientiæ ob adulterium innocenti conjugi sufficienter cognitum in quibusdam casibus, sine sententia Ecclesiastica secessionem admittant, tamen in foro exteriori, & civili idem nullo modo obtinet, quia articulus noster requirit, daß die Ehe-Leüth geschevden worden / id est judicialiter, nit daß sie sich selbst geschaiden / oder vilmehr separiert haben; Posterius toleratur tantùm in foro conscientiæ ad majora damna evitanda, prius pro lucro acquirendo requirit judicialem cognitionem, & dijudicationem, Vid. *D. Balthasar. loc. cit. n. 18. Molin. de Just. & Jur. tract. 3. disput. 90. n. 8.* & alii passim.

Der Sibendte Articul.

Hat ein Frau einen Mann / was Standts er sey / welcher also ungerathen wäre / daß er seinem Weib unnd Kinderen / das Guet / es seye seyn / oder seines Weibs / unendlich unnd bößlich anwürdet / die soll mit jhren Freunden zu jedes Orts Obrigkeit gehen / unnd vor derselben / wie recht ist / wahr machen / und beweisen / daß jhr Mann / jhr unnd jhren Kinderen das Guet unnützlich verthue / oder unendlich anwerde / Wo sie dann solches beybringt / soll jhr die Obrigkeit zween auß den nechsten Freunden zu Pflegern geben / die sich deß Guets auff ein Inventari underwinden / biß so lang man sicht / daß jhr Mann gut will thun. Es soll auch die Obrigkeit hierinnen jhr Schirmer seyn / und ob gleichwol die Frau noch jhre Freund (welche dann ebenfals / auch ohne der Frauen Willen / solches zuthuen befuegt) nit klaget / sonder die Obrigkeit dessen Erfahrung hätte / soll nichts desto weniger das jenig / wie gehört / gegen einem ungerathnen Mann Ambts halben fürgenommen werden.

SUMMARIA.

1. *Quando dos constanti matrimonio repeti possit?*
2. *Quid si maritus ad inopiam vergat, & prodigus sit?*
3. *An hoc etiam in nobilibus personis locum habeat?*
4. 5. & 6. *Quid si maritus sua tantùm dilapidet, non uxoris bona?*
7. *Quomodò tutores petendi sint marito prodigo, & à quibus?*
8. *Quomodò prodigalitas mariti probanda?*
9. *An per consanguineos, vel propinquos?*
10. *An inopia mariti necessariò probanda sit, vel ut incipiat venire ad inopiam?*
11. *An curatores prodigi mariti inventarium conficere debeant?*
12. *An etiam nobiles personæ, si ejusmodi curatores constituantur?*

13. An mulieres post prodigalitatem mariti jus habeant de bonis suis pro lubitu disponendi?

14. Cur uxori alij curatores adjungendi sint?

15. & 16. Cur mulier possit esse tutrix liberorum, & non sui mariti?

17. An, mortua uxore viri prodigi, liberis idem jus competat, quod habuit eorum mater?

18. Quamdiu duret curatela mariti prodigi?

19. An maritus se à curatela per præstationem cautionis liberare possit?

QUòd articulus iste ex antiquissimo libro statutorum Bavaricorum desumptus sit, ipsa verba antiquæ corruptæ Germanicæ linguæ demonstrant; 1
Antiquus textus ita habet in *Cap. 11. Art. 9.* Hått ein Frau einen Mann auff dem Land / der also vngerathen wåre / daß er der Frauen vnnd jhren Kinderen das Guet vnendlich anwurde / die soll mit jhren Freunden / vnnd Nachbauren weisen / daß jhr Mann also vnendlich seye / so soll jhr der Richter zween jhrer nechsten Germagen geben zu Pfleger / vnnd die sollen sich deß Guets vnderwenden / biß daß man sicht / daß der Mann recht will thun / vnnd soll der Richter jhr Schirmer darauff seyn: Ist es in einer Statt/ so soll man es nach deß Raths heissen also thun / vnd soll der Rath / Schirmer seyn. Et hæc dispositio convenit cum iis, quæ DD. de jure communi scribunt ad *l. si constante. 24. ff. sol. matrim. l. servum dotalem. 21. ff. de manumiss. servor. l. in rebus. 30. Cod. de Jure dotium. Auth. de æqualitate dot.* §. *illud.* Ubi communiter tradunt, tametsi regulariter constante matrimonio dos repeti non possit, *l. rebus.* §. *omnis. ff. de Jure dotium. l. unica C. Si dos const. matrimon. redd. fuer.* per rationem, quia dos oneribus matrimonii deservire debet, *l. si pater. ff. de Jur. dot. l. pro oneribus. Cod. eod.* & ideò de dote repetenda uxori constante matrimonio nulla actio competat, quòd tamen hæc regula notabilem exceptionem admittat, nisi maritus ad inopiam vergat, & hoc tam ex jure antiquo *l. si constante. 24. ff. sol. matrim.* quàm ex jure novellarum. *dict. auth. de æqual. dot. &c.* §. *illud*, sive ex culpa, aut prodigalitate sua, sive sine culpa per infortunium, vel alium casum fortuitum (*And. Gail. lib. 2. obs. 83. & Bernh. Grævæus. ibidem ad Gail.*) jam ipso facto inopiam incurrerit, sive incurrere incipiat: Nos manebimus in terminis nostri articuli, qui tantùm loquitur de viro prodigo, von einem vngeradnen Mann / Verschwender / vnd Geütter / de altero membro, quando maritus vergit ad inopiam sine sua culpa per infortunium, videbimus *in Art. seq.* Dicitur autem prodigus, qui suam, & uxoris substantiam sine fine, & malitiose profundit, der sein / vnnd seines Weibs Guet bößlich / vnnd vnendlich anwird / quod convenit *l. 1. ff. de Curat. furios.* Ubi J. C. prodigum definit, qui bona sua dissipando profundit, nec ullum expensarum modum, tempus, aut finem habet, *Manz. ad tit. 12.* §. *2. Inst. quib. non est. permiss. n. 4. Speidel. in specul. suo.* Verb: Verschwender / & hoc significat verbum articuli nostri, vnendlich / quod non indicat infinitatem, sive infinitum, sed dilapidationem bonorum sine fine, & modo. De his igitur articulus noster disponit, ut innocentis uxoris causâ, curatores constitui debeant, de qua constitutione curatorum, der Pfleger / nunc aliqua specialiter notanda sunt. Et quidem 2

Primò, tametsi antiquum jus Bavaricum tantùm loquatur de discolis viris, sive prodigis, von den vngerathnen Månneren / in pagis, auff dem Land / vel civitatibus, in den Ståtten / adeóque videatur tantùm ad plebejas personas restringendum, quòd tamen articulus noster exprefsè idem statuat de personis nobilibus, in verbis, was Standts er seye / quod rectissimè factum esse, experientia docet, cùm plurimæ illustres, & nobiles familiæ per commessationes frequentes, tempore puerperii, dedicationis Eccle- 3

 siæ,

siæ, & aliarum ejusmodi festivitatum institutas ad inopiam, & paupertatem devenerint.

4 Secundò notandum est, quòd articulus noster loquatur non tantùm de eo casu, quando maritus dilapidat bona uxoris, sed etiam quando dilapidat bona propria: Dicimus ergò, quòd uxor non solùm possit Judicem adire, & petere, ut marito interdicatur rerum suarum administratio, eique curatores constituantur, quando prodigit uxoris bona, sed etiam quando prodigit sua propria, quia, sicut de jure communi exactio dotis constante adhuc matrimonio uxori indulgetur, quando maritus labitur facultatibus, ad duplicem finem, ne uxor fiat indotata, &, ut fructibus rerum suarum ad sustentationem tam sui, quàm mariti filiorúmque, si quos habet, conformiter *l. ubi adhuc. 29. Cod. de Jur. dot.* uti, & frui: imò & res proprias mariti, quæ sibi pro dote, donatione propter nuptias, paraphernalibus, & alimentis sunt obligatæ, ad extraneos alienatas persequi possit, *dict. l. ubi adhuc. 29. de Jur. dot.* Ita multò magìs eidem indulgetur, & conceditur, ut, causâ adhuc salvâ, per constitutionem curatelæ sibi vigilare possit.

5 Notandum est tertiò, quòd hoc non tantùm procedat in dote, sed etiam in paraphernalibus uxoris bonis, quia eadem ratio in illis obtinet, cùm bona mariti non minùs pro paraphernalibus, quàm pro dotalibus bonis uxori tacitè obligata, & hypothecata sint.

6 Notandum est quartò, licèt de Jure communi disputetur, an curatela prodigi sit legitima, vel dativa, ut videre est apud *D. Ignatium Rath. ad tit. 23. lib. 1. Inst. de Curator. n. 59. & seqq.* tamen curatelam hanc de jure nostro Statutario dativam esse, nemo dubitare potest, cùm articulus expressè dicat, quòd Magistratus, die Obrigkeit / debeat uxori ex proximis consanguineis duos curatores dare, quæ verba utique dativam curatelam præsupponunt. Imò

7 Quod pro quinto notandum: Tametsi antiquum jus nostrum statutarium soli uxori injunxerit necessitatem petendi curatores, cum adjunctione propinquorum, & consanguineorum, quòd tamen articulus noster disponat, ut, uxore officium suum negligente, etiam propinqui, & consanguinei separatim constitutionem curatelæ procurare possint: Et, his quoque cessantibus, Judex, & magistratus ordinarius curatelam ex officio constituere debeat: Ratio hujus rei est, quia Reipublicæ interest, ut nemo re sua malè utatur, maximè in præjudicium conjugis suæ, & liberorum suorum, quibus alimenta debet, ut suo loco ad *Artic. 2. Tit. 5. & Artic. 9. Tit. 13.* pluribus dicemus.

8 Observandum tamen est sextò, quòd Judex, vel ad instantiam uxoris, aut propinquorum, & consanguineorum, vel ex officio, maritum pro prodigo declarare, ei bonis interdicere, aut curatores constituere non possit, nisi prodigalitas mariti probetur, ehe diß / wie recht ist / wahrgemacht / vnd bewisen ist / ut loquitur articulus, *in Vers.* Die soll. Quæ autem sufficiens sit de Jure probatio, inter DD. controversia est: *And. Gail. loc. cit. n. 12.* distinguit, an uxor agat contra maritum ad repetitionem dotis, & paraphernalium suorum, vel an agat contra extraneos pignorum possessores hypothecariâ: In posteriori casu requirit plenam probationem: In priori casu putat, opinionem vulgi, & semiplenam probationem sufficere, cui tamen *Bernh. Gravæus. loc. cit. consid. 1. n. 4. & seqq.* fortissimè contradicit, & nos quoque ejus sententiæ accedimus, per *text. express. in l. si cùm dotem. 22. §. sin verò. ff. sol. matrim.* Ubi lex præsupponit, maritum manifestum dissipatorem esse. Et per text. *in l. si constante. 24.* Ubi ad repetitionem dotis exactio non conceditur, NB. nisi evidentissimè apparuerit, mariti facultates non sufficere ad dotis restitutionem, quos textus, cùm generaliter loquan-

quantur, ad extraneos restringi, nostra opinione non licet; Certè noster articulus requirit probationem, wie recht ist / quem terminum interpretari non possumus, nisi de plena probatione.

Interim pro septimo notetur, quòd prodigalitas mariti non necessariò 9
debeat probari per ipsos consanguineos, vel propinquos, sed quòd possit etiam probari per alios homines fide dignos, ut antiqua statuta loquuntur, mit ihren Freunden / vnd Nachbauren / cùm subinde vicinis prodigalitas mariti possit esse magìs nota, & cognita, quàm consanguineis; fugiunt enim ejusmodi dilapidatores, & helluones sibi sanguine junctos, & veros amicos, & consortium faciunt cum sui similibus.

Observandum est octavò, quòd tamen ad prodigalitatem probandam 10
non requiratur, maritum jam ad inopiam devenisse, sed sufficere, quòd incipiat ad inopiam vergere, quia curatela, sive custodia inutilis est, ubi nihil ampliùs in bonis mariti superest, vel certè minus, quàm ut uxori pro bonis dotalibus, vel paraphernalibus satisfieri, ac eidem, & liberis alimenta præstari possint, *dict. Auth. de æqual. dot. &c.* §. *illud. Gail. loc. cit. n. 11.* Ubi expressè loquitur, repetitioni dotis locum esse, quando maritus incipit labi facultatibus, non quando penitùs obæratus, & ampliùs solvendo non est.

Observandum est nonò, quòd curatores viro prodigo constituti inven- 11
tarium conficere teneantur: Ratio est, quia hoc in omni tutore, & curatore requiritur, ut ante omnia inventarium conficiat rerum ad suam administrationem pertinentium, quomodò autem illud fieri debeat, plenè habetur in *l. tutor, qui repertorium. ff. de administ. tut.* Ubi dicitur, illud fieri debere per publicum instrumentum coram Judice, & cum ejus decreto: Item quòd illud esse debeat purum, liquidum, & clarum, & in eo describi omnia bona tam mobilia, quàm immobilia, præsentia, & futura, per signa, & confinia, cum æstimatione, seu valore eorundem. *Mynsing. cent. 6. quæst. 39. per tot.*

Notandum tamen est decimò, cùm de Jure nostro Bavarico, ut suo loco 12
dicemus, propinqui, & consanguinei defunctæ nobilis personæ inventarium conficere possint sine auctoritate Judicis, quòd nostra opinione idem dicendùm sit de consanguineis nobilium prodigorũ, quia nobiliũ instrumenta pro publicis reputantur, ut proinde Judiciali auctoritate non indigeant.

Ex his autem, quæ jam diximus pro exsplicando hoc titulo, oritur u- 13
na, vel altera quæstio satìs anceps, & difficilis: Prima est, cùm jura communia in citatis legibus, marito per prodigalitatem ad inopiam vergente, uxori repetitionem dotis, & aliorum bonorum suorum paraphernalium, etiam constante matrimonio concedant, an mulier ea ad se recipere, & propria auctoritate in & extra judicium de illis disponere possit? Videtur dicendum, quòd sic, cùm enim uxor, ut ad præcedentem articulum diximus, post mariti adulterium, tametsi vinculum matrimonii maneat indissolutum, rerum suarum plenariam consequatur administrationem, & dispositionem, cur non idem fiat, quando maritus per prodigalitatem suam se administratione rerum uxoris vel indignum, vel incapacem fecit? Deinde DD. communiter tradunt, quando mulier ob prodigalitatem mariti repetit bona sua dotalia, & paraphernalia, quòd nullam habeat quidem licentiam, ea alienandi vivente marito, & matrimonio inter eos subsistente, sed fructibus eorum ad sustentationem suam, & filiorum tantùm utendi, ut est *text. apert. in dict. l. ubi adhuc. 29. Cod. de Jure dotium*, possit tamen, si industriosa sit, illa administrare per *text. in l. mutus. 23. vers. manente. ff. de Jure dotium.* Ubi conceditur uxori NB. non perdituræ, id est vigilanti, & industriosæ, si maritus mutus, surdus, cœcus, aut, ut Doctores supplent, ob morbum vel aliam causam ad administrationem inutilis sit,

ut

ut dotem administrare, se suósque alere, fundum idoneum emere, parenti in exilium, vel insulam relegato alimenta præstare, aut etiam egentem virum, fratrem, sororémque sustinere possit. Sin verò uxor in rem domesticam minùs sit studiosa, & industria, aut ad regendam familiam inepta, volunt, sequestrandam esse dotem, ut saltem per sequestrationem uxori, & liberis, ejúsque propinquis solatium remaneat, per *text. express. in dict. l. si cùm dotem. 22. §. 8. vers. sin verò. ff. sol. matrim.* Sed planè nobis videtur, vi hujus nostri articuli uxori neque in bonis prodigi mariti, neque in suis propriis administrationem competere, neque ulli sequestrationi locum esse, cùm articulus expresse disponat, ut vel ad instantiam uxoris, aut consanguineorum debeant curatores constitui, aut uxori, & consanguineis petitionem negligentibus ab ipso Judice ex officio dari: Ex quo Colligitur, quòd Statuta nostra Bavarica mulieris administrationem voluerint excludere; quod elucet ex verbis nostri articuli, quæ non disponunt, ut marito prodigo curatores constituantur, sed ut, marito ad prodigalitatem vergente, ipsi uxori curatores dentur: Soll jhr / inquit textus, die Obrigkeit zween auß den nechsten Freunden zu Pflegeren geben / præsupponit igitur articulus, quòd ipsa mulier curatrix, aut administratrix esse non possit: Et

14 *Diff.* hæc est iterum notabilis differentia inter jus commune, & jus nostrum Provinciale, cujus rei ratio esse videtur, quia uxor juxta *Artic. 16. hujus Tit.* ut jam priùs diximus, est sub potestate mariti, à qua per prodigalitatem non liberatur, sicut igitur sine prodigalitate mariti de rebus suis absque illius voluntate, & consensu nihil disponere potest, ita eâdem potestate post prodigalitatem radicaliter semper manente, & solumodò tantisper, donec resipiscat, suspensâ, ob fragilitatem, & imbecillitatem suam, quæ hujus potestatis maritalis causa est, administratione rerum suarum habere non potest, ne ipsa fortè per imprudentiam rebus communis matrimonii magis noceat, quàm maritus per prodigalitatem: Et hinc rectè articulus dicit, quòd mulieri curatores constituendi sint, qui in potestatem maritalem subintrant, ut uxor sine illorum præscitu, & voluntate de rebus suis propriis, multò minùs de rebus mariti prodigi quidquam disponere possit.

15 Dices, in *Art. 3. Tit. 5.* disponi, quòd vidua liberorum suorum tutrix, & administratrix esse possit: Multò magis igitur videtur curatrix esse posse in bonis mariti prodigi, & in bonis suis propriis administratrix. Respondemus, ut uxor liberorum suorum tutrix esse possit, distinguendum esse, an fuerit ei à defuncto marito tutela in testamento commissa, vel in pactis dotalibus concredita, & in hoc casu tutrix quidem esse potest, sed non aliter, nisi ut ei adjungantur duo assistentes, quorum consilio negotia pupillaria tractet, & expediat: Si autem neque testamento, neque pactis dotalibus tutela ei commissa est, tutrix quidem liberorum esse potest, sed eidem adjunguntur duo alii contutores, ita ut potestas illius in administratione rerum pupillarium sit sufficienter restricta, ut videbimus ad prædict. *Art. 3.* Nulla est ergò bona illatio: Uxor in bonis liberorum suorum aliqualem, & restrictissimam tutelarem administrationem habet, ergò in bonis mariti prodigi, & suis cum maritali substantia permixtis habet plenam, & independentem administrationem, sive curatelam: Diximus supra, tutelam mariti prodigi dativam esse, ergò ad mulierem, sive uxorem non pertinet, sed ad consanguineos, quos magistratus ordinarius vel ad instantiam uxoris, & propinquorum, vel proprio motu ex officio deputavit. Profectò raró invenitur prodigus maritus, cui non assimiletur consors conjugii, bibulam enim faciliùs invenies, quàm bibulum, cùm maxima ex parte prodigalitatis, & ruinæ rei domesticæ causa esse soleat bibacitas, juxta Germanicum proverbium: Leert der Mann die Krüg / leert das Weib die Häfen.

Nec

Nec quidquam obstant duo argumenta superiùs in contrarium allata, nam, Respondendo ad primum, ultrò quidem concedimus, quando propter adulterium mariti divortium fit, quòd uxori cum lucro donationis propter nuptias restitui debeant omnia bona dotalia, & paraphernalia, cum plenissima rerum suarum administratione, & dispositione: Ratio est, quia recipit ea, ut articulus præcedens dixit, tanquam si maritus mortuus fuisset, liberata est autem per mortem mariti ab ejus potestate, & sic etiam per divortium culpâ mariti procuratum: At prodigalitas mariti non est modus uxorem liberandi à potestate maritali, aut separationem utriúsque conjugis impetrandi, cùm sibi invicem, non obstante crimine prodigalitatis (sicut supra de aliis criminibus diximus) cohabitare, & communi thoro, ac mensa uti debeant, ergò, salvo quoad omnia matrimonii vinculo, tali remedio opus fuit, ut uxori quidem de indemnitate rerum suarum dotalium, & paraphernalium, sed simul etiam futuræ liberorum, & conjugum sustentationi provideretur, quod meliùs fieri non potuit, quàm per constitutionem curatelæ de familia propinquorum, & consanguineorum, raro enim invenies mulierem, ut loquitur *l. mutus. 23.* non perdituram. 16

Ad secundum argumentum ex prædicto text. *l. mutus*, Respondemus, quòd de jure nostro statutario etiam uxor mariti muti, surdi, & cœci curatrix, & administratrix esse non possit, juxta *Tit. 5. Art. 11.* qui disponit, ut illis æquè, ac prodigis à Judice curatores constitui debeant, ergò uxor legitima curatrix non est: Et licèt textus in *l. mutus* dicat, quòd uxori ob has causas dos reddi possit, non tamen dicit, quòd reddi debeat, prout glossa *in litt. Q.* benè advertit, inquiens, quòd maritus invitus dotem reddere non cogatur, nihil ergò ex hoc textu contra opinionem nostram concludenter inferri potest. Uno verbo, mulieres in Patria nostra minorem æstimationem, & fidem habent, quàm in jure communi, intuitu cujus potestati maritali non sunt ita subjectæ, ut eas *Art. 16.* Statutorum nostrorum Provincialium subjicit, & omnem negotiationem tam in, quam extra judicium iisdem in bonis suis interdicit: Ex quo principio hæc differentia *Diff.* Juris Communis, & Juris nostri Statutarii, quam nunc plenè exsplicavimus, profluit.

Secunda quæstio est, si maritus ita prodigaliter vivat, ut incipiat vergere ad inopiam, uxor autem præmortua fuerit, an liberis idem jus competat, quod ex *l. ubi adhuc. 29. Cod. de Jur. dot.* & aliis supra allegatis textibus uxori competere diximus? Et Respondet *Ant. Faber. ad tit. 34. Cod. de bonis. mater. defin. 5.* quòd non: Ex duplici ratione: Primò, quòd inter patrem, & filiumfamiliâs nullum judicium exerceri possit, *l. lis nulla. 4. ff. de Judicijs. l. Imperator. 50. ff. ad S. C. Trebell.* Secundò, quòd, soluto matrimonio per mortem uxoris, ususfructus omnium bonorum maternorum ad patrem pertineat, ita, ut etiamsi bona constante matrimonio mulieri pro securitate dotis tradita fuerint, ad maritum pleno jure revertantur, & consequenter in ea, eorúmque fructus mariti creditoribus persecutio denegari non possit: Sed, quidquid sit de hac dispositione juris communis, quam non impugnamus, nos putamus, nihil obstare, quin liberi defuncta matre, marito per prodigalitatem ad inopiam vergente, beneficio hujus articuli uti, & æquè, ac si mater adhuc viveret, constitutionem curatorum petere, ac impetrare possint. Ratio est, quia articulus potestatem curatores petendi, & impetrandi, si mulier id neglexerit, propinquis, & consanguineis tribuit, ergò eadem potestas defuncta matre etiam liberis competit, quia utique propinquiores consanguinei uxoris non sunt, nisi ejus liberi, nec potest hoc impedire juris prohibitio in *l. lis nulla. 4. ff. de Judicijs*, cùm petitio curatorum non fiat per modum actionis, sed per implorationem officii Judicis, quis enim tam inhumanus esset, ut sineret liberos 17

Bayerische Staatsbibliothek München

fame perire ex hac ſola cauſa, quòd poſt mortem matris ejus bona apud patrem propter prodigalitatem ſuam ad inopiam vergentem jure actionis perſequi non poſſint? Ut loquitur idem *Faber. loc. cit. definit. 6.* Subtilitas hæc eſt, quâ dicunt, ſoli uxori, marito ad inopiam vergente, repetitionem dotis, & aliorum ſuorum bonorum concedi, non liberis, quam, ſi ex ſupradictis in remedium petendæ curatelæ vi ſtatutorum noſtrorum tranſiiſſe ſupponamus, hoc ipſo ſubtilitas ceſſat, & per conſtitutionem curatelæ, ſive à liberis, aut propinquis impetratam, ſive à Judice ex officio conſtitutam, prædictis liberis ſufficienter cautum, & conſultum eſt.

18 Quæritur tertiò, quamdiu duret curatela mariti prodigi? Et breviter Reſpondemus, **biß ſo lang man ſicht /** inquit textus, **daß ihr Mann guet will thuen.** Tametſi enim ipſa prodigalitas nemini adminiſtrationem bonorum ſuorum adimat, ſed interdictum prætoris. *§. item prodigus. 2. Inſt. quib. non eſt permiſſ. teſtam. &c.* Tamen, quando is, cui bonis interdictum eſt, frugaliter vivere incipit, & de hoc certò conſtat, interdictio prætoris exſpirat, *l. 1. ff. de Curat. furios* Et adminiſtratio ipſo jure ad reſipiſcentem revertitur, nec ulla Prætoris declaratione opus eſt, *Manz. ad dict. §. item prodigus. 2. Inſt. quib. non eſt permiſſ.*

19 Quæritur quartò, ſi maritus prodigus fidejuſſores de conſervanda, & reſtituenda dote offerat, an uxor debeat eſſe contenta, & à repetitione dotis, vel conſtitutione curatelæ deſiſtere? DD. hanc quæſtionem non ſolùm in hoc caſu ponunt, quando maritus propter prodigalitatem ad inopiam vergit, ſed etiam, quando ſine ſua culpa per infortunium facultatibus labi incipit, & quidam ſunt hujus opinionis, cùm fragilis ſit omnis cautio, *l. qui ita. §. 1. ff. ad S. C. Trebell.* Et melius ſit, rei inſiſtere, quàm fidejuſſoribus, quòd uxor fidejuſſionem admittere non teneatur, *And. Gail. lib. 2. obſ. 83. n. 7.* Quidam autem ſimpliciter admittunt, virum à reſtitutione dotis oblatis fidejuſſoribus liberari, *Toming. deciſ. 58. per totum.* Denique aliqui hac in parte Judicis arbitrium admittunt, ut videre eſt apud *Bernh. Græveum. ad dict. obſ. Gailij. 83. conſid. 1. per totum.* Nos, manendo in terminis hujus noſtri articuli, dicimus, maritum prodigum per oblationem cautionis fidejuſſoriæ repetitionem dotis, & conſtitutionem tutelæ impedire non poſſe, licèt enim præſupponatur, mulieri dotem repetenti per fidejuſſoriam cautionem ſufficienter eſſe proviſum, tamen, cùm etiam Reipublicæ interſit, ne quis re ſua malè utatur, neque hìc tantùm agatur de dote ſalvanda, ſed etiam de paraphernalibus in ſecuritate conſtituendis, atque de alimentis liberorum, & parentum, ut ſupra jam deduximus, putamus, oblatam cautionem minimè ſufficientem, & nullum aliud remedium avertendæ curatelæ efficacius eſſe, quàm ut prodigus maritus reſipiſcat, & frugaliter vivere incipiat.

Der Achte Articul.

WO ein Mann ſeiner Ehe-Frauen / ihr Heyrat-Guet vnnd Widerlegung vermacht / vnd verſchriben hätt / auf allen ſeinen Haab vnd Güteren / vnd ſich begebe / daß er hernach ſein Haab vnnd Guet vnzimblich verſchwendet / oder in einen vnverſehenen Abgang ſeiner Nahrung fiel / dardurch die Frau beſorget / Sie möcht jhr Heyrat-Guet / vnnd Widerlegung künfftiglich nit bekommen / oder Abgang daran gewinnen / Auch Sie oder jhre Freund / mit oder ohne jhren Willen vnd Befelch (welches dann die Freund zethun fueg haben ſollen) den Mann eines oder anderen angeregter Fäll halben in Rechten

Bayerische Staatsbibliothek München

ten beklageten / vnd solches genugsamblich nach Erkandtnuß deß Richters fürbrächten / So soll alsdann der Mann / dem Weib nähmliche Verweisung / Außzaigung / vnnd Vermächtnuß thun / vmb Heyrat-Guet vnd Widerlegung / doch jhr beeder Niessung / vnd wart künfftiger Fäll / auch den jenigen Glaubigern / welche von rechtswegen vor dem Weib den Vorgang haben / an Bezahlung jhr Schuld / vnd habenden Rechten / vnbegeben vnd vnschädlich.

SUMMARIA.

1. *Quid si maritus per infortunium ad inopiam vergat?*
2. *Quomodò distinguendum, an dos consistat in re certa vel in pecunia?*
3. *Quomodo in hoc casu, quo maritus ob infortunium ad inopiam vergit, etiam consanguinei repetitionem dotis facere possint?*
4. *An mariti administratio in hoc casu requirat præscitum uxoris?*
5. *Quid si vel mariti, vel mulieris bona interea ad Edictalem Processum devenerint?*
6. *An maritus ad pinguiorem fortunam deveniens dotem jam repetitam iterum recipiat?*
7. *An maritus subhastatus contra uxorem dotẽ repetentem habeat exceptionem competentiæ?*
8. *Quid maritus tali in casu habeat de casibus futuris?*
9. *An maritus obæratus post lucrum dotis ad pinguiorem fortunam deveniens debeat præstare creditoribus uxoris satisfactionem, & in quantum?*
10. *Quomodò ejusmodi obligationes mariti, & uxoris eludi possint?*
11. *An uxor in repetitione dotis cedere debeat creditoribus priorem hypothecam expressam habentibus?*
12. *Quid si dos in re certa constituta fuerit?*
13. *An hoc sit intelligendum de ipsa dote, vel tantùm de excessu dotis?*
14. *Quid si in pactis dotalibus de lucranda dote, vel contradote pactum factum fuerit, an, uno conjugum ad inopiam vergente, creditores melius jus habeant, quàm ille?*
15. 16. & 17. *Distinctio hac in re.*
18. *Quomodò vergentia mariti ad inopiam probanda sit?*

DEveniendo nunc ad alterum membrum supra positæ quæstionis de repetitione dotis in casu, quo maritus non ex culpa sua, & prodigalitate, sed per infortunium vergit ad inopiam, quomodò uxor sibi de securitate dotis, & contradotis vigilare possit? Conjungit quidem hic articulus utrúmque casum de prodigalitate, & infortunio mariti, sed, quia de primo jam sufficienter diximus in præcedenti articulo, hîc ea non repetimus, sed hoc tantùm in antecessum monemus, quòd illa remedia, quæ competunt uxori in casu infortunii, longè magìs eidem competant in casum culposæ prodigalitatis mariti. 1

Distinguendum est igitur, an tempore contracti matrimonii marito dos in re certa, & specifica constituta fuerit, & similiter contrados, sive donatio propter nuptias assignata in re quadam singulari, vel an uxor dotem in pecunia numerata marito attulerit, & eidem pro securitate dotis, & contradotis tantùm generalis obligatio in omnibus mariti bonis, quod plerúmque moris est, facta fuerit? De primo casu articulus noster nihil disponit, cujus rei ratio est, quòd mulier pro dote in re certa constitutâ, & pro contradote in re certa, & specifica assignatâ, marito ad inopiam vergente, adversùs extraneos possessores, & creditores jam ipso jure tuta, & secura est, ut ulteriore provisione opus non habeat: Competit enim illi pro allata dote in re certa consistente rei vindicatio, & pro contradote hypothecaria persecutio, tametsi maritus ad inopiam vergens dotem, & contradotem in extraneas manus alienaverit, ut exsplicavimus, in dem Gandt- 2

 Pro-

Proceß / *Artic. 14. Tit. 2.* Sed quando dos, & contrados non in re certâ, & ſpecificâ conſtituta, ſed in genere tantùm in omnibus bonis mariti aſſecurata fuit, ſo das Heyrat-Guet vnd die Widerlag auf allen deß Manns Haab/ vnd Güteren vermacht / vnnd verſchriben worden / uxori ad vigilantiam indictum eſt, cùm maritus vel per prodigalitatem, vel per infortunium ſenſim, & pedetentim labi poſſit facultatibus, ut uxor ſuo tempore in mariti bonis competentem ſatisfactionem pro dote, & contradote non inveniat, & ſic generalis illa obligatio inanis eſſet, ſi igitur uxor ejuſmodi periculum ſuſpicetur, adire poteſt Judicem, & petere, ut marito præſtatio ſecuritatis injungatur, quæ, ut compilatores monitorum ad ſtatuta noſtra Provincialia hoc articulo benè advertunt, fieri debet per aſſignationem, & aſſecurationem unius, vel alterius ſufficientis boni, quod in locum dotis, vel contradotis priùs ſub generali tantùm hypotheca comprehenſæ ſubintret, & ſic res redeat ad primum caſum, quo dos, & contrados ſtatim ab initio matrimonii in re certâ, & ſpecificâ conſtituta eſſe præſupponitur, ita, ut poſt talem aſſignationem mulieri pro dote contra creditores, vel tertios poſſeſſores rei vindicatio, pro contradote verò actio hypothecaria competat, & illa bona maritus ampliùs invitâ uxore poſtmodùm alienare non poſſit. Quid ſi autem maritus bona non habeat in quibus ejuſmodi aſſignationem, & aſſecurationem præſtare poſſit? Uxor petere poſt, ut dos illata, & contrados reciprocè conſtituta ſolvatur in pecunia parata, *l. ubi adhuc. Cod. de Jur. dot. cap. per veſtras. x. de donat. inter vir. & uxor.* quæ deinde vel pro emptione certi cujuſdam prædii, vel licito titulo in loco ſecuro ad uſuras collocari debet, ut inde maritus pro ferendis oneribus matrimonii, & communi ſuſtentatione familiæ, annuum intereſſe, vel fructum habere poſſit.

3 Et hæc repetitio dotis, ſive contradotis non tantùm ab ipſa uxore fieri poteſt, ſed etiam ab uxoris propinquis, & conſanguineis, cum: Vel ſine voluntate ipſius uxoris, quamvis enim *l. ubi adhuc. 29. Cod. de Jure dot.* hoc privilegium repetendæ dotis conſtante matrimonio, ſi maritus incipiat labi facultatibus, ſoli uxori concedat, ut ibidem DD. notant, tamen articulus noſter hanc poteſtatem repetitionis expreſsè etiam, & nominatim conſanguineis tribuit, ob favorem conſervandæ dotis, ne, ſi uxor ob reſpectum erga maritum repetitionem intermittat, illa in dedecus familiæ indotata efficiatur. Et hoc benevolus Lector, inter differentias Juris noſtri ſtatutarii, & Juris communis numerare poteſt, ſi velit.

Diff.

Multa quidem *D. Balthaſar. tit. 1. Reſolut. 8.* de hac repetitione dotis ex *l. ubi adhuc. 29. Cod. de Jur. dot.* uxori competente, ſi maritus conſtante matrimonio facultatibus labi incipiat, præclarè ſcribit, quæ, cùm ad explicationem articuli noſtri non multùm faciant, miſſa facimus, & Lectorem illuc remittimus, hoc unicum admonentes, nobis, ut jam ad præcedentem articulum deduximus, illud prorsùs erroneum videri, quòd *D. Balthaſar. in hac. 8. reſolutione ſua* ſemper præſupponat, uxorem poſt repetitionem dotis, contradotis, aut paraphernalium, acquirere liberam diſpoſitionem, & adminiſtrationem in rebus ſuis, nam, quidquid ſit de Jure communi, de quo non diſputabimus, id ſanè de Jure noſtro Bavarico concedi non poteſt, in caſu enim periculi repetitio dotis, ſive, ut articulus noſter loquitur, aſſignatio, & aſſecuratio non fit ad hunc effectum, ut maritus privetur ſua poteſtate maritali, quam ex Conſtitutionibus noſtris Provincialibus in uxorem, & bona uxoris habet, & ut uxor libertatem à jugo maritali, atque adeò novum quoddam jus adipiſcatur, ſed tantùm ut ejus prætenſiones in majori ſecuritate conſtituantur: Prout igitur in præcedente articulo demonſtravimus, quòd propter mariti prodigalitatem, quâ incipit ad inopiam vergere, uxori rerum ſuarum adminiſtratio nullo modo permittatur,

tatur, sed curatoribus ex consanguineis specialiter constitutis deferatur, ita multò minùs, quando maritus non ex sua culpa, sed ex infortunii casu, v. g. incendio, ruina, naufragio ad paupertatem vergit, uxori permittenda est administratio: Si dicas, quis ergò erit administrator, cùm in hoc casu, quando maritus est sine culpa, nulli curatores constituantur? Respondeo, quòd maritus retineat administrationem, cùm potiùs commiseratione dignus sit, quàm ut afflicto addatur afflictio, & præter infortunium, quod sine sua culpa incurrit, etiam adimatur ei jus illud, quod vi statutorum nostrorum, matrimonio legitimè non soluto, ratione potestatis maritalis per infortunium nullo modo sublatæ, competit.

Quomodò autem maritus bona uxoris administrare debeat, & an illa etiam post vergentiam ad inopiam cum: Vel sine præscitu uxoris alienare possit, paulò post ulteriùs exsplicabimus: Interim id, quod modò diximus de administratione bonorum uxoris apud maritum remanente, ita intelligi volumus, ut ejus administrationi tamdiu locus sit, quamdiu res non devenit ad Edictalem processum, & concursum creditorum; Tunc enim, ut diximus, in dem Gandt-Proceß / 4. *Tit.* 4. *Art.* constituuntur cum communi consensu creditorum curatores bonorum, quibus existentibus, hoc ipsò exspirat mariti administratio in bonis uxoris, cùm etiam exspiret in rebus suis propriis: Distinctio tamen in hoc adhibenda est, an mulieris tanquam creditricis bona ad Processum Edictalem deveniant, vel an illa tanquam propria jure Dominii, & rei vindicatione ad se recipere possit? In casu quo uxor cum reliquis creditoribus jure crediti concurrit, cum illis ad instantiam discussionis generalis obligatur, & proinde omnis administratio usque ad sententiam prioritatis penes curatores in subhastationis Processu à creditoribus electos, vel aliàs juxta *dict. Art.* 4. constitutos pertinet. Si autem mulier dotem, & alia sua bona paraphernalia recipiat jure dominii, & proprietatis, ita, ut ad massam Edictalem non pertineant, nec ipsa ad concursum creditorum obligata sit, iterum non videmus, quare marito administratio dotis, & aliorum ejusmodi bonorum conjugis suæ sibi jure maritali debita propter miserum infortunii statum debeat sine culpa, & causa adimi. 4 5

Hinc inutilis est quæstio, quam cum D. Balthasare communiter faciunt, an, si maritus ex post facto ad pinguiorem fortunam deveniat, dos ab illo avocata eidem denuò restitui debeat? De qua Quæstione Vid. *Gail. lib. 2. obs. 85. n. 7. Molina de Just. & Jure. tract. 2. disput. 429. n. 7.* Quod D. Balthasar verius, æquius, & maritali concordia dignius existimat; Nam, cùm de Jure nostro statutario, secùs ac de jure communi, uxor sit sub potestate maritali, ut de propriis suis bonis nihil disponere possit, quamdiu durat matrimonium, quomodò post pinguiorem fortunam illi restitui potest, quod nunquam ablatum est, aut innocenti aufferri potuit? 6

Hinc sequitur secundò, juxta constitutiones nostras Provinciales æquè inutilem esse illam quæstionem, quam *D. Balthasar. loc. cit. n. 20.* cum aliis DD. ponit, an maritus, qui ad inopiam vergit, contra uxorem dotem repetentem habeat exceptionem competentiæ? Expresè enim dicit Art: noster, quòd fructus dotis, & contradotis, imò etiam reliquorum bonorum ad uxorem pertinentium debeant utrique conjugum esse communes: Quid igitur disputamus de lanâ caprinâ, an vi statutorum nostrorum marito beneficium competentiæ concedi debeat? Utique maritus usufructarius communis plus juris in rebus uxoris non prætendet, quàm ipsa habet jure proprietatis, & Dominii, vel alio quocùnque meliori, & præter communem usumfructum abundantiori? 7

Imò articulus noster statim, postquam dixit de dotis, & contradotis 8
usufructu, post vergentiam mariti ad inopiam, nihilominùs, pro utróque

conjuge remanente ulteriùs addit, quòd etiam exſpectatio futurorum caſuum in ſalvo eſſe debeat, in verbis, Si benè conjungas, doch unbegeben / unnd unſchädlich der Wardt künfftiger Fäll / quæ noſtra opinione ſic interpretanda ſunt, ut in caſu, quo uxor per ſuam vigilantiam dotem, & contradotem, antequam maritus ad extrema devenerit, ſecundùm diſpoſitionem hujus Art: in ſalvo conſtituit, pactis dotalibus fortè de lucro dotis, aut contradotis aliquid diſponentibus locus ſit. E. g. maritus pactus eſt, ut ſibi dos poſt mortem uxoris jure proprietatis cedat, debet ipſi lucrum dotis poſt mortem uxoris permanere. Verba ſunt quidem obſcura, quia ſunt ex jure antiquo deſumpta, videatur *reformatio de Anno 1588. Tit. 44. Art. 6.* ſed planè vix alium ſenſum admittunt.

Similiter dicendum eſt de contradote, quia dos, & contrados ſemper pari paſſu ambulant.

9 Quæres, an ſaltem maritus obæratus poſt lucrum dotis ad pinguiorem fortunam deveniens, creditoribus in Proceſſu Edictali damnificatis poſt mortem uxoris ex lucro dotis ſatisfactionem præſtare teneatur, & an in hoc caſu beneficium competentiæ locum habeat? Et Reſpodemus affirmativè, nam alibi jam diximus, debitori bonis cedenti, & per Edictalem Proceſſum excuſſo ſupereſſe beneficium competentiæ, ut in plus non teneatur, quàm commodè facere poſſit: Tametſi enim per inopiam debitoris jus creditoris non extinguatur, reſtringitur tamen in tantum, ut debitori relinquatur honeſta ſuſtentatio ſtatui ſuo congrua, quæ ei de fructibus dotis auferri non poteſt.

10 Pulchra autem, & ſubtilis eſt cautela, quâ maritus obæratus, vel uxor obærata, ſi liberos ſuperſtites habeant, creditores in lucro dotis, vel contradotis eludere poſſunt: Videlicet, ſi huic lucro vel ex ſtatuto, aut pacto ſibi competenti renuncient. V. g. ſi maritus, qui ex pactis dotalibus poſt mortem uxoris dotem eſſet lucraturus, uxori facultatem concedat, de ea liberè diſponendi, vel deliberata voluntate hoc beneficium remittat, creditoribus enim illud revocandi jus nullum competit, ut pulchris rationibus, & textibus Juris comprobat *Joan. Frider. de Solis. tract. de lucro dot. quæſt. 38. per tot.* Et *Roland. à Valle in ſimili ſuo tract. de luc. dotis. quæſt. 40. per totum.* Fundamentalis ratio eſt, quia fraus, ex qua creditoribus conceditur revocatio alienatorum, debet conſiſtere in diminutione patrimonii debitoris, per renunciationem autem lucri dotis nondum acquiſitæ ſed acquirendæ non diminuitur patrimonium debitoris, ſed tantùm non augetur, propterea dici non poteſt, quòd talis renunciatio fiat in fraudem creditorum. Qui plura de hac curioſa materia videre cupit, adeat prædictos duos inſignes auctores.

11 Notabiliter tamen in fine hujus articuli etiam additur, quòd uxor, quæ ſibi, marito ad inopiam vergente, vigilavit, nihilominùs cedere debeat creditoribus, qui potius jus habent, v. g. hypothecam expreſſam anteriorem, quia, ut diximus, in dem Gandt-Proceß / ad *Artic. 14. Tit. 2.* expreſſa hypotheca anterior vincit dotis tacitam hypothecam, & jus prælationis eidem conceſſum:
12 Sed hoc convenienter huic articulo tantùm intelligendum eſt, quando dos, à muliere in pecunia parata illata, & eidem bona mariti vel omninò non, vel tantùm in genere fuerunt obligata: Nam ſi dos in re certa conſtituta fuerit, quæ adhuc exſtat, uxor etiam creditoribus anteriorem expreſſam hypothecam habentibus præferenda eſt, imò poteſt dotem ſuam à marito ſine ſuo præſcitu alienatam, & in ſpecie extantem à quocúnque poſſeſſore vindicare, ut omnia hæc in *dict. Art. 14. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / deducta inveniuntur.

Dices,

Dices, quare articulus noster generaliter excipiat creditores, qui præ- 13
lationem habent præ muliere, cùm tamen *Articulus 6. Tit. 44.* der Reformation *de Anno 1588.* tantùm dicat, doch vnbegeben / vnnd vnschädlich den Schuldneren an Bezahlung jhrer Schuld von der Ubermaß / so über das Heyrat-Guet / vnd Widerlegung vorhanden wär / id est, quòd reliqui creditores tantùm id petere possint, in quo bona mariti uxoris dotem excedunt. Ad hoc Respondemus, per hunc textum probari, quòd antiquitùs expressa hypotheca non habuerit prælationem præ dote, prout de Jure communior sententia est, ut probavimus ad *dict. Art. 14. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Sed, cùm de Jure nostro novissimo aliud statutum sit, ut nimirum dotis causa cedere debeat anteriori hypothecæ expressæ, ideò hæc exceptio in terminis generalibus necessaria fuit.

Adhuc superest alia quæstio satìs difficilis, si nimirum per pacta dota- 14
lia certa dos, vel contrados in specie fuit constituta, & inter conjuges conventum, ut superstes habeat vel dotem, vel contradotem proprietariè, an uno, vel altero conjuge ad inopiam vergente, creditores melius jus habeant in tali re proprietariè assignata, quàm superstes conjux? Et in hoc pu- 15
tamus distinguendum esse, an pacta dotalia erecta valere possint, in vim pactorum, & contractûs, vel, an valeant tantùm in vim ultimæ voluntatis, & mortis causâ: Si valent in vim pactorum? Superstes conjux utique excludit creditores, primùm tempore constantis matrimonii subsecutos: Ratio est, quia superstes conjux in re dotali, vel contradotali vi talis conventionis dominium consequitur, ergò omni credito præfertur: Tametsi enim hæc constitutio dotis, vel contradotis proprietariè sit conditionalis, scilicet, si alteruter præmoriatur, tamen notissimum est in jure, quòd conditio in contractibus, quæ non est voluntaria, sed fortuita, & casualis retrotrahatur ad tempus conventionis, *l. potior. l. qui balneum in princ. ff. qui potior. in pign. hab. Mantica de tacitis, & ambig. convent. lib. 14. tit. 46. n. 1.* Aliud est, si obæratus conjux ante contractum matrimonii, & ejusmodi pactum initum jam priùs habuerit creditores, qui in re dotali, vel contradotali hypothecam habuerint, tunc enim superstiti conjugi sine dubio præferuntur, cùm eam apud quemcúnque possessorem extraneum persequi possint.

In altero casu, quando Conjux superstes lucratur dotem, vel contra- 16
dotem ex pactis dotalibus per modum ultimæ voluntatis, & mortis causâ, præ creditoribus nullam prorsùs prærogativam habet, cùm nihil debeatur ex ultima voluntate, nisi priùs deducto ære alieno, quia in legatis, donationibus mortis causâ, & aliis ultimis voluntatibus conditio non retrotrahitur, sed præcisè inspicitur tempus existentis conditionis, *l. mater. §. eandem. ff. de Excep. rei Judic. l. ult. in fine. Cod. de donat. caus. mort. & l. ult. ff. eod. Mantica. loc. cit. tit. 46. n. 11.*

Quando autem pacta dotalia in vim contractûs, vel ultimæ voluntatis 17
valeant: Vid. ad longum *Berlich. l. 2. concl. 41. per tot.* Nos de hac quæstione paulò post ulteriùs dicemus.

Pro Coronide hujus articuli restat hoc solum, si uxor vel ejus consan- 18
guinei assignationem, & assecurationem dotis sub hoc prætextu, quòd maritus vergat ad inopiam, petere velint, quòd hanc vergentiam ad paupertatem probare debeant, prout supra de prodigalitate mariti diximus, quòd ea plenè probanda sit: Hujus rei Ratio est, quòd regulariter, ut ad articulum præcedentem diximus, dos constante matrimonio repeti non possit, nisi quando maritus, vel propter prodigalitatem suam, vel per infortunium incipit labi facultatibus, cùm igitur hoc sit fundamentum actionis pro repetenda, vel meliùs assignanda, & assecuranda dote, meritò ab uxore a-

ctrice,

ctrice, vel ejus consanguineis, & propinquis probari debet; juxta verba, vnd solches genugsamblich nach Erkandtnuß deß Richters fürbrächten / ubi verbum, Fürbrächten / demonstrationem, & probationem importat.

Der Neundte Articul.

SO der Mann seiner Ehelichen Haußfrauen jhr zugebracht Heyrat-Guet / auch sein Widerlegung verschreibt / oder vermacht auff allem dem / das er hat vnnd bekombt / so hat er nit Macht sein ligend Haab vnd Guet / oder ainichen Zinß darauß zuverkauffen / oder zuverpfändten / ausser seiner Ehelichen Haußfrauen sondern Vergunst vnd Willen. Es wäre dann kundtlich / daß sein Haab vnd Guet vil ein mehrers werth / als das Heyrat-Guet / alsdann mag er von dem Uberschuß ein zimblichs verkauffen / oder verschreiben. Wo sich aber jcht redlich Ursachen begeben wurden / derhalben sein Nutz vnd Nothdurfft erforderte / seine Güter zuverkauffen / oder zuverändern / vnnd sein Weib das Güetlich nit verhengen noch bewilligen wolte / so soll das Recht nach Verhör / vnd Fürtrag der Sachen / sie darumben entscheyden. Thäte aber der Mann seiner Haußfrauen / auff besonder seine Haab vnd Guet / jhr Vermächtnuß / daran sie nach Rath jhrer Freund / ein Begnügen hätt / so soll alsdann der Mann / mit anderen seinen Haab vnd Gütern / frey vnd vnverbunden seyn.

SUMMARIA.

1. *An maritus ad inopiam vergens habeat licentiam bona sua mobilia, & immobilia alienandi?*
2. & 3. *Quid si notorium sit, mariti bona plus valere?*
4. *An etiã alienatio mariti ad inopiam vergentis ab uxore propter morgengebam impediri possit?*
5. *An judex contra voluntatem mulieris ejusmodi alienationem permittere possit?*
6. *Quid si mulieri pro dote sua, & reliquis prætensionibus jam priùs in certis bonis fuerit assignatio, & satisfactio facta?*
7. *An etiam tacitus consensus uxoris ad alienationem mariti sufficiat?*
8. *Quid si autem mulier sciverit, & non contradixerit?*
9. *Quid si uxor consensum suum, & approbationem actu subscriptionis confirmaverit?*
10. *Quid si talis approbatio muliere inscia per notarium facta fuerit?*
11. *An uxor, quæ in certis bonis assecurationem dotis, & contradotis accepit, nihilominùs habeat in alijs bonis mariti hypothecam?*
12. *Quid si uxor generalem assecurationem habuerit, & marito ad alienanda certa bona consensum dederit?*
13. *Quid si juribus suis per expressum renunciaverit?*
14. *Quomodò hæc renunciatio fieri possit?*
15. *Quid si fiat in solum favorem mariti cum renunciatione sui juris?*
16. *An maritus de bonis generaliter obligatis aliquid alienans constituat novum authorem in quasi possessione præscribendi?*
17. *Quid dicendum de præscriptione longissimi temporis?*

1 POstquam *Art. 7.* uxori contra maritos prodigos providit per constitutionem curatelæ, & *Art. 8.* contra maritos per infortunium ad inopiam vergentes per assignationem, & meliorem assecurationem dotis, & contradotis, legislator in hoc *9. Articulo*, ne quidquam mulierum provisioni desit,

sit; tertium invenit remedium, ut maritus, qui uxori suæ dotem, & contradotem oppignoravit, in omnibus suis bonis præsentibus, & futuris, non habeat potestatem, mobilia, & immobilia, sine speciali uxoris suæ voluntate, & permissione alteri oppignorandi, vel annuo censu onerandi, multò minùs prorsùs alienandi, quæ est iterum insignis differentia Juris nostri statutarii à Jure communi: Venditio enim rei, ut benè dicit *D. Rath. in dissert. sua Jurid. sæpius jam citata. assert. 13. ad hunc articulum*, sive generaliter, sive in specie oppignoratæ, à debitore facta jure subsistit, dominiúmque in emptorem transfertur, tametsi ignorante creditore celebrata sit. *l. rescriptũ. 12. in fine. ff. de distract. pignor. l. si. debitor. Cod. eod. l. itáque fullo. 12. §. 2. ff. de furtis.* manente tamen creditori actione hypothecaria, quæ realis est, & adversùs quemvis rei possessorem competit, *l. pignoris Cod. & ff. de pignoribus.* Cujus rei ratio est, quòd res, quocúnque pignoris nexu obligata, nihilominùs maneat in dominio debitoris, *dict. l. rescriptum in fin.* Cujus intuitu rem suam in alium transferre potest, & voluntatem ejus ratam haberi oportet. §. *per traditionem. Inst. de rerum divis. l. unica Cod. rem. alien. gerent.* Aliter res se habet secundùm dispositionem hujus articuli, ubi in verbis, so hat er nit Macht / marito omnis facultas, & potestas alienandi adimitur, si bona sua uxori pro dote, & contradote in genere obligavit, ita ut actus prorsùs sit nullus, & invalidus, utpote deficiente voluntate, & consensu uxoris, qui quasi pro forma, & solennitate alienationis rei dotalis, vel contradotalis in genere tantùm assecuratæ requiritur. Nec refert, si dicas, consensum uxoris non requiri pro forma ad actum alienationis, sed tantùm ad legitimandam potestatem mariti, nam perinde est, sive quis testamentum faciat sine necessariis solennitatibus, vel sine potestate testandi, cùm voluntas sine potestate nihil operetur, &, ea deficiente, corruat testamentum omnibus numeris absolutum, ut optimè dicit *prædict. D. Rath. loc. cit. sub litt. G.* *Diff.*

2 Hujus autem Regulæ, de prohibita alienatione bonorum suorum sine voluntate, & consensu uxoris, exceptio generalis est, nisi notorium sit, quòd mariti bona pluris valeant, quàm pretium dotis se extendat, Es wäre dann kündlich / daß sein Haab / vnnd Guet vil ein mehrers werth / als das Heyrat-Guet.

3 Ubi notetur particula, vil ein mehrers / quæ manifestè importat, quòd modicus quidam excessus sufficiens non sit, ut marito potestas alienationis indulgeatur, surgunt enim, & cadunt rerum pretia pro mutatione temporum, hinc uxori cautum non esset, si, propter modicum excessum bonorum maritalium, ei potestas alienationis concederetur, cùm dos hoc modo facilè periculo exponi posset.

4 Notetur secundò particula, ein zimbliches / ex qua deducitur, tametsi mariti bona dotem multùm excedant, quòd tamen non totum excessum alienare, hypothecare, aut aliàs gravare possit, sed tantùm de excessu aliquid, quod æquabile, & tolerabile est, NB. Ein zimbliches: id est decens, sive quod decentem moderationem habet. Et utrúmque hoc, an mariti bona multùm, vel parùm excedant dotem, & quantum de excessu marito alienare, vel oppignorare liceat, Judicis arbitrio committendum est.

Notetur tertiò, quòd in hoc Vers: Es wäre dann / tantùm mentio fiat de dote, quia tamen articulus statim in principio de dote, & contradote uxori conservanda disposuit, ideò versiculus iste convenienter ita intelligendus est, ut marito alienatio bonorum prohibita maneat, quamdiu ea pretium dotis, & contradotis simultaneè non excedunt: Vult enim articulus, ut rubrum sonat, uxori pro utrísque cautum esse; At, si commensuratio bonorum tantùm ad quantitatem dotis facienda esset, maritus per alienationem posset uxorem in contradote defraudare, quod planè est con-

tra intentionem hujus articuli : Quid autem dicendum eſt de morgengeba, ſi, ut communiter fieri conſuevit, aſſignetur in certa quantitate ex omnibus bonis mariti, anné etiam propter illam marito adimitur poteſtas bona ſua alienandi, vel hypothecandi ? Certè, cùm neque in rubro, neque in ipſo textu hujus articuli de morgengeba mentio fiat, diſpoſitionem hanc ad illam extendere, noſtra opinione nimia eſſet animoſitas, quòd enim nos Verſ: **Es wäre dann / ꝛc.** tenorem, qui tantùm de dote loquitur, extenderimus etiam ad contradotem, duplex ratio fuit. Prima, quòd dos, & contrados ſemper pari paſſu ambulent. Et ſecundò, quia in rubro, & in ingreſſu hujus articuli dos, & contrados ſpecificè nominantur, de morgengeba autem prorsùs nihil dicitur, ut ita à dote, & contradote, tanquam magis privilegiatis, ad morgengebam minùs privilegiatam argumentum, ſive conſequentiam formare, nobis non liceat : Videantur tamen, quæ dicturi ſumus ad *Art. 1. Tit. 2.*

5 Notetur quartò, quòd hæc Exceptio in antiquis ſtatutis Bavaricis non reperiatur inſerta, ut proinde nobis ſuſpicio ſit, antiquitùs marito poteſtatem alienationis, vel oppignorationis rerum ſuarum prorsùs, & ex integro fuiſſe ademptam, tametſi ejus bona quantitatem dotis, & contradotis multùm excederent, debet igitur Judex juxta allegatas particulas, **vil ein mehrers /** item, **ein zimbliches /** in arbitrio ſuo eſſe parcus, ne uxor ullo modo periclitetur de dote ſua, & contradote.

Secunda Principalis Limitatio de prohibita mariti alienatione aut hypothecatione eſt iſta, niſi prægnantes cauſæ ſubſint, ob quas utilitas, vel neceſſitas alienationem, vel oppignorationem bonorum mariti requirit, tunc enim Judex contra voluntatem, & conſenſum mulieris diſpenſare, & marito alienandi, vel oppignorandi poteſtatem, & licentiam concedere poteſt, ita tamen, ut fiat cum cauſæ cognitione medio proceſſu juris, in verbis, **nach Verhör / vnd Fürtrag der Sachen /** non enim decet, ut uxor privilegium, hoc articulo ſibi contra juris communis diſpoſitionem ſpecialiter conceſſum, in diſpendium mariti, & quod conſequens eſt, in proprium ſuum præjudicium, cùm utique de neceſſitate, & utilitate mariti participet, retorqueat.

6 Tertia Principalis Limitatio eſt, ſi maritus uxori pro dote, & contradote in certis quibuſdam bonis ſuis, cum conſilio, & aſſiſtentia conſanguineorum, ejus aſſecurationem, & ſatisfactionem feciſſet, in hoc enim caſu non impeditur de reliquis bonis ſuis liberè diſponere, juxta verba finalia, **ſo ſoll der Mann mit anderen ſeinen Haab / vnnd Güteren frey / vnd vnverbunden ſeyn.**

Ut autem benevolus Lector hujus articuli contenta meliùs comprehendat, aliquas quæſtiones non inutiles in medium afferemus : Et

7 Prima eſt, an requiratur conſenſus expreſſus uxoris ad alienationem bonorum maritalium, vel an etiam ſufficiat tacitus ? D. Balthaſar circa hanc quæſtionem latiſſimam excurſionem facit, ad illam materiam juris communis, an, & quatenùs creditor jus pignoris, & hypothecæ tacitæ, vel expreſſæ remittere poſſit, aut remiſiſſe cenſeatur ? Quæ quidem valdè utilis eſt, multáſque pulchras, & controverſas deciſiones involvit, ſed quia hæc materia propriè hujus loci non eſt, nos eam pro nunc miſſam facimus, & in cancellis noſtri articuli pergentes, dicimus ad propoſitam quæſtionem, quòd videatur uxoris expreſſus conſenſus eſſe neceſſarius, quia articulus utitur verbis : **Auſſer ſeiner Ehelichen Haußfrauen ſonderen Vergunſt / vnd Willen /** quæ particula, **ſonderen /** videtur, ſpecificam, & expreſſam voluntatis declarationem requirere, præſertim, cùm mulieres clauſulas, quibus de jure tacitus conſenſus inducitur, non ſufficienter intelligant, & facilè ad eluſionem ſaluberrimæ hujus articuli diſpoſitionis, induci poſſint. Sed hoc

non

non obstante putamus, tacitum consensum sufficere, si talis actus ab uxore celebretur, ex quo nulla alia conjectura, quàm præstiti consensus ad alienationem bonorum mariti, desumi possit; v. g. Si uxor alienationis, vel hypothecationis à marito factæ instrumentum subscripserit, vel pecuniam ex alienatione, & hypothecatione ad maritum pervenientem ipsa receperit, & chyrographum quietantiæ dederit, vel etiam pecuniam in proprios suos, vel in communis matrimonii usus impenderit, vel consumpserit; Ex ejusmodi enim actibus nulla alia conjectura resultare potest, quàm, quòd uxor alienationem, sive hypothecationem à marito factam approbaverit, & ratihabuerit, *per text. in l. sicut. 8. §. si voluntate. 6. ff. quib. mod. pign. & hypoth. sol.* Ubi textus creditorem inverecundiæ arguit, qui fundum alienatum sibi applicari petit, si effectus alienationis cum sua voluntate subsecutus sit.

Altera quæstio est, si uxor sciverit, maritum bona sua alienare, vel hypothecare, & non contradixerit, nullum autem actum positivum consensûs, approbationis, aut ratihabitionis interposuerit, an solâ scientiâ, & patientiâ alienationis, aut hypothecationis factæ sibi præjudicet? Et Respondemus negativè, *per text. expreß. in dict. l. sicut. 8. §. non videtur. 14.* Ubi dicitur, quòd creditor non videatur consensisse, si, sciente eo, debitor rem vendiderit, cùm ideò passus sit venire, quòd sciebat, ubique pignus sibi durare, ex quibus verbis manifestè apparet, solam scientiam, patientiam, & taciturnitatem creditori nullum præjudicium parere. Et licèt hic textus non loquatur de muliere, sed de quolibet alio pignoratitio creditore, tamen, sicut quilibet creditor scire potest, pignus sibi apud tertium possessorem duraturum, ita multò magìs uxor scire potest, sibi ex alienatione, sive hypothecatione mariti nullum præjudicium oriri, cùm talis alienatio, sive hypothecatio ex jure nostro statutario ipso jure nulla, & irrita sit: Confirmat autem allegatus §. *non videtur. 14. in dict. l. 8.* priorem nostram resolutionem, quòd aliud dicendum sit, si uxor actum positivum consensûs, & approbationis ediderit, nam, si subscripserit, inquit textus, in tabulis emptionis, consensisse videtur, multò magìs igitur, si mulier pecuniam receperit, & in suos, vel communis matrimonii usus impenderit. *c. pervenit ad nos ext. de empt. & vend.* 8 9

Additur tamen *loc. cit.* insignis exceptio, nisi manifestè appareat, creditorem deceptum fuisse, v g. si tabellio, sive notarius in conficiendo instrumento mulieris mentionem faciat, illius consensum, & approbationem asserat, vel etiam nomine mulieris subscribat, illud autem in fraudem fortè prorsùs insciæ, & ignorantis factum sit, nihil ejusmodi fraudulenta confessio, sive subscriptio operabitur: Prout exemplificat *glossa ad dict. §. 14.* in verbo *manifestè*, *litt. B.* perindè tamen est, si ipsa mulier, à marito decepta, & fraudulenter inducta, subscriptionem fecerit, quoniam fraus, & dolus nemini patrocinari debet. 10

Tertia quæstio est: Si maritus uxori dotem, & contradotem assecuraverit in certis quibusdam, & specialibus bonis, an uxori nihilominùs in reliquis bonis mariti, quæ specialiter obligata non sunt, tacita illa, & legalis hypotheca competat, quæ jura communia, & jura nostra statutaria eidem pro dote, & contradote tribuunt? Et videtur dicendum quòd non; Quia articulus noster in fine expresse disponit, quòd maritus in casu, quo uxori assecurationem in certis, & specialibus bonis fecit, de cœteris suis bonis liberam, & nulla obligatione adstrictam potestatem disponendi habeat. **So soll alsdann der Mann mit anderen seinen Haab / vnd Güteren frey / vnd vnverbunden seyn.** Sed, hoc non obstante, *D. Rath. in dissert. sua Jurid. sæpiùs cit. assert. 15. sub litt. C.* rectè contrarium sustinet per rationem, quòd articulus iste, post assecurationem dotis, & contradotis in re certa, specifi- 11

ca, & determinata, tantùm tollat annullationem alienationis, quam maritus committit in alienatione, aut hypothecatione rerum suarum, quæ uxori suæ pro dote, & contradote generaliter obligata sunt; Redit igitur sublata annullatione res in statum juris communis, ut nimirum liberum sit marito, bona sua alienaré, salvo interim manente uxori jure tacitæ hypothecæ, sibi tam ex jure communi, quàm ex jure nostro statutario competentis, ita, ut si res specialiter obligata pereat, uxor in bonis à marito alienatis indemnitatem persequi possit: Et hanc opinionem probat *D. Rath. ex Tit. 2. Artic. 1.* der Land-Recht. Ubi in fine expresè statuitur, si uxori morgengeba in re certa constituta fuerit, quòd post mortem mariti rem illam pro morgengeba sibi assignatam ad se recipere possit, si autem rem illam consequi non possit, geschehe ihr aber daran Bruch / fortè, quia periit, ut illam ad se recipere, aut receptam retinere non possit, quòd defectum ex aliis bonis mariti, prout juris est, quærere possit, soll sie den Abgang bey ihres Manns Güteren / wie recht ist / zusuchen haben. Ex quibus verbis manifestè apparet, per assignationem morgengebæ, in re certa nihilominùs uxori permanere jus tacitæ hypothecæ, ut, re illa perempta, morgengebam in aliis mariti bonis prætendere, & persequi possit, ergò etiam, re pro dote, & contradote specialiter obligata, uxor illâ, vel ex toto vel pro parte peremptâ, vi tacitæ, & legalis hypothecæ defectum in reliquis bonis mariti obtinere potest, cùm dos, & contrados favorabiliores sint, quàm morgenatica, ut proinde à morgenatica tanquam à minore ad dotem, & contradotem tanquam ad majus justissima fiat illatio.

Dices, ex hoc articulo non probari, quòd uxor in rebus mariti alienatis jus habeat, cùm articulus tantùm loquatur, quòd defectum in aliis mariti bonis recuperare possit, nam bona alienata non ampliùs sunt bona mariti, sed in illius dominio, in quem per alienationem translata sunt: Respondemus, hoc verum, & proinde hanc quæstionem non sine difficultate esse, præsertim, cùm articulus dicat, wie recht ist / quæ verba utique dubium inducunt, quatenùs, & in quantum se jus mulieris, defectum ex aliis bonis mariti repetendi, se extendat, quia tamen dispositio juris communis certa est, quòd uxoris hypotheca legalis etiam res mariti alienatas afficiat, cùm quælibet res transeat cum onere suo, & neque in priori *Articulo 9. Tit. 1.* neque in *1. Art. Tit. 2.* quidquam disponatur, quòd bona mariti alienata, ab uxoris tacita, & legali hypotheca pro dote, contradote, ac morgenatica competente, per alienationem mariti etiam legitimè factam liberentur, rectè cum D. Rath concludimus, verba illa, frey / und unverbunden seyn / uxori in hypotheca sua legali nullum præjudicium facere.

12 Quæritur autem quartò, si dos, & contrados fuerit tantùm assecurata in omnibus bonis mariti in genere, & non in re certa, & speciali, & uxor eidem dederit consensum ad alienanda talia bona generaliter obligata, an per talem consensum jus tacitæ, & legalis hypothecæ amittat? Et videtur dicendum, quòd sic: 1. Quia articulus noster actum alienationis, & hypothecationis per consensum uxoris omninò convalidat, & 2. de jure communi nota Regula est, quòd is, qui patitur, ut res sibi hypothecata alteri obligetur, videatur pignus remittere, *l. Paulus. 12. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sol. l. creditor. 12. §. 4. ff. qui pot. in pign. &c.* Sed nostra opinione hæc argumenta nihil ad rem faciunt; Nam ad primum, conformiter ad priora, respondemus, quòd uxor consentiendo ad alienationem, vel hypothecationem rerum à marito sibi generaliter obligatarum, nullitatem quidem actûs impediat, interim tamen jus hypothecæ tacitæ, & legalis sibi utróque jure communi, sive statutario competens nullo modo amittat, ut statim sequetur. Ad secundum dicimus, quòd *dict. l. Paulus. 12. ff. quib. mod. pign. vel hypoth.* & *l. creditor. 12. ff. qui pot. in pign. &c.* tantùm loquantur

tur

tur de aliis creditoribus, & non de mulieribus. Remanet igitur hæc quæstio decidenda ex iis, quæ scribunt *DD. ad text. in l. vir uxori. 17. §. si mulier. 1. ff. ad S. C. Vellejanum.* Et ad *l. etiam. 11. & l. jubemus. 21. ff. eod.* Ubi distinctionem faciunt, an mulier marito ad alienandum, vel hypothecandum res sibi obligatas nudum consensum dederit, vel juri pignoris, aut hypothecæ sibi competentis renunciaverit? In primo casu, quando solum 13
& nudum consensum dedit, non censetur remisisse jura pignoris, & hypothecæ, & iste est casus *dict. l. vir. uxori. 17.* Si autem exprese renunciavit juri suo pignoratitio, & hypothecario, sibi præjudicavit, & hic est casus *dict. l. etiam. 11. & l. jubemus. 21. ff. ad S. C. Vellejanum.* qui hanc quæstionem fusè tractatam, & multis ampliationibus, atque limitationibus distinctam videre cupit, adeat *Berlich. lib. 2. conclus. 20. Zanger. de Except. part. 3. cap. 11. Rauchbar. part. 1. quæst. 34. Balthasar. loc. cit. tit. 1. resol. 9. n. 23. & seqq.* Ubi maximè hoc controversum inveniet, annon mulier, quæ jura pignoris, & hypothecæ per expressam renunciationem remisit, saltem in eo casu indemnis servari debeat, si eidem ex aliis bonis mariti satisfactio fieri, & defectus suppleri non possit?

Unam insignem, & notabilem exceptionem DD. communiter faciunt, 14
quòd renunciatio, sive remissio pignoris ab uxore facta non teneat, quandò fit per modum intercessionis pro marito, nam, cùm ipsa intercessio tanquam actus principalis non subsistat, neque renunciatio, sive remissio pignoris tanquam accessorium subsistere potest, *Berlich. loc. cit. n. 14. Rauchbar. dict. quæst. 34. n. 25.*

Quæres, quomodò intercessio, vel obligatio pro marito ab uxore per 15
renunciationem, sive remissionem juris sui pignoratitii, sive hypothecarii fieri possit? Respondemus, hanc remissionem sive renunciationem posse fieri dupliciter. 1. Quando uxor simpliciter in favorem mariti remittit jura sua pignoris, & hypothecæ, & tunc nulla intercessionis suspicio subesse potest, sed, si mulier se ipsam obligavit pro marito, & ad assecurandam hanc obligationem à se factam renunciet juri pignoris, & hypothecæ sibi pro prætensionibus suis in bonis mariti competenti, certum est, quòd talis renunciatio, sive remissio sit ipso jure nulla: Ratio est, quam paulò antè diximus, quia ipsa obligatio pro marito nulla est, ergò etiam accessorium, sive renunciatio, & remissio juris pignoratitii, & hypothecæ mulieri competentis; Hoc tamen ita intellige, nisi intercessio, sive obligatio pro marito facta sit iis solennitatibus adhibitis, quæ in statutis nostris Provincialibus requiruntur, ut paulò post videbimus, nam tunc, subsistente actu obligationis principali, etiam accessorium, sive actus renunciationis, & remissionis subsistere debet.

Quæritur ulteriùs quintò, si maritus, non obstante hujus articuli pro- 16
hibitione, nihilominùs aliquid de bonis suis uxori pro dote, & contradote in genere obligatis in Titium alienâsset sine consensu uxoris, an saltem Titius per talem alienationem constituatur in conditione præscribendi? Infra *Tit. 9. Art. 2.* videbimus, quòd actioni hypothecariæ de jure nostro statutario inter præsentes spatio quinquennii, inter absentes verò decem annorum curriculo à bonæ fidei possessore præscribatur: Est igitur sensus hujus quæstionis, an Titius rem à marito in se alienatam quinquennii, vel decennii præscriptione irrevocabiliter acquirat? Et Respondemus negativè, per rationem jam supra allegatam, quia verba constitutionis nostræ marito omnem facultatem, & potestatem alienandi adimunt, & proindè alienationem annullant, ubi autem titulus vitiosus, & nullus est, ibi non solùm impeditur dominii translatio, sed etiam ordinariæ præscriptionis conditio, *Balthas. loc. cit. resolut. 9. n. 37.* Imò *D. Rath. loc. cit. assert. 14.* ne quidem vi-

O 3 ginti

ginti annorum præſcriptionem admittit, quia vitium tituli per curſum viginti annorum non purgatur.

17 Sed quid dicendum de præſcriptione longiſſimi temporis? Certè illi locum eſſe, minimè dubitamus, cùm in præſcriptione longiſſimi temporis non requiratur titulus, & bona fides, imò & conſenſus mulieris præſumatur: Ad quod optimus text: eſt in ſupra *cit. cap. pervenit ad nos. 4. x. de empt. & vendit.* Ubi Papa decidit, emptricem alicujus domûs, quæ uxori in donationem propter nuptias aſſignata fuit, poſt curſum 30. annorum non debere ulteriùs fatigari, ſi ergò præſcriptio 30. annorū locum habet in rebus, quas maritus uxori propter nuptias in ſecuritatem dotis reſtituendæ donavit, cùm tamen uxor in illis nec jus prælationis remittere, nec hypothecæ in rebus propter nuptias datis competenti renunciare, nec ad eas alienandas, vel oppignorandas conſenſum præſtare poſſit. *l. aſſiduis Cod. qui pot. in pign. hab. auth. ſive à me Cod. ad S. C. Vellejanum. novell. 61. cap. 1. §. 1. Berlich. dict. concluſ. 20. n. 15.* multò magìs locum habebit in aliis rebus mariti, uxori generaliter tantùm obligatis, & non ſpecialiter pro aſſecuratione dotis in dotalitium, ſive contradotem aſſignatis: Et hæc eſt iterum differentia inter jus commune, & jus noſtrum ſtatutarium, cùm enim de jure communi, per ſuperiùs dicta, maritus non impediatur, rem alteri in genere obligatam, maximè ſi majoris pretii ſit, quàm alterius creditum, etiam tertio hypothecare, vel in eum pleno jure alienare, ſequitur, quòd, ſubſiſtente titulo, ordinariæ præſcriptioni locus ſit, quæ tamen in caſu noſtro, ubi agitur de præjudicio uxoris, deficit, deficiente ſcilicet titulo per diſpoſitionem hujus articuli annullato.

Diff.

Der Zehendte Articul.

Welche Perſohnen aber zu offnem Kram vnd Marckt ſitzen / oder offne Gaſtgeben / vnnd andere dergleichen Perſohnen ſeyn / Mann vnnd Weib / die gemaine Handthierung Kauffens oder Verkauffens / zu gleichem Gewinn mit einander nemmen vnd empfahen / vnd jhr beeder Gewerb vnd Nahrung darmit treiben vnd fürnemmen: Wo in ſolchen vnnd dergleichen Fällen jrrung entſtehen / ſoll Mann vnnd Weib beederſeits vnverſcheydentlich / ein jedes für die gantz Schuld / vnnd als für ein Perſohn / zubezahlen verpflicht ſeyn / doch weiter nit / als für die Schulden / die wegen jhrer gemainer Handthierung gemacht worden.

Hätte aber das ein Ehegemächt / ein ſondere Handthierung / mit deme das ander Ehegemächt / es ſey mit Gewinn / einnemmen / oder außgeben / nichts zethun / ſo iſt es vmb ſolche Schulden auch nit verbunden / es hätte dann hierumben ſonderbar Verſprechung gethan / in welchem Fall alsdann geſchehen ſoll was recht iſt. Wo aber das ein Ehegemächt mit dem andern nit gleichen Gewinn jhrer Handthierung / ſonder nur ein gewiſſen Theil / als ein Drittheil / Viertheil / oder noch kleinern Theil hätte / vnd wurde ſolches dargethan / ſoll daſſelbe Ehegemächt an den gemachten Schulden auch mehrer nit / dann ſolchen Theil herzegeben ſchuldig ſeyn / vnnd alsdann von der gantzen Summen / welche beede Ehe-Leuth / nach Innhalt diß Articuls / müſſen zuſamen ſchieſſen / als von einem vnverſcheydnen Gelt / jhre Glaubiger

biger bezahlt werden / also daß der nachgehende Glaubiger nichts fordere / biß der Vorgehende völlig bezahlt worden / nach Außweisung deß Gandt-Proceß. Wären aber zwischen solchen Ehe-Leuthen / was eines oder das ander / bey deß anderen Ehe-Gemächts Haab vnnd Guet / deß Heyrat-Guets / Morgen-Gaab / Widerleg / oder da kein Widerleg bedingt / deß Kinds-Theils / auch der Hauß-Fahrnuß halben soll zubegehren / vnnd zeforderen haben / sondere Geding auffgericht / seyn sie für einander / oder zugleich die Schulden zubezahlen nit verbunden / doch soll Krafft solcher Geding / im Fall von deß jenigē Ehegemächts (welchem die Bezahlung obligt) Haab vnd Guet / die Schulden nit möchten bezahlt werden / das ander ein mehrers nit / dann das Heyrat-Guet / Morgengab / Widerleg / oder wo kein Widerleg bedingt / einen Kinds-Theil vnnd Hauß-Fahrnuß / nach Außweisung deß Gedings / aber keine andere Gaaben vnnd Schanckung / nit zeforderen haben. **Und damit ins künfftig desto weniger Stritt entstehen / soll man fürterhin in Heyrats-Gedingen außtragen / wie es auf einen oder andern Fall der Gewinnung halben soll gehalten werden.**

SUMMARIA.

1. *An, & qualis societas inter conjuges sit?*
2. *Quid si communem negotiationem exerceant? vel*
3. *Talia opificia possideant, quæ in quotidiano communi quæstu consistunt?*
4. *An tales pro correis habeantur?*
5. *An talis obligatio etiam se extendat ad debita ultra communem negotiationem?*
6. *Quid si conjuges fecissent generalem, & universalem societatem?*
7. *Quid si præter communem societatem etiam quilibet conjugum habeat particularem?*
8, *Quid si inter tales conjuges aliud per pactum convenerit?*
9. *Exemplum.*
10. 11. 12. 13. 14. 15. *Continuatio Exempli.*
16. *Annon exceptio facienda, si in inæquali negotiatione unus conjugum majorem quæstum fecerit?*
17. *An conjuges communem negotiationem habentes censeantur eam exercere in cōmuni pro partibus æqualibus, vel non?*
18. *Quid si conjuges communem negotiationem exercentes in pactis dotalibus aliam dispositionem fecerint?*
19. *Quatenùs, & in quantum talis dispositio se extendat ad acquæstus?*
20. *Quid si conjuges, vel expressè, vel tacitè de dispositione hujus articuli omnimodè discedant?*
21. & 22. *An non tantùm suas prætensiones, sed etiam donationes matrimoniales sibi factas in salvo constituant?*
23. *Exemplô declaratur.*
24. & 25. *An hac in parte creditores melioris conditionis sint, quàm liberi?*
26. *An uxor saltem ex donatis maritalibus id retinere possit, quod post omnes solutos creditores superest?*

Supra ad *Art. 1. Quæst. 1.* de acquæst: & in sequentibus quæstionibus, sæpiùs diximus, & repetivimus, inter conjuges esse quidem societatem vitæ, sed non societatem, & communionem bonorum, quidquid Hispani, Galli, Burgundi, Lusitani, de Regionibus, & Provinciis suis in contrarium scribant, quoniam, quod ibi per consuetudinem introductum est, ad alias terras, ubi ejusmodi consuetudo non viget, minimè extendi debet, nec audiendus est *Frider. de Solis*, qui ibidem probare contendit, quòd etiam de jure communi Canonico maritus, & uxor, sicut individuam 1

vitæ

vitæ ſocietatem habent, ita etiam contineant individuam bonorum ſocietatem, ut unus conjux pro altero indiviſim obligetur, quoniam hac in parte, quatenùs de communione bonorum inter conjuges agitur, non jura Canonica, ſed civilia attendenda ſunt, ne aliàs totus titulus in Codice, *ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore conveniatur*, inutilis, & non pro hominibus, ſed pro anſeribus ſcriptus ſit. Exploſa igitur fictitia hac ſocietate bonorum inter conjuges, manet regula juris Communis firma, quòd, non obſtante arctiſſima conjunctione, quæ eſt inter virum, & uxorem, neuter pro alterius obligatione conveniri poſſit. Duas exceptiones jura no-
2 ſtra ſtatuaria in præſenti, & ſubſequenti articulo faciunt. Prima eſt, ſi conjuges communem negotiationem, mercaturam, aut cauponariam exer-
3 ceant; Et ſecundò, vel talia opificia poſſideant, quæ magìs in emendo, & vendendo conſiſtunt, quàm ut ex ipſo opificio quæſtus proveniat, de utróque caſu plura dicenda ſunt. Et quidem

4 Pro Regula prima ponitur, quòd Conjuges, qui communem negotiationem, mercaturam, aut cauponariam exercent (ſitzen zu offnen Kram / vnd Marck / treiben mit Kauffen / vnd Verkauffen die gemaine Handthierung / ſuechen mit ſolch beyder Gewerb ihren gleichen Gewinn / vnnd Nahrung) ſint habendi pro ſociis, cujus ſocietatis effectus eſt, ut eorum bona, & perſonæ pro debitis conſtante matrimonio, intuitu communis negotiationis, mercaturæ, aut cauponariæ contractis, indiviſim obligentur, & quilibet ex conjugibus tanquam correis in ſolidum teneatur, & quia omne, quod ex tali ſocietate, & communione acquiritur, inter conjuges communicatur, ideò ex ipſa naturali ratione ſequitur, ut, ubi eſt æquale commodũ, & lucrum, ibi etiam debeat eſſe æquale diſpendium. *l. 73. ff. pro Socio.* Convenit igitur, ut utérque conjux pro debitis, ratione talis communis negotiationis ſuſceptis, indiviſim, & in ſolidum obligetur, item pro expenſis, pro alendâ communi familiâ, ad ſpecialem ejuſmodi negotiationem neceſſariâ, factis, *dict. l. 73. ff. pro Socio.* Et damnum, ſi quod in communi negotiatione caſu fortuito contigit, reparandum. *l. cum duobus. 52. §. quidam. 4. ff. pro Socio.*

5 Ponitur ſecundò hæc Regula, quòd iſta obligatio, quâ Conjuges indiviſim, & in ſolidum pro ſe invicem tanquam correi obligantur, ad debita extra communem talem negotiationem contracta ſe non extendat, in verbis, doch weiter nit / als für die Schulden / die wegen jhrer gemainen Handthierung gemacht worden. Ratio eſt, quia particularis ſocietas operatur hunc effectum, quòd ultra negotiationem, de qua particularis ſocietas contracta eſt, non extendatur, prout igitur lucra, extra talem particularem negotiationem, ſupervenientia inter conjuges non communicantur, ita etiam nec onera, aut debita uni, vel alteri conjugum aliunde obtingentia communia ſunt; Si proinde ſupponas, mercatorem duxiſſe uxorem, quæ ex hæreditate paterna inter cætera etiam plurimum æris alieni à parentibus ſuis contracti marito attulit, aut viciſſim maritus uxori, in ejuſmodi debitis extraneis locus eſt Regulæ, ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore.

6 Aliud eſt, ſi maritus, & uxor feciſſent ſocietatem univerſalem, & generalem, ita ut omnia bona eorum tam præſentia, quàm futura, acquiſita, & acquirenda, ſive ex induſtria proveniant, ſive ex proſpera fortuna, ſive ex contractibus, ſive ex ultimis voluntatibus communia fieri debeant, de qua ſocietate loquitur *Paulus J. C. in l. 3. §. 5. ff. pro Socio, & Ulpianus. in l. 73. ff. eod.* Certè in tali ſocietate, quæ conjugibus non eſt interdicta, dominia rerum cum debitis activis, & paſſivis etiam ſine traditione inter conjuges communicantur, & pro æqualibus portionibus de uno ad alterum transferuntur, *l. 1. §. 1. ff. pro Socio. & l. 2. ff. eod.* Et talem ſocietatem conſtituunt illi auctores, qui volunt, per matrimonium inter con-

conjuges individuam vitæ, & bonorum societatem contrahi, ita ut, si quis obæratam duxit, æquè teneatur de debitis ab uxore ante matrimonium contractis, & vicissim uxor de debitis mariti, ut loquitur *Perez ad tit. Cod. ne uxor pro marito. n. 2. in fine. & Cassanæus in Consuet. Burgund. rubr. 4. §. 1. ad verbum. de droict, & appartenents à gens mariez.* Quòd autem statuta nostra Bavarica talem universalem societatem inter conjuges non agnoscant, nisi specialiter ita fuerit conventa, ex supra allatis verbis manifestè convincitur, utpote, quæ nullam obligationem unius, vel alterius conjugis, pro debitis extra specialem negotiationem contractis, consorti innocenti imponunt.

Communis quidem est apud DD. opinio, quando simpliciter contrahitur societas, non facta mentione omnium bonorum, aut expressa, certa, & speciali negotiatione, quòd in hoc casu censeatur universalis societas inita, ut omnia veniant communicanda, quæcunque aliquem quæstum facere possunt, *per text. in l. coiri. 7. ff. pro Socio. Mynsing. ad rubr. tit. de societ. n. 2. Manz. ibidem. n. 11.* Hoc tamen articulo nostro non convenit, qui in dubio generalem, & universalem societatem inter conjuges contractam esse non præsumit, eò ipsò, quòd alterutrum conjugum à consortis debitis extra communem negotiationem contractis absolvat.

Ponitur tertiò Regula, si una pars conjugum specialem habeat negotiationem, ad quam altera non concurrit, quòd illa, quæ non concurrit, ad debita talis particularis negotiationis non obligetur: videatur paulò post *Reg. 5.* Ratio est, quia obligatio conjugis pro conjuge in communi negotiatione ideò locum habet, quia conjuges in communi negotiatione videntur tacitam societatem injisse, ubi igitur non est communis negotiatio, ibi etiam nulla est tacita societas, & proinde nulla mutua, sive reciproca obligatio pro debitis in tali negotiatione contractis. *Gail. lib. 2. observ. 90. n. 5. & 6.* E. C. maritus cum uxore exercet communem cauponariam, uterque igitur conjux pro debitis intuitu cauponarii exercitii contractis indivisim, & in solidum obligatur, si autem maritus præter cauponariam, etiam exerceat negotiationem vinariam in grosso, excurrendo ad vicinas provincias, coëmendo vina, & ea in doliis, ut vocamus, sub circulis, under den Raiffen / in publico foro vinario venalia faciendo, certè, si maritus ratione hujus negotiationis vinariæ damnum incurrat, & æs alienum contrahat, uxor ad illud dissolvendum nullo modo est obligata, cùm diversa sint negotia, cauponarium, quod consistit in hospitibus providendis, & vino mensuratim divendendo; Et vinarium, quod consistit in vino extra provincias coëmendo, & doliatim distrahendo. Primi negotii capaces etiam sunt mulieres, imò magis, quàm viri, secundum illis non convenit, cùm illarum sit, domi manere, & non foras excurrere. Plura hujuscemodi exempla passim occurrent. 7

Ponitur quartò Regula, si inter conjuges quidem communis negotiatio exerceatur, sed inter eos conventum sit, ut alterutra pars de lucro, & quæstu minorem partem habeat. v. g. tantùm tertiam, vel quartam, & non dimidiam, sive æqualem, quod sæpe contingit, præsertim, cùm una pars plus operæ confert, quàm altera, tunc illa pars, quæ de lucro non æqualiter participat, etiam ad debita solvenda non æqualiter obligatur, sed tantùm pro rata, E. C. inter Cajum, & Sejam cauponariam exercentes in pactis dotalibus conventum fuit, ut maritus Cajus de acquæstibus cauponariis habeat duas partes, & Seja uxor ipsius solummodò tertiam: Seja pro debitis tempore cauponariæ negotiationis contractis tenetur tantùm pro tertia parte, maritus autem pro duabus tertiis, & hujus rei ratio clara est, quia pro qua parte socium utilitas, sive lucrum contingit, pro eadem parte etiam contingit damnum, & dispendium. Hinc sequitur, tametsi in pro- 8

cessu Edictali, *Tit. 4. Artic. 11. obs. 13.* dixerimus, quòd mulier, quæ cum marito communem negotiationem exercet, non gaudeat privilegiis dotis, & contradotis, &c. quoad creditores ex communi negotiatione damnificatos, quòd illud duntaxat intelligendum sit pro rata, & proportione lucri, quam in tali communi negotiatione vi pactorum dotalium consecuta est;
9 Res in exemplo fit clarior: Ponamus, Cajum, & Sejam supradictos conjuges ratione cauponariæ incurrisse in æs alienum sex millium florenorum; Nunc supponimus, ex cauponario quæstu uxori Sejæ vi pactorum dotalium tantùm tertiam partem lucri, sive quæstûs constitutam esse, ergò consequens est, ut etiam pro debitis exsolvendis non nisi ad tertiam partem, id est pro duobus millibus, obligata sit; Jubet ergò articulus, ut uterque conjux portionem suam pro rata, id est maritus quatuor millia, & uxor duo millia conferat, ex quibus creditoribus secundùm ordinem processûs Edictalis pro cujuslibet creditoris prærogativa, & prioritate satisfactio præstetur.

10 Quid si autem maritus ita depauperatus sit, ut sua quatuor millia conferre non possit, quæstio est satis difficilis, anne uxor tali creditori, qui propter inopiam mariti periclitatur, etiam ultra ratam suam ad solutionem, & satisfactionem obstricta sit? Ratio dubitandi est, quòd articulus noster statim in principio expressè dicat, Conjuges communem negotiationem exercentes correos esse, correorum autem ea natura est, ut quilibet eorum in solidum conveniri possit, *l. 2. Cod. pro Socio. l. 3. §. 1. ff. eod.* Et unus pro altero indivisim teneatur. *Arnold. de Raiger. in suo thesaur. litt. C. de Correis. n. 157.* meritò igitur dicendum videtur, quòd uxor se à solutione eximere non possit, cùm vi hujus dispositionis ex jure communi potuisset in initio litis, præterito marito, sola in solidum conveniri, & excuti. Ergò multò magìs, marito propter inopiam solvendo non existente, uxor in sup-
11 plementum obligata erit: Nec obstare videtur, quòd in Vers: Wo aber / dicatur, si inter conjuges de inæqualibus portionibus lucri conventum sit, quemlibet tantùm pro rata suæ portionis obligatum esse, nam dici potest, hanc dispositionem tantùm intelligendam de casu, quo maritus solvendo est, & ex utriúsque conjugis collatione proportionata creditoribus satisfieri potest, non quando creditores ex unius, vel alterius partis mala gubernatione, & prodigalitate damnificarentur, tunc enim justum esse videtur, ut creditores, qui utriúsque conjugis fidem secuti sunt, uno ad inopiam vergente, ab altero ex communi negotiatione locupletato indemnes serventur. Sed his, quæ speciosè afferuntur, non obstantibus, putamus, in proposito casu, quando maritus solvendo non est, quòd uxor, quæ ex tali negotiatione communi non commune, & æquale lucrum, sed minorem partem, v. g. tertiam, vel quartam vi pactorum dotalium consequitur, pro marito non sit obligata, sed solummodò pro portione sibi ex tali negotiatione com-
12 petente, idque ob sequentes rationes. Primò, quia idem locum habet in societate communi, ut, si portiones lucri sint inæquales, etiam onera debeant esse inæqualia, *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 1.* Ubi ad longum deducit, ejusmodi inæqualitatem pactorum prorsùs invalidam esse, nisi justa causa subsit, ob quam talis pactio in contractu societatis apposita fuit, v. g. si una ex partibus contrahentibus plus pecuniæ vel operæ, vel cujuscúnque alterius rei contulerit. Vid. DD. *ad §. 1. vers. nec enim Inst. de Societate.*
13 Deinde 2. Vers: Wo aber hujus articuli, claris verbis decidit, quòd conjux, qui ex negotiatione minorem portionem consequitur, quàm consors, ultra ratam suæ portionis pro solvendo ære alieno contracto non obligetur: Nec distinguit articulus, an consors, qui majorem partem lucri habet, solvendo sit, vel non, nam in tali inæquali societate unus Socius pro altero non obligatur, sed quilibet tantùm pro quota, & rata suæ portionis:

Et

Et hinc 3. dicimus, quòd conjuges communem negotiationem exercentes 14
non ſint correi indiviſim, & in ſolidum tanquam pro una perſona obligati, niſi ex negotiatione habeant commune commodum, & damnum, atque æquale lucrum, & quæſtum: Sedere enim ad publicum forum, & tabernam, integra cauſa non eſt correalis hujus obligationis, ut uxor cum, & pro marito indiviſim, & in ſolidum obligetur, ſed requiritur inſuper ex manifeſto tenore articuli, ut uxor cum marito æquale lucrum, & quæſtum habeat, quæ æqualitas lucri, & quæſtûs operatur etiam æqualitatem damni pro ſolvendo ære alieno, & ſynalagma obligationis correalis, per conſequens, ceſſante æqualitate ſocietatis tacitæ in negotiatione conjugali communi, ceſſare etiam debet obligatio correalis: Quod 4. demonſtratur ex ipſo 15
articulo noſtro in Verſ: Wo aber. Ubi expreſsè diſponitur, quòd in caſu inæqualis lucri participationis, poſt collationem utriuſque conjugis, ratæ diſtributio inter creditores fieri debeat ſecundùm Ordinem proceſsûs Edictalis, & cujuslibet creditoris prærogativam, & prioritatem, quod per apertam conſequentiam importat, neutrum ex conjugibus propter alterius inopiam ad ſupplementum obligatum eſſe, aliàs enim nec Proceſſu Edictali, nec dijudicatione ſuper unius, vel alterius creditoris prærogativa, & prælatione opus fuiſſet, quamdiu ab inæquali conſorte negotiationis ſupplementum exigi, & præſtari potuiſſet.

Dices, ſaltem hoc iniquum videri, ſi v. g. uxor ex tali inæquali nego- 16
tiationis communione lucrum fecerit propter parſimoniam ſuam, maritus autem per prodigalitatem ſuam creditores defraudaverit, ut non ſaltem damnificati à muliere indemnitatem pro quantitate lucri ſui petere poſſint, ex ratione priùs allata, quòd communem fidem conjugum ſecuti ſint. Sed, quia hæc exceptio non continetur in articulo noſtro, illam ſupplere non poſſumus, dubium enim eſſe non poteſt, quin ij, qui ad talem inæqualem negotiationem crediderunt, de illa fuerint ſufficienter informati, ſibi igitur imputent, cur non majori ſecuritate crediderint, cùm ſciverint, vel ſcire debuerint, quòd ſecundùm conſtitutiones noſtras Provinciales conjuges inæqualiter participantes non niſi pro rata obligentur.

In dubio tamen, quando conjuges communem negotiationem exer- 17
cent, præſumuntur exercere pro partibus æqualibus, cùm, ut jam ſupra dictum eſt, in ſocietate omnis quæſtus, & omne lucrum ex natura ſocietatis debeat eſſe æqualiter commune, niſi contrarium expreſsè fuerit conventum, ut in ſubſequenti articulo de communibus conjugum opificiis repetemus.

Ponitur quintò pro Regula, ſi matrimonium inter tales perſonas con- 18
tractum ſit, quæ in effectu communem negotiationem exercent, interim tamen ex tali communi negotiatione communem participationem æqualem, aut inæqualem non requirunt, ſed in pactis dotalibus conveniunt, quid uni, vel alteri parti ratione dotis, contradotis, morgengebæ, partis filialis de acquæſtibus, & ſupellectilis competere debeat, tunc iſta exceptio de conjugibus communem negotiationem exercentibus omninò deficit, & Regulæ univerſali Juris communis: Ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore: locus manet: Ratio eſt clara, quia præſumpta ſocietas ceſſat, ubi de expreſſa contraria voluntate conſtat, nemo enim ad ſocietatem invitus obligatur, ſi ergò ponas, maritum cauponem cum uxore ſua in pactis dotalibus conveniſſe, ut ipſa poſt mortem ſuam dotem, & paraphernalia ſua, morgengebam, contradotem vel partem filialem de acquæſtibus loco uſufructuariæ contradotis, & partem ſupellectilis recipiat, jam hoc ipſo ſequitur, quòd à tacita Societate receſſerint, & cùm uxor ex cauponaria negotiatione nullam lucri, & quæſtûs portionem accipiat, quòd etiam ad nullam æris alieni ratione cauponariæ negotiationis contracti exſolutionem teneatur:

Similiter dicendum eſt, ſi mulier aliquod exercitium habeat, in quo maritus de lucro, & quæſtu nihil participat, v. g. ſi uxor obſtetrix, vel chyrurga ſit: Si lini: vel lanificium exerceat, ſi phrygia acu, vel penicillo pingat, vel ſimilem aliquam artem ſciat, ex qua ſibi ſoli lucrum, & quæſtum facit, maritus ad debita, quæ uxor ejuſmodi artificii causâ contrahit, minimè obligatur, ſed ea, quæ ſibi ex pactis dotalibus, vel, iis deficientibus, ex jure noſtro ſtatutario debentur, liberè accipit, & creditoribus uxoris exceptionem, ne maritus pro uxore, &c. opponit.

19 Sed, quid dicendum eſt de aliis acquæſtibus, quando conjuges quidem communem negotiationem exercent, ſed non per modum ſocietatis communis, auff gleichen Gewinn / vnnd Verluſt. Sed, ut uxor, v. g. ex tali communi negotiatione juxta Verſ: Wo aber / ſibi certam quidem partem de quæſtu, & lucro, ſed minorem, quàm maritus habet, pacta fuerit, aut fortè prorsùs nullam, ſed ſibi tantummodò de reſtitutione dotis, paraphernalium, & morgengebæ vigilaverit, anné nihilominùs de acquæſtibus ejuſmodi communis negotiationis aliquid participat? Ad quod Reſpondemus, ſi ſibi pacta fuerit certam, ſed minorem partem, quàm dimidiam de lucro communis negotiationis, illam partem utique uxor conſequitur, ſed, prout dictum, cum onere, & obligatione ſolvendi debita intuitu hujus negotiationis contracta pro rata portionis ſibi ex lucro competentis, ſi autem conſtante matrimonio, extra caſum ejuſmodi negotiationis comūnis, à conjugibus ex communibus bonis, & communi parſimonia alii acquæſtus facti ſint, non dubitamus, quin uxor habitura ſit illam partem, quæ reliquis uxoribus juxta *Artic. 1. 3. & 4. hujus Tit.* ex acquæſtibus aſſignatur: Videlicet, ſi liberi adſint, & nulla contrados fuerit conſtituta, pars filialis, vel ſi contrados fuerit conſtituta, loco partis hujus filialis uſusfructus contradotis ad dies vitæ: Aut ſi nulli liberi adſint, dimidietas talium acquæſtuum proprietariè, & altera dimidietas uſufructuariè quoad vivit: Ratio eſt, quia non videmus, quare pactum de certa, & minore portione ex lucro communis negotiationis debeat uxori impedimento eſſe, ne in aliis bonis communibus ſub negotiatione non contentis id lucretur, quod de acquæſtibus in prædictis articulis omnibus uxoribus comūnicatur, imò, tametſi uxor ſibi de communi negotiatione tantùm pacta fuerit tertiam, vel quartam partem, ſi tamen maritus ſine liberis decedat, putamus, quòd uxor, non obſtante hoc pacto, omne lucrum, quod ex negotiatione ad maritum devenit, non quidem titulo pro Socio, ſed ex diſpoſitione legis, nomine acquæſtuum partim proprietariè, & partim uſufructuariè juſtè prætendere, & obtinere poſſit, prout ita judicatum fuiſſe, atteſtatur. *Franc. Balthaſar. pract. reſolut. tit. 1. reſolut. 4. n. 10.* In hoc tamen caſu tenetur uxor ad exſolvendum omne æs alienum intuitu hujus negotiationis contractum: Per rationem, quam ad *Art. 4.* allegavimus, quòd acquæſtus dici non poſſit, niſi deducto priùs ære alieno. In altero caſu, quando uxor quidem ad talem communem negotiationem concurrit, de nulla autem parte ex lucro ſibi cavit, ſed ſolūmodò de reſtitutione dotis paraphernalium, & morgengebæ vigilavit, tunc ad hunc *Art. 10.* omninò non pertinet, ſed judicanda eſt ſecundùm *Art. 1. 3. & 4.* Ratio eſt, quia ſublatâ tacitâ ſocietate ex integro tollitur etiam ejus effectus, & res redit ad diſpoſitionem generalem, ut talis mulier pari jure cum reliquis uxoribus cenſenda ſit, id eſt, ut exiſtentibus liberis poſt mortem mariti de acquæſtibus habeat partem filialem, vel uſumfructum contradotis, nullis autem liberis exiſtentibus partem acquæſtuum dimidiam proprietariè, & alteram partem ad dies vitæ uſufructuariè.

20 Ponitur ſextò Regula, quòd ſublata tacita ſocietate in communi negotiatione conjugum, eo modo, ut diximus, quando conjuges in pactis dotalibus

libus aliter diſponunt, & à ſocietate recedunt, quòd in dote, contradote, morgengeba, & aliis ejuſmodi nuptialibus, & matrimonialibus bonis conjux pro conjuge non obligetur, ſed quilibet ex conſortibus matrimonii ad propria ſua debita exſolvenda obligatus ſit: Ratio jam ante dicta eſt, quia ſublatâ causâ tollitur effectus, ſi igitur conjuges à præſumpta hac tacita ſocietate, quam per communem negotiationem ad æqualem quæſtum, & lucrum in dubio coire cenſentur, per pacta dotalia, vel expreſsè, vel per neceſſariam conſequentiam tacitè recedunt (quod fit, de rerum ſuarum ſecuritate à communi negotiationis obligatione liberanda expreſsè conveniendo) tunc omnimodè ceſſat diſpoſitio *Articuli hujus 10.* & res redit ad diſpoſitionem Juris communis, ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore &c.

Notabiliter tamen dicit articulus, quòd in tali caſu, quo ſublata ſo- 21
cietate uni ex conjugibus ſolutio debitorum incumbit, & alter res ſuas, & jura ſibi vi pactorum dotalium competentia recipit, donationes ab altero conjuge conſtante matrimonio ſibi factas prætendere non poſſit: Ratio eſt: quia mulier, abſtinendo à tacitæ ſocietatis effectu, ſe quidem in rebus, & prætenſionibus ſuis matrimonialibus indemnem ſervare, ſed creditores damnificare non poteſt, quod contingeret, ſi, marito non exiſtente ſolvendo, etiam donationes uxori tempore matrimonii factæ ſubducerentur.

Diximus ad *Art. 1. Verſ:* Es ſeye dann / *de donat. inter vir. & ux. decla-* 22
ratione. 2. D. Ant. Fabrum. in Cod. ſuo lib. 5. tit. 5. definit. 11. hujus opinionis eſſe, quòd, in caſu, quo maritus ſecundæ conjugi in præjudicium liberorum primi matrimonii contra *l. hac Edictali. Cod. de ſecund. nupt.* exceſſivâ, & immodicam donationem fecit, exceſſus ille repeti poſſit, non tamen ut creditoribus proficiat, ſed ut liberis primi matrimonii accedat, ergò præſupponit D. Ant. Faber, uxorem etiam in donatis præferri creditoribus ſaltem poſterioribus: Exemplum pone, quòd maritus uxori donationem fe- 23
cerit (antequam æs alienum contraheret) & rei traditione conſolidaverit, certè nihil videtur obſtare, quin uxor poſt mortem mariti rem ſibi donatam, & actualiter traditam poſt donationem morte confirmatam Jure dominii retinere poſſit, & proinde poſterioribus creditoribus potior ſit, ſed hoc non obſtante clarus eſt articulus noſter, ut donationes mulieri factæ non valeant in præjudicium creditorum: Et hac in parte creditores favorabiliores ſunt, quàm liberi primi matrimonii, in quorum gratiam tantùm exceſſus immoderatæ donationis vitiatur, in gratiam verò creditorum vitiatur tota donatio in verbis, aber keine andere Gaaben / vnd Schanckungen ſoll ſie das Weib zuforderen haben.

Dices, hunc textum non ita generaliter nudè, & crudè intelligen- 24
dum, ſed ſubtiliùs examinandum, & diſtinctionem faciendam eſſe, an creditores cum uxore concurrant vivente adhuc marito, vel primùm poſt mortem ejus: Si concurrant vivente marito, certum eſt, quòd uxor in donatis creditoribus cedere debeat; Ratio eſt clara, quia donationes inter conjuges etiam traditione rei roboratæ non valent, niſi morte partis donatricis confirmentur, quamdiu ergò maritus in vivis eſt, uxor in rebus donatis nullum jus habet, ſed dominium manet apud maritum, & proinde ad inſtantiam creditorum in executionem deduci poſſunt. Aliud eſt, ſi creditores primùm poſt mortem mariti cum uxore concurrant, tunc enim donatio uxori facta per mortem mariti confirmata, & convalidata eſt, ut meritò uxor poſterioribus creditoribus debeat eſſe potior, cùm hujus confirmationis, & convalidationis effectus ſit, ut retrotrahatur ad tempus donationis factæ, quo uxor dominium rei donatæ conditionaliter, ſi videlicet maritus præmoriatur, conſecuta eſt. Sed Reſpondemus, ſubtiliter hæc quidem dici, & conformiter ad mentem D. Ant. Fabri, ſed, cùm articulus noſter ſimpliciter omnes donationes annullet, quæ inter conjuges factæ ſunt, quamdiu cre-

creditores ex reliquis bonis mariti satisfactionem condignam habere non possunt, nec distinguat, an concursus fiat in vita mariti, vel post mortem ejus: Nobis verius esse videtur, uxori in donatis præ creditoribus, sive prioribus, sive posterioribus, sive secum in vita mariti, sive post ejus mortem concurrentibus, non competere jus, & sic D. Ant. Fabri doctrinam in nostra Patria locum non habere. Qui vadit planè, vadit sanè, in subtilitatibus plerúmque minor est veritas: Intentio hujus articuli fuit, ut uxor quidem, prout diximus, indemnis servetur, sed non, ut in præjudicium creditorum ex largitionibus mariti locupletetur.

25 Imò nec illa doctrina, quam Faber ponit, quòd excessus immoderatæ donationis uxori secundæ factæ cedat solis liberis prioris matrimonii, & non creditoribus posterioribus, ab aliis auctoribus probatis non est recepta, ut ipse Faber fatetur, durissimum enim esset, ut creditores à liberis primi matrimonii patris sui hæredibus propter privilegium *l. hac Edictali* damnificarentur, & jure suo privarentur.

26 Quæres, an uxor saltem ex donatis à marito id retinere possit, quod post solutionem omnium creditorum superest? Et nobis videtur, affirmativam certissimam esse, nam in *Art. 1.* ad Vers: Wäre jhr auch / latè deduximus, donationes inter conjuges factas per mortem confirmari, tametsi igitur in hoc articulo exceptio fiat, quòd donationes tales in præjudicium creditorum non valeant, tamen, si præsupponamus, creditoribus esse satisfactum, id, quod ex donatis superest, utique remanebit conjugi, cùm cessante præjudicio creditorum, etiam cessare debeat annullatio donationis, imò, si creditoribus ex aliis bonis mariti satisfactio fieri possit, putamus, illis jus non esse, donationes conjugi factas impugnandi, cùm hæc impugnatio ipsi tantùm conditionatè concedatur, si solutionem ex aliis bonis habere non possint, im Fall / inquit textus, die Glaubiger von deß jenigen Ehegemächts / welchem die Bezahlung obligt / Haab / vnd Guet nit möchten bezahlt werden / ergò à contrario sensu, si solutionem obtinere possunt, donationes persequendi facultatem non habent, quod ideò notandum est, ut, si conjux donatarius conveniatur à creditoribus non priùs excusso donatore, possit excipere, se ex donatis non nisi in subsidium teneri. Loquimur tamen hîc solùm de creditoribus personalibus, & chyrographariis, nam, si creditores hypothecarii, donata sibi priùs realiter obligata repetant, jam alibi diximus, quid juris sit, & dicemus ulteriùs ad *Tit. 16. Art. 1.*

Der Ailffte Articul.

Wiewohl auch die Handwercks-Leuth / zu jhrer gemainen Nahrung / sich Kauffens vnnd Verkauffens gebrauchen müssen / so ist doch das Weib für den Mann zubezahlen nit schuldig / außgenommen der nachgesetzten Handwerckern / bey welchen die Nahrung vil mehr durch Kauffen vnd Verkauffen / dann durch das Handwerck gesucht wird / vnnd die Weiber eben so wol als die Mannen / das Gelt einnemmen / nemblich die Breuen / Metzger / Lebzelter / vnnd die jenigen Köch / so Gastung haben / also daß dise Handwercker vnder vorgehendem Articul auch begriffen seyn sollen. Doch da zwischen jhnen sondere Geding / soll es ebenfals darbey verbleiben.

SUMMARIA.

1. *Quot sint genera conjugum communi negotiatione obligatorum?*
2. *An ad similes species extendi possint?*
3. *An ad opificium pistoria?*

4. An

4. *An ad coctores placentarum.* Zu der Kiechelbacher- vnnd Bastetenmacher-Zunfft?

5. *An ad sublimatores vini adusti, libarios, sacchararios,* zun Brandweinerern / Lebzelteren / vnnd Zuckerbacheren?

6. *An ad conficientes aromaticos potus,* Claret-Romaney-Zitronen-Wasser-macher?

7. *An ad saponarios amylifices,* die Saiffen-Sieder / *comptorios, & fucatorios,* die Anstreicher / vnd Haar-Pulvermacher / *capillarios, coronarios,* Paruquen / vnd Kräntzelbinder / *plumarios,* die Federschmucker / *& similes?*

8. *Quid si inter ejusmodi conjuges negotiatores aliud in pactis dotalibus conventum fuerit?*

9. *An pactum possit societatem tollere?*

10. *Quid si conjuges negotiatores se specialiter ut correos obligent?*

11. *Quid si res communis negotiationis in communem utilitatem versa fuerit?*

12. *Quid si superstes conjux pro altero ultroneè solverit?*

13. *An mulier, quæ mariti inopiæ causa fuit, pro ipso teneatur?*

14. *Quid si mulier pro marito obligato, & incarcerato se obligaverit?*

15. *An non maritus pro uxore se in omni casu obligare possit?*

Conjugibus communem negotiationem exercentibus similes sunt opifices, qui talia opificia exercent, quorum lucra ex emptione potiùs, ac venditione rerum, quàm ex ipsis opificiis proveniunt, & uxores æquè, ac mariti pecuniam recipiunt, communémque sustentationem exinde quærunt, quorum quatuor genera in hoc articulo enumerantur, utpote cerevisiariorum, der Breuen / lanionum, der Metzger / libariorum, & mulsariorum, der Lebzelter / vnd Metsieder / coquorum, qui simul cauponariam exercent, der Sudl-Köch. 1

Sed hîc oritur statim quæstio, an solùm in his quatuor specificis opificiis inter conjuges contrahatur tacita quædam societas, ita, ut tanquam correi debendi in solidum, & indivisim teneantur, vel an etiam hic articulus ad alias similes species extendi possit? V. G. ad pistores, ad eos, qui vina adusta sublimant, qui ex aromatibus aquas gustui gratas, & nescio quales delicias, & varietates pro levanda site tempore æstivo conficiunt, & aliis ejusmodi opificiis, & manufacturis, quæ non in arte, sed potiùs in quæstu, & lucro consistunt? Quod attinet ad pistores, recordamur, aliquando in Consilio Aulico pro indubitato habitum fuisse, inter conjuges pistoriam exercentes majorem esse tacitam societatem, quàm inter laniones, cerevisiarios, aut quoslibet alios ejusmodi opifices. Ratio est manifesta, cùm opificium pistorium omnes qualitates, quæ in hoc articulo ad tacitam societatem inter conjuges contrahendam requiruntur, in longè excellentiori gradu habeat, quàm reliqua opificia specialiter enumerata; nam mulieres pistrices tota die otiosæ sedent ad tabernas suas, & omnis generis panes publicè proponunt, divendunt, & in bursas suas amplissimas ex latere dextro pendentes multis plicis, & loculis distinctas, argenteísque circulis, & globulis circumcirca ornatas, pecunias colligunt. Certè nec laniena pecorum, nec coctura cerevisiæ, aut aliorum in hoc articulo enumeratorum opificiorum exercitium ita sexui muliebri convenit, aut quasi proprium est, quàm ars pistoria, quia apud Historicos legimus, quòd per quingentos octuaginta annos nullus pistor in Urbe Romana fuerit, sed Quiritum mulieres pistoriam solæ exercuerint, *Polydorius. lib. 3. cap. 2. Plin. lib. 18. cap. 11.* Si igitur mulieres lanionum, cerevisiariorum, &c. tenentur ex tacita quasi societate pro maritis suis, cùm tamen nec in provinciam excurrere, hordeum, lupulos coëmere, multò minùs cerevisiam braxare, aut lanienam, excoriationem, & dismembrationem pecudum exercere possint, quantò magìs tenebuntur pistrices, quæ pinsendi usum subindè meliùs, quàm ipsi mariti nôrunt? 2 3

His

4 His adnumerabis etiam illos, qui in nostra Patria constituunt propriam tribum, eine absonderliche Zunfft / nempe coctores placentarum, die Kiechelbacher / Item, die Dorten- und Pastetenmacher / cùm totum exercitium hujus artis pistoriæ pro maxima parte ex manibus mulierum dependeat, & mariti officium ferè in nullo alio, quàm in coëmendo butyro elixo, & farina exquisita consistat, omnis autem quæstus ex sola venditione placentarum proveniat, & in usum communem conjugum obtingat. Libariis per omnia similes sunt sacchararii, die Zuckerbacher / quia nihil interest, sive liba pinsantur ex melle, sive ex saccharo, & quia mulieres in utroque arti: sive opificio suam operam conferunt, melleas, & saccharatas confectiones palam venum exponunt, & pecunias recipiunt, ideò ex regula universali supra posita cum maritis indivisim, & in solidum obligantur. Quamvis isti homines in aulis passim ob gulæ delitias in tanto pretio sint, ut majora salaria percipiant, quàm Consiliarii Principum, quibus Reipublicæ cura incumbit.

5 Idem Judicium nostra opinione habendum est de sublimatoribus vini adusti, cùm planè illorum exercitium non in singulari quadam arte, aut industria, sed vel maximè in distractione, & venundatione potus pessimi, & ad consumandum genus humanum quasi in Acheronte inventi consistat. Digni non sunt isti opifices, ut ipsis præ cerevisiariis, lanionibus, & similibus Reipublicæ magis utilibus, & necessariis opificibus, majus privilegium indulgeatur, cùm alias hi vilissimi homines ex isto sordido quæstu ita ditescant, ut noverim unum, qui filiæ suæ ultra 30. millia florenorum in hæreditate reliquerit.

6 Nec aliter censere possumus (die Wassermacher / ut vulgò vocant) qui ex aromatibus varios potus, utpote, die Hypocras, Claret- Romaney- Zittronen-Wasser / & id genus alia poculenta conficiunt, quæ ad vituperandum, & abominandum vitium nostri sæculi pro delitiis adinventa sunt, & in principalioribus civitatibus plurimi tales pocillatores hodierno tempore tolerantur: Quis enim negare poterit, cùm in hac arte uxores excellentiores sint, quàm mariti, & totum quæstum ex distractione, & venditione trahant, quin non eodem jure cum braxatoribus cerevisiæ, pistoribus, lanionibus, & aliis hujus fœcis opificibus comparandi sint?

7 His non malè adnumerabis saponarios, die Saiffen-Sieder / amplifices, die Störck / oder Krafft-Mellmacher / comptorios, & fucatorios, die Anstrich- und Haar-Pulvermacher / myrepsicarios, & unguentarios, de quibus in *l. 21. §. 1. ff. de auro & argent. leg.* die Salbenmacher; Capillarios, & Coronarios, die Paruquen- und Kräntzelbinder / plumarios, die Federschmucker / rc. quoniam omne hoc genus cum conjugibus commune commercium habet, de quo Germania nostra hactenùs nihil scivit, inde tamen moderno tempore tantus quæstus ex talibus manufacturis extrahitur, ut non malè propter communem operam, venditionem, & distractionem conjugum eos in solidum, & indivisim obligatos esse, dicere possimus.

De hac distinctione opificum, quorum quæstus magis in emptione, & venditione, quàm in arte, industria, & labore consistit, diximus etiam supra, in dem Gandt-Proceß / *Tit. 2. Art. 5.* von dem Lidlohn.

8 Sicut autem in priori articulo dictum est, quòd inter conjuges communem negotiationem exercentes tacita societas cesset, si in pactis dotalibus inter eos aliter convenerit, ita etiam articulus noster de opificibus disponit, ut per consequens hæc tacita societas, quæ jura nostra in conjugibus communem negotiationem, aut opificium exercentibus inducunt, ferè inutilis sit, cùm vix ullum inter ejusmodi homines contrahatur matrimoniū, quo non de dote, contradote, morgengeba, & aliis nuptialibus lucris inter se per pacta dotalia conveniant.

Et

Et quamvis articulus iste, ut præcedens, nihil disponat de casu, quo 9
inter hujusmodi homines commune opificium exercentes de inæqualitate quæstûs conventum est, tamen non dubitamus, quin pactum de inæqualitate quæstûs etiam apud opifices, sicut apud negotiantes, tollat effectum societatis communis, ut conjuges pro se invicem tanquam correi indivisim, & in solidum non obligentur: Ratio est, quia comunis negotiatio, & commune opificium inter se parificantur: Prout igitur uxor negotiatrix in solidum, & indivisim cum: & pro marito non obligatur, quando ex lucro, & quæstu minorem partem accipit, ita nec uxor opificis ratione communis opificii obligabitur indivisim, & in solidum, quando eidem non æqualis portio lucri, & quæstûs, sed minor in pactis dotalibus stipulata, & promissa fuit, ut jam priùs latiùs deduximus.

Præter has duas nunc sufficienter exsplicatas exceptiones à Regula juris generali, ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore, &c. reperiuntur adhuc aliæ, quas brevissimè in compendio recensebimus, cùm propriè hujus loci non sint.

Prima est, quando uxor pro marito, vel maritus pro uxore se specia- 10
liter, & efficaciter obligant, juxta *Art. præced.* in Vers: Es hätte dann das andere Ehegemäch hierumben sonderbare Versprechung gethan / in welchem Fall alsdann geschehen soll / was recht ist / quæ autem requirantur, ut uxor se cum marito, vel pro marito per modum principalis, aut per modum intercessionis obligare possit, dicemus in sequenti articulo.

Secunda est, quando res in utilitatem mulieris versa fuit, quia in ta- 11
li casu maritus rem uxoris gessisse, & creditor cum ipsa quasi contraxisse censetur. An autem uxor obligetur, quando maritus debitum in causam alimentationis pro uxore impendit, DD. inter se variant: Affirmativam tenet *Anton. de Gamma. decis. 366. n. 7.* Ubi dicit, quòd si maritus nulla bona habeat, ex quibus possit solvere mutuum, quod accepit, & exinde uxorem aluit, ipsa uxor ad illud solvendum sit obligata, quam sententiam tamen *Joan. Baptista Costa. de Jur. & fact. ignor. inspect. 51. n. 8.* Et *in tract. de quota, & rata. quæst. 126. n. 15.* ita restringit, ut saltem uxori dos debeat manere salva, & intacta, Vid. *Anton. Faber. in Cod. ad S. C. Vellejanum. defin. 8.* Ubi in senatu Sabaudiæ duabus vicibus judicatum fuisse refert, quòd uxor in casu, quo maritus non existit solvendo, non tantùm pro alimentis in ipsius, sed etiam liberorum, & familiæ sustentationem impensis obligata sit.

Tertia Exceptio est, si uxor post majorennitatem sponte, & ultroneè 12
pro marito solvit, *l. 4. §. sed si. Cod. ad S. C. Vellejan. And. Gail. lib. 2. obs. 90. n. 7.* Videantur dicta *ad Art. 12.*

Exceptio quarta est, si uxor per luxuriam, prodigalitatem, & rei do- 13
mesticæ malam administrationem in causa fuit, ut maritus ad inopiam devenerit, & non solvendo exstiterit, tunc enim mulier causam, & obligationem suam facit., *Mindan. de mandat. lib. 2. cap. 61. n. 13. Balthasar. resol. 10. n. 2.*

Exceptio quinta est, si mulier se pro marito incarcerato, ut dimitte- 14
retur, obligavit. Vid. *de hac Exceptione Surdus. cons. 367. per totum. Faber. in suo Cod. ad S. C. Vellejan. defin. 16. & 19. Thesaurus. decis. 223. n. 7.* Ubi distinguunt, an maritus incarceratus fuerit ob delictum, vel ob æs alienum: In primo casu obligationem uxoris admittunt: In secundo casu inutilem pronunciant, cùm maritus cedendo bonis se ipsum ex carcere liberare possit. Qui plura de hac materia videre cupit, videat *Thesaur. in dict. decis. 223.* Et *Hering. in tract. de fidejuss. cap. 7. n. 389. & seqq.*

Cœterùm, quòd maritus pro uxore se obligare possit toties, quoties 15
ipsi lubet, nulli potest esse dubium, *per text. in l. cùm te. 3. Cod. ne uxor*

pro marito; casus tamen est notabilis, quo etiam invitus pro uxore obligatur, quando nimirum viduam ducit, quæ tutrix fuit filiorum prioris matrimonii, & nondum distractis rationibus suæ administrationis ad secunda vota transivit, tunc enim secundus maritus pro uxore tenetur, & ejus bona liberis primi matrimonii tacitè obligantur. *l. penult. Cod. in quib. caus. pign. &c. Gail. lib. 2. observ. 90. n. 2. Mindan. de Mandat. lib. 2. cap. 61. n. 10.*

Der Zwölffte Articul.

OBwohlen / gemainem Lands-Brauch nach / bißhero die jenigen Schuld-Verschreibungen der Weibs-Persohnen / darinn sie sich neben / oder für jhre Ehe-Männer / oder auch für andere Persohnen verschriben haben / für kräfftig gehalten / vnnd auff dieselbige / wann ein Weibs-Persohn / durch einen sonderen Anweiser / oder den jenigen / der auff jhr Erbitten neben jhr gefertigt / jhrer Weiblichen Freyheit in specie erjnnert worden ist / besonderbar wann die Adels-Persohnen / sich bey Adelichen Weiblichen Ehren / Trauen vnd Glauben verbunden haben / bey den Gerichten erkennet worden / auch solche Verschreibungen / so vil deren vor Publicierung diser Satzungen auffgericht wären / noch für gültig vnd kräfftig zehalten / So sollen doch fürterhin dergleichen Verschreibungen vnd Porgschafften der Weibs-Persohnen anderst nit gültig seyn / Dann im Fall es vnder Burgern oder Baueren geschicht / die Erjnnerung der Weiblichen Freyheiten / vnd verzicht derselben / auff dem Land vor den Gerichten / vnd in Stätt vnd in Märckten vor dem Rath / doch ohne Laistung deß Eyds / vnd in Abweesen deß Manns beschehen / daselbst eingeschriben / vnd alsdann ordentliche Schuld-Brieff auffgericht worden seyn. Wären aber solche Persohnen deren vom Ritter-Standt vnnd vom Adel / der Doctorn so Fürstl: Räth / deß Geschlechts der vier Haupt-Stätten / Item / auch anderer Doctoren / die jhren Doctorat auff bewehrten hohen Schulen erlangt / Frauen; Oder solche gefreyte Persohnen / die ohne Mittel dem Lands-Fürsten / oder dessen Vitzdomben vnd Räthen vnderworffen / mag gleichwol solche Erjnnerung vnnd Verzicht / ausserhalb deß Gerichts / durch einen sonderbaren Anweiser / doch ebenfahls ausser Beyseyn der Frauen Ehe-Vögt beschehen / doch daß neben vnd mit jhr / auch ein gefreyte Persohn / wie gemeldet / vnd der Anweiser / mit jhren Insiglen oder Wappen-Pettschafften vnnd Handschrifften fertigen / vnd die Frau / da sie schreiben kan / sich mit aigner Hand vnderschreibe. Beschehe aber die Verschreibung nit für den Ehe-Mann / sonder für jemand anderé / soll dieselbig gantz vnd gar vnkräfftig seyn / es sey dann / daß neben den obgesetzten Persohnen / auch der Mann mitfertige.

SUMMARIA.

1. An conjux pro conjuge reciprocè se obligare possit?

2. Cùm de marito nullum sit dubium, quid de uxore dicendum, an principaliter se pro marito obligare possit?

3. Qua-

3. *Quare non per intercessionem, & fidejussionem?*
4. *An mulier in obligationibus intercessorijs privilegio suo juratò renunciare possit?*
5. *Quæ distinctio inter personas nobiles, & plebejas?*
6. *An ex statutis nostris Bavaricis plebea mulier renunciationem facere possit coram notario, & testibus?*
7. & 8. *Quomodò mulier ante renunciationem certiorari debeat?*
9. 10. & 11. *An certioratio fieri debeat in omni renunciatione mulieris sive judiciali, sive extrajudiciali?*
12. *An non mulieris renunciantis actus sine certioratione sit ipso jure nullus?*
13. *An possit maritus renunciationis actui interesse?*
14. *Quid si nihilominùs mulier in præsentia mariti juratò renunciet?*
15. *Quomodò magistratus actum renunciationis solennizare debeat?*
16. *Quomodò nobilium fœminarum renunciationes extrajudicialiter fieri possint?*
17. *An mulieris subscriptio requiratur?*
18. *Quæ personæ sub vocabulo nobilium contineantur?*
19. *An Consiliarij Principis?*
20. *An Patritij, & qui tales?*
21. *An adhuc aliæ personæ, & quales?*
22. *An inferioribus officialibus hoc jus competat?*
23. *An actus renunciationum fœminarum nobilium subsistant, si desuper in supremis judicijs nullum instrumentum erectum fuerit?*
24. *An actus renunciationis talium mulierum coram quolibet judice fieri possit?*
25. *Quis sit judex ordinarius in causa renunciationis mulieris, an ubi mulier domicilium habet, vel ubi bona sita sunt?*
26. *An Secretarij, Registratores, Cancellistæ quoad renunciationes mulierum suarum hac dispositione gaudeant?*
27. *Quid de personis ignobilibus Hoffmarchias possidentibus dicendum?*
28. *Quid ulteriùs requiratur, si mulier non pro marito, sed pro extraneo intercedat?*

1 INter alios casus, quando uxor pro marito, vel maritus pro uxore conveniri possunt, in præcedenti articulo principaliter numeravimus hunc, si uxor se pro marito, vel maritus pro uxore efficaciter obligaverint. De obligatione mariti, ut præmisimus, nullum dubium est, cùm ille nullam prohibitionem Juris habeat, ut non semper, quando ei libuerit, possit obligationem uxoris vel ut correus, vel ut fidejussor, vel ut principalis, pro parte vel in totum participando, vel transferendo in se derivare, quod tamen uxori reciprocè licitum non est, propter constitutionem Auth. *si qua mulier. Cod. ad S. C. Vellejan. & Novell. 134. cap. & illud verò revidimus, &c.* & ipsum S. C. Vellejanum, de quo agitur in titulis. *ff. & Cod.* quorum jurium sedes est in hoc articulo juris nostri statutarii. Plurima de hac materia scribunt *Zanger. tract. de except. part. 3. cap. 11. Ant. Hering. tract. de fidejussor. cap. 7. Cujacius. ad l. tutor. 19. ff. ad S. C. Vellejan. Berlich. lib. 2. conclus. 19. per totum. Tuscus. pract. conclus. tom. 5. litt. M. conclus. 421. Balthasar ad hunc tit. resol. 11. & 12.* Ubi more suo latissimam excursionem facit, nos principaliora tantùm, quæ ad declarationem hujus, & sequentis articuli faciunt, in medium afferemus, Benevolum Lectorem in reliquis ad prædictos auctores, & plures alios, qui ad S. C. Vellejanum scribunt, remittendo.

Imprimis igitur certum est, quòd mulieres de Jure communi jus, & potestatem habeant, se ex qualibet causa, V. G. venditionis, permutationis, locationis, donationis, aut alia quacúnque simili principaliter obligandi: Ratio est, quia rerum suarum dominæ sunt, & hac in parte neque beneficio S. C. Vellejani, nec alio quocúnque privilegio gaudent, sed viris, & maritis pares, & æquales sunt: Imò, cùm mulieres maribus sint 2

avariores, & nullum periculum ſubſit, quòd in principalibus obligationibus ſuis propriis facilè ſeducantur, ideò nullum auxilium juris ipſis principaliter contrahentibus proditum eſt. *l. 1. ff. de Carbon. Edict.* diximus de jure communi, nam quid juris noſtri ſtatutarii ſit, explicabimus *Art. 16. hujus Tit.*

3 Aliud neceſſarium fuit in interceſſionibus, fidejuſſionibus, & aliis obligationibus, quas uxores cum: Vel pro maritis: Vel etiam pro aliis perſonis interponunt, quia enim ſexus iſte levis, & imbecillis eſt, & plerúmque periculum, quod per interceſſiones, & fidejuſſiones incurrunt, non ſufficienter apprehendunt, eò quòd putent, ſe ſecuras eſſe, quando alius principaliter obligatus eſt, ideò Jura noſtra Civilia mulieri pro marito intercedenti per Auth. *ſi qua mulier. Cod. ad S. C. Vellejanum, & dict. Novell. 134.* pro alio verò, fidejubenti, & intervenienti per exceptionem Senatûs Conſulti Vellejani ſubvenerunt. Inter utrúmque remedium hæc principalis differentia eſt, ut interceſſio pro marito facta ſit ipſo jure nulla, & mulieres adeò ſerventur illæſæ, quaſi nec quidquam factum, nec ſcriptum fuiſſet. *Rath. in ſæpè. cit. diſſert. jurid. aſſert. 16.* Interceſſio autem facta pro alia perſona infirmetur per exceptionem S. C. Vellejani. *Perez. ad hunc. tit. in Cod. n. 2.*

4 Et quamvìs inter DD. maxima diſputatio ſit, an mulier Auth. *ſi qua, & S. C. Vellejano*, cum, vel ſine juramento renuntiare poſſit, aliis negativâ, & aliis affirmativam tenentibus, vel varias diſtinctiones facientibus, ut videre eſt apud *Berlich. loc. cit. n. 13. cum mult. ſeqq.* Ubi negativam defendit, & apud *Caſſan. in conſuet. Burgund. rubr. 4 §. 13. n. 11. Pruggman. in l. in multis. part. 2. membr. 15. n. 12. & 22. ff. de ſtatu hominum.* Ubi affirmativam invenies, tamen hæc differentia apud nos clarè deciſa eſt, utpote quæ interceſſionem mulieris cum renunciatione ſolenniter facta admittit, ut ſtatim ulteriùs exſplicabimus.

5 Ex principio hujus articuli apparet, antiquitùs in Patria noſtra interceſſiones mulierum pro marito, & aliis factas ſemper fuiſſe validas, quando de privilegiis ſuis fuerunt ſufficienter certioratæ, vel quando nobiles perſonæ ſexûs muliebris ſe obligârunt ſub fide nobili, ut proinde nec Auth. *ſi qua mulier*, nec S. C. Vellejanum, quæ interceſſionem mulieris, vel ipſo jure annullant, vel per exceptionem infirmant, fuerint in uſu. Ne autem mulieres propter imprudentiam, & fragilitatem ſuam facilè inducantur, & per ejuſmodi interceſſiones, fidejuſſiones, ac interventiones ad rerum ſuarum diſpendium, & inopiam deveniant, nova ſtatuta noſtra Provincialia exactiùs vigilârunt, non quidem interceſſiones, & fidejuſſiones mulierum omninò annullando, aut per exceptionem infirmando, ſed certam formam, & ſolennitatem præſcribendo, quæ impoſterùm obſervari debeat: Et hæc in ſequenti duplici diſtinctione conſiſtit. 1. An talis interceſſio fiat à muliere plebea, id eſt civica, vel rurali, aut à muliere illuſtri, nobili, vel aliàs privilegiata. Deinde an fiat pro marito, vel pro extraneo, aut quavis alia perſona.

6 Si interceſſio, vel fidejuſſio fiat à muliere ignobili civica, vel rurali, neceſſe eſt, ut fiat coram magiſtratu ordinario, adeóque judicialiter, ex quo ſequitur, quòd forma in *l. antiquæ Jurisdictionis. 23. §. ne autem. fin. C. ad S. C. Vellejanum*, ad validitatem muliebris interceſſionis præſcripta, id eſt, ut fiat inſtrumento deſuper publicè confecto, & à tribus teſtibus ſubſignato, in Patria noſtra abrogata ſit, cùm mulierum plebejarum interceſſiones judicialiter, & coram ipſo magiſtratu fieri debeant, pro nobilibus verò alia *Diff.* forma ſtatuatur, ut paulò poſt dicemus, quæ eſt differentia inter jus commune, & jus noſtrum ſtatutarium.

7 Quatuor tamen obſervanda ad officium Judicis, ſive ordinarii magiſtratus pertinent: Primum eſt, ut mulierem intercedere volentem de privi-

legiis

legis eidem competentibus specialiter certioret, nec sufficit simplex, & generalis illa clausula, quæ plerúmque in instrumentis inseritur, quòd mulier omnibus privilegiis sibi competentibus, omníque legum auxilio renunciet, sed specialiter requiritur, ut certioretur de beneficio Auth. *si qua mulier*, si pro marito intercedit, & S. C. Vellejani, si intercedit pro alio, *Gail. lib. 2. obs. 77. n. 3. Berlich. loc. cit. n. 35. Hering. de fidejuss. dict. cap 7. n. 473.* ita, ut si Judices pagani, die Dorff-Richter / ipsi non intelligant, quid Auth. *si qua mulier*, aut S. C. Vellejanum importet, aut cujus tenoris sit, ipsa mulieris renunciatio, & intercessio nulla sit, vel inefficax, & invalida. Idem *And. Gail. n. 4. & seqq.* Nec obstat, quòd aliqui ex DD. in renunciatione uxoris Judiciali certiorationem non requirant, quoniam articulus noster contrarium expresse disponit, ut certioratio privilegiorum muliebrium debeat ruri fieri à Judice, in civitatibus, & oppidis verò à civico magistratu. Vid. *Hieron. de Cœvall. quæst. 562. & Thesaur. in decis. pedemontan. decis. 222.* Ubi rectissimè suadet, ut certioratio non solùm in extrajudiciali mulieris renunciatione, sed etiam in judiciali interponatur, quam aliqui in qualibet renunciatione requirunt, *Hypolit. singul. 18.* Secundum est, ut mulierem non adstringat ad renunciationem cum juramento faciendam, in verbis, doch ohne Eyd / quod manifestè demonstrat, Jure nostrò Bavarico intercessiones mulierum cum renunciatione privilegiorum suorum subsistere posse, modò sequentia exactè observentur: Deinde hæc providâ dispositio facta videtur ad declinandam illam controversiam, quæ inter DD. communiter movetur, an jurata renunciatio suppleat effectum certiorationis: Affirmativam tenet, *And. Gail. loc. cit. n. 10.* Ubi dicit, quòd virtute Juramenti mulier efficaciter obligetur, etiamsi non sit de Vellejano certior reddita, quia Juramentum loco certiorationis est, accedit *And. Hering. de fidejuss. cap. 7. n. 507. Thesaur. in decis. pedemont. decis. 222. n. 11.* Negativam tenet *Berlich. loc. cit. n. 37. & 38.* Vid. etiam *Cœvall. quæst. 15. n. 5. & 6. And. Rauchbar. part. 1. quæst. 34. n. 15.*

Quid si autem magistratus ordinarius non attenta hac constitutione juris nostri statutarii mulierem non certioraverit de privilegiis suis, Auth. *si qua mulier*, & S. C. Vellejani; Et nihilominùs eam ad juratam renunciationem admiserit, annê talis renunciatio sine certioratione valida est? Certè, quia omne juramentum, ut jam aliquoties diximus, de Jure Canonico, cui hac in parte standum est, servari debet, quamdiu sine dispendio salutis æternæ servari potest, non video, quomodò tutâ conscientiâ à D. Gailii opinione recedere possimus.

Si dicas, de forma esse renunciationis muliebris, ut secundùm articuli nostri dispositionem fiat sine juramento: Respondemus, hoc in articulo nostro non contineri, nec omissionem juramenti pro forma, aut solennitate de necessitate requiri, sed tantùm pro majori cautela mulieris, cùm prudentissimus legislator præviderit, utilius esse mulieri, ut de privilegiis suis specialiter certioretur, quàm ut statim ob admissionem ad juramentum per immaturam præcipitationem ad suorum privilegiorum remissionem inducatur: Imò, si ulteriùs instes, actum renunciationis sine certioratione esse omninò nullum: Respondemus, de hac nullitate in textu hujus articuli nullam mentionem fieri, quod autem lex non dicit, nec nos dicere debemus, planè, si statutum nostrum Provinciale actum renunciationis cum juramento factum pro nullo declararet, nostra opinione talis declaratio irrita, & inanis foret, nam de juramentis disponere non est legis civilis, sed pontificiæ. Sic quamvìs DD. Acatholici plerique scribant, quòd uxor Auth. *si qua mulier*, ne cum juramento quidem renunciare possit, per *l. non est dubium. 5. Cod. de legibus.* Ubi expresse habetur, ut in prohibitis à lege nec sacramentum admitti debeat, tamen hujusmodi juratam renunciationem valere, ne-

que mulierem eidem contravenire posse, non solùm omnes Catholici DD. affirmant, *per cap. cùm contingat. x. de Jurejurando. Gutierez. de jurament. confir. part. 1. cap. 55. n. 6. Azevedo. ad Reg. constit. Hispan. lib. 5. tit. 3. ad l. 9. n. 9. Thesaur. in decis. pedemon. decis. 223.* Sed etiam Acatholici accedunt *And. Rauchbar. part. 1. quæst. 34. n. 15. Berlich. loc. cit. n. 24. Ritterhus. in expos. cit. novell. part. 2. cap. 4. n. 20.* Manet igitur certum, mulieris renunciationem juratam sine præcedenti sufficienti certioratione ab imperito Judice rurali, vel Senatu Civico admissam, non obstante hujus articuli dispositione ratam, & firmam esse.

13 Tertium est, quod officio Judicis, & ordinarii Magistratus incumbit, ut procuret, ne maritus, quando intercessio pro illo fit, actui certiorationis, & renunciationis uxoris suæ intersit. Ratio hujus rei est, ut mulieri plena, & exacta libertas conservetur, ne imposterùm dicere possit, se ex respectu, persuasionibus, minis, aut blanditiis mariti inductam fuisse.

14 Sed quid si hanc salutarem legis dispositionem, & præcautionem Judex, aut magistratus Civicus imperitus, ut de priore observatione diximus, neglexerit, & uxor in præsentia mariti, vel sufficienter certiorata de privilegiis suis, vel etiam sine certioratione juratò renunciaverit, valétne renunciatio etiam præsente marito facta? Et ex prædictis sequitur, eam omninò valere in utróque casu, sive mulier certiorata fuerit, sive non fuerit certiorata, quia juramentum utrúmque defectum, id est omissæ certiorationis, & præsentiæ mariti supplet, secùs esset, si maritus connivente Judice uxorem dolo malo, vi, aut metu contra voluntatem suam ad renunciationem juratam induxisset, tunc enim actus per se nullus omni jure prohibitus, & invalidus esset, cùm ejusmodi delicta nemini patrocinari debeant per jura vulg:

15 Quartum est, ut Judex, & ordinarius Magistratus ejusmodi renunciationem ab uxore Judicialiter, & solenniter factam protocollo inserat, & desuper judiciale instrumentum erigat. Sed hîc exoritur quæstio, an juxta ea, quæ in Processu Summario, *Tit. 2. Artic. 3. de Transact. & Art. 8. de Compromissis* diximus, distinguendum sit de quantitate parvæ, vel magnæ summæ, pro qua uxor intercedit, sive fidejubet? Videlicet, ut si 50. florenos non excedat, sufficiat, renunciationem præcedenti legali certioratione factam protocollo inseri, vel an requiratur, ut etiam super parva summa 50. florenos non excedente erigi debeat judiciale instrumentum? Et ad posterius videtur dicendum quòd sic, quia articulus noster indistinctè utrúmque requirit, ut renunciatio protocollo fuerit inserta, & ex post facto desuper instrumentum Judiciale erectum: Sed, cùm una lex per aliam declaranda sit, putamus, etiam in casu renunciationis, prout in casu transactionis, & compromissi, prædictam statutorum nostrorū dispositionem inter magnam, & parvam summam observandam esse, quæ propterea introducta est, ut parcatur sumptibus pro erectione instrumentorum necessariis, nec ullam rationem video, quare in intercessione mulieris protocolli Judicialis minor virtus, & auctoritas esse debeat, quàm in transactionibus, aut compromissis: Nec obstat, si dicas, priores dispositiones de transactionibus, & compromissis loqui in genere de plebeis hominibus, hanc autem in specie de mulieribus, quæ propter illarum imprudentiam, & fragilitatem majori cautione indigent: Verùm, quia etiam mulieris transactio, & compromissum in re sua facta (abstrahendo à dispositione *Art. 16. hujus Tit.*) non est adstricta ad erectionem instrumenti Judicialis, si summa 50. florenos non excedat, cur pro renunciatione, occasione intercessionis facta adstricta esse debeat, non apparet.

Alte-

Alterum membrum distinctionis est, de mulieribus Illustribus, & Nobilibus, quarum renunciatio, & certioratio etiam extrajudiajaliter fieri potest, sequentibus solennitatibus observandis, nempe: Primò, ut ipsa mulier super intercessione, & renunciatione sua conficere curet instrumentum sub manus suæ subscriptione, & proprii sigilli appressione, sive appensione, **vnder aignen Hand-Underschrifft / vnnd Fertigung**: Secundò, ut mulier habeat nobilem, & privilegiatam personam, quæ instrumentum intercessionis, & certiorationis simul cum illa subscribat, & sigillet, quam communiter vocamus assistentem, **einen Beystånder / oder Mitfertiger**: Tertiò, ut interveniat certiorator, **ein Anweiser** / de cujus officio in sequenti articulo dicemus. Ex hac autem sollicita dispositione quædam oriuntur dubiæ quæstiones. 16

Prima est, an mulieris subscriptio præcisè requiratur? Et licèt articulus tantùm conditionatè loquatur, si possit scribere, **da sie schreiben kan** / tamen in casu, quo ipsa mulier scribere non possit, nos putamus, si non necessarium, certè magnoperè consultum esse, ut tertius adhibeatur, qui loco mulieris instrumentum subscribat, & expediat: Ratio est, quia textus in supra citata *lege 23. Cod. ad S. C. Vellejanum* pro sustinenda intercessione, & certioratione expresse præsentiam, & subscriptionem trium testium requirit, tametsi igitur instrumenta nobilium personarum in Patria nostra habeantur pro publicis, quia tamen supponimus, à muliere nobili, quæ scribere non potest, nullum instrumentum erectum esse, utique tutius erit, ut defectus hujus subscriptionis suppleatur per tertiam personam æquè nobilem, & privilegiatam, ut forma *l. 23. Cod. ad S. C. Vellejanum* aliqualiter adimpleatur. Nos ejusmodi renunciationes, & certiorationes plerumque fieri vidimus coram notario, adhibitis aliis duabus personis nobilibus una pro assistente, & altera pro certioratore, qui modus utique securissimus est, quando mulier renuntians, per propriam subscriptionem suam voluntatem, & consensum declarare, & palàm facere non potest: Interim, si instrumentum tantùm à duobus, id est assistente, & certioratore fuisset erectum, subscriptum, & sigillatum, planè valdè subsistimus, an valeat nullo notario adhibito, qui suppleat mulieris vicem, & subscriptionem, ne fraudibus, & seductionibus locus detur. Idem dicendum videtur de muliere proprium sigillum non habente, ut scilicet defectus sigillationis per tertiam personam suppleatur, cùm enim ex communi DD. opinione mulierum intercessio, & renunciatio tam quoad Auth. *si qua*, quàm quoad S. C. Vellejan. omninò sit inutilis, nisi strictissimè fuerit observata forma *l. 23. Cod. ad S. C. Vellejan.* utique etiam statuta nostra Provincialia in hac materia rigorosa, non tantùm, ut DD. loquuntur, in favorem uxoris, sed etiam Reipublicæ causâ introducta, exactè observari debent, ut deficiente uxoris sigillatione, & subscriptione, quæ ex consuetudine Patriæ nostræ publicum instrumentum conficit, substituatur notarii auctoritas, verbo dicam, ut fiat integra fides instrumento, & tollatur omnis suspicio fraudis, deceptionis, & inductionis. Omnium optima legum interpres est consuetudo, quæ, ut diximus, in ejusmodi actibus renunciativis notarii interventum adhibet, ut supra allegata tria requisita, id est instrumenti publici confectio, assistentis, & certioratoris interventio, simultanea subscriptio, & sigillatio plenè, & exactè observetur. 17

Secunda quæstio est, quænam personæ sub vocabulo nobilium comprehendantur? Et de his personis sufficienter scripsimus ad *Art. 15. Tit. 7.* **deß Summarischen Proceß** / & *Art. 20. Tit. 2. & Art. 2. Tit. 3.* **deß Gandt-Proceß** / quo lectorem remittimus, cùm iste articulus in effectu cum prioribus conveniat, videlicet non solùm illos, qui equestris sunt ordinis, sed etiam alios nobiles, qui pro talibus in Patria nostra à Principe terræ agno- 18

scun-

ſcuntur, & publicantur hujus diſpoſitionis capaces eſſe ; Et hinc eſt, quòd articulus eos conjungat, welche von der Ritterſchafft / vnnd vom Adel ſeynd:
19 Deinde Conſiliarii Principis : Et licèt articulus tantùm loquatur de Conſiliariis Doctoribus, ut proinde videatur, reliquos Conſiliarios, qui Doctores non ſunt, excludere, tamen, cùm hæc dignitas nobilitatem tribuat, paſſim uſu obtinuit, ut etiam Conſiliarii, qui Doctores non ſunt, & fortè etiam nullum conſilium frequentant, ſed titulotenùs pro Conſiliariis ha-
20 bentur, hoc, & aliis ſimilibus privilegiis gaudeant. Ulteriùs Patritii in quatuor metropoliticis civitatibus Monacenſi, Landishutana, Straubingana, & Burghuſiana, quibus etiam adnumerabis Ingolſtadienſem, cùm illa quoque ſucceſſu temporis metropoliticis civitatibus in conſeſſu ſtatuum Provincialium adæquata ſit : Quamvìs, ut verum fateamur, ibidem, ut etiam alibi in quibuſdam metropoliticis urbibus tales perſonæ ad magiſtratum ſubinde eligantur, uti ſunt procuratores, ſcribæ, caupones, mulſuarii, cereviſiarii, & ſimiles, quæ nomine Patritiorum indignæ ſint : Ut proinde ſub hoc vocabulo, der Geſchlechter in den vier Haubt-Stätten / non omnes ii, qui in magiſtratum eliguntur, ſed ii ſolùm, qui jura patritiatûs ab antiquo obtinuerunt, vel propter benè merita à Principe terræ pro patritiis declarati, & publicati fuerunt, intelligendi ſint. Denique, cùm Doctores quoque, qui in approbata Univerſitate gradum Doctoratûs adepti ſunt, pro nobilibus habeantur, illis quoque hoc privilegium tribuitur, quibus ex generali conſuetudine etiam Licentiati adnumerantur, quoniam cingendus habetur pro cincto ; Convenit hac in parte *Art. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Ubi habetur, quòd Licentiati, prout Doctores, in propriis ſuis contractibus jus habeant inſtrumenta conficiendi, & ſigillandi, ergò etiam idem jus competere debet eorum uxoribus in interceſſionibus, & renunciationibus ſuis, quia uxores virorum privilegiis fruuntur.

21 Tertia quæſtio eſt, quænam ſint illæ privilegiatæ perſonæ, de quibus articulus loquitur, ultra ſuperiùs enumeratas, quarum mulieribus jus conficiendi, & ſigillandi ſuper interceſſionibus, & renunciationibus ſuis conceditur ? Et Reſpondet articulus, illas eſſe, quæ immediatè juriſdictioni Principis terræ, vel ſupremis Dicaſteriis Aulici Conſilii, & Regiminum ſubjectæ ſunt. Die ohne Mittel dem Lands-Fürſten / oder denen Vitzdomben / vnd Räthen vnderworffen ſeynd / uti ſunt Præfecti Provinciales, Judices Provinciales, Præfectorum Vicarii, Telonarii, Granarii, Salinarii, Foreſtarii, & ſimiles, die Pfleger / Land-Richter / Pflegs-Verwalter / oder Pflegs-Commiſſarij / Zollner / vnd Mautner / Saltz-Beambte / Forſt- vnnd Wild-Maiſter / qui omnes ſolius Principis terræ, & ſupremorum tribunalium ejus juriſdictioni immediatè ſubjecti ſunt, & de his multum dubium ſubeſſe non poteſt, cùm inter præcipuos officiales, vnder die fürnemmere Beambte numerentur, & quaſi pro nobilibus habeantur : Tametſi quidam eorum nec ratione nativitatis, nec ratione doctrinæ, aut alterius prærogativæ nobiles ſint, ſed ſæpè ad ejuſmodi officia per longum uſum, & exercitium, ac, quam inde aſſecuti ſunt, praxin, & experientiam promoveantur.

22 De inferioribus officialibus major ſubeſſe poteſt dubitatio, V. G. de grammateis omnis generis, von denen Gericht-Schreiberen / Kaſten-Maut- vnd Saltz-Gegenſchreiberen / & quibuſcùnque aliis hujuſcemodi generis inferioribus officialibus ; Nam, cùm illi quoque ſecundùm regulam hujus articuli immediatè ſubſint juriſdictioni Principis, vel ſupremorum ejuſdem tribunalium, vnder den Hof-Rath / vnnd den Regierungen / videtur eorum conjugibus hoc privilegium æquè competere, ac principalioribus, ſive præcipuis modò enumeratis officialibus. Sed nobis perſuaſum eſt, hanc nullo modo intentionem eſſe præſentis noſtri Articuli, ſed diſtinctionem quandam faciendam inter perſonas, quæ ratione dignitatis, vel præeminentiæ

ad jurisdictionem immediatam Principis, vel supremotum tribunalium ejus pertinent, & illas, quæ ad jurisdictionem supremam tantùm ratione officii spectant, ut sunt officiales minores, & substituti, qui, cùm superioribus officialibus ratione jurisdictionis non subsint, per necessariam consequentiam, & non propter dignitatem, ad superius forum, & Judicium devolvuntur: Sicut igitur ejusmodi homines jus instrumenta erigendi, & sigillandi super propriis contractibus non habent, ut communis praxis, & observantia est, ita multò minùs eorum conjuges pro maritis, aut aliis, secundùm formam nobilibus personis in hoc articulo præscriptam intercedere, aut privilegiis suis renuntiare possunt, sed ad Judicialem processum cum aliis plebeis, & civicis personis remittendæ sunt: Ex quo oritur

Quæstio quarta, cùm neque apud Aulicum Consilium, neque apud Dicasteria Regiminum habeantur protocolla Judicialia, die Gerichts-Bücher / vnd Protocoll / neque expediantur ejuscemodi instrumenta Judicialia super aliorum contractibus, obligationibus, aut alijs quibuscúnque negotiis, ubi talium personarum mulieres pro marito, vel aliis intercedentes actum suum intercessionis, & renunciationis solennizare debeant? Et dicimus, nihil obesse, quòd tales actus rarò in supremis dicasteriis celebrentur, cùm rarò contingant, si tamen contingunt, validi planè non sunt, nisi soleñizentur coram supremis tribunalibus, omnibus iis adhibitis, quæ in hoc articulo ab inferioribus tribunalibus civicis, & ruralibus requiruntur, & licèt ibi tales libri Judiciales, solche Gerichts-Bücher / non habeantur, prout in inferioribus Judiciis, tamen nihil impedit, quin super tali actu separatum protocollum haberi, & desuper ad ejus validitatem instrumentum Judiciale erigi possit. Prout etiam omninò necessarium est, in omnibus actibus, contractibus, conventionibus, & obligationibus, maximè pignoratitiis illarum personarum, quæ à Civicis, & aliis inferioribus Judiciis eximuntur, werden in Hof-Schutz genommen / quorum moderno tempore ferè innumerus est numerus, qui, ut se civicis, vel aliis communibus oneribus subtrahant, ejusmodi exemptiones emendicant, ut plerique illi faciunt, qui nescio qualia nova mercimonia, arti: vel opificia plerùmque magìs damnosa, quàm utilia inferunt; hi enimverò, cùm jurium nobilitatis propter sordida, & quæstuosa commercia capaces non sint, suos, suarùmque conjugum contractus, qui Jure nostro Statutario non nisi judicialiter fieri possunt, coram superioribus tribunalibus, quibus subsunt, justificare debent. 23

Sed quæres quintò, annon hic actus intercessionis, & certiorationis possit fieri coram quolibet Judice, cùm videatur esse actus meræ facultatis, qui coram quolibet Judice expediri possit? Quoniam in libera uxoris voluntate consistit, an intercedere pro marito, vel alio, & privilegiis suis renunciare velit, vel non, ut de insinuatione donationis excessivæ, emancipatione, adoptione, & aliis similibus actibus Doctores scribunt, verùm, licèt in mera, & libera voluntate mulieris sit, an velit intercedere, & renunciare, vel non, si autem semel ad intercessionem, & renunciationem se resolvit, illam secundùm Statuta nostra tanquam plebea persona necessariò coram ordinario magistratu peragere debet, propterea actus intercessionis, & renunciationis muliebris non est voluntariæ, sed necessariæ Jurisdictionis, quia secundùm dispositionem articuli hujus magistratus ordinarii causæ cognitionem requirit, & hinc manifestum est, ejusmodi homines ab inferioribus Judiciis exemptos suos actus alibi justificare non posse, nisi coram magistratu superiori, cujus jurisdictioni per viam gratiæ subjecti sunt. Vid. quæ scripsimus ad *Art. I. Tit. I.* der Land-Recht. *Vers:* Es wäre ihr. *quæst. 2.* 24

Quis autem sit magistratus ordinarius in causa intercessionis muliebris, an ubi mulier suum domicilium habet, vel ubi ipsius bona sita sunt? Et distinguendum est, an mulier se obliget pro marito tantùm personaliter: 25

Vel an se obliget realiter, bona sua creditori pignori dando ? Si prius, utique mulieris obligatio personalis, & dependens ab ea renunciatio fieri debet coram magistratu, ubi domicilium habet ; In altero verò casu, quando intercedit realiter, dando pignora, & hypothecas, obligatio, & renunciatio fieri debet coram magistratu, sive Judice, in cujus districtu bona mulieris sita sunt. Vid. quæ diximus, in dem Gandt-Proceß/ *ad Tit. 2. Art. 20.* Ubi probavimus (quidquid DD. de Jure communi disputent) secundùm statuta nostra Provincialia, pignoratitias obligationes erigendas esse coram magistratu rei sitæ, ex quo principio *D. Rath. loc. sæpiùs cit. assert. 20.* rectè infert, si mulier civica Ingolstadiensis, pro marito suo fidejussura, & oppignoratura quoddam prædium, sub præfectura Provinciali, in dem Land-Gericht/ situatum, coram eo magistratu Auth: *si qua mulier* renuntiet, quòd talis fidejussio tantùm quoad prædictum prædium valeat, ulteriùs tamen neutiquam extendatur, adeò, ut nec actio personalis ex ea contra mulierem, quantumvis pluribus bonis alibi locupletatam, possit institui, eò quòd ultra quantitatem prædicti prædii fidejussio, & renunciatio non censeatur coram competenti magistratu facta, adeóque ex Jure statutario destituatur effectu : Aliud est dicendum, quando mulier se personaliter duntaxat coram magistratu domicilii pro marito legitimè intercedendo, & renuntiando obligavit, tunc enim personaliter obligata est, quocúnque tandem domicilium suum transtulerit, ita, ut creditori ad satisfactionem condemnata, per litteras mutui compassus executio in ejus bona ubicunque sita fieri possit, ut quotidiana praxi docemur, & in omnibus actionibus personalibus moris est, ut, si condemnatus in loco domicilii sufficientia bona non habeat, in quæ executio fieri possit, brachium alterius Judicis, ubi bona condemnati sita sunt, pro executione imploretur. Cautè igitur legendus est *D. Balthasar. sæpè cit. tit. 1. resol. 12. n. 13.* Ubi dicit, si mulier pro marito fidejussura renuntiet coram uno tantùm Judicio, quòd talis fidejussio, & renunciatio quoad bona illius jurisdictionis, sub qua renunciavit, quidem valeat, attamen quoad bona alibi sita nulla, & inutilis sit, quod verum esse dicimus in obligatione mulieris reali, quâ intercedendo pro marito bona sua pignori dat, aut hypothecam constituit : Secùs est, si se coram Judice domicilii personaliter obligavit omnibus adhibendis adhibitis, tunc enimverò valet ejus obligatio ubique locorum, ita, ut si domicilium transferat ad locum, ubi bona sua sita sunt, possit ab illo Judice condemnari, & in mulieris bona executio fieri, non obstante, quòd in loco bonorum sitorum intercessio, & renunciatio mulieris facta non fuerit : Hoc quotidianum est in omnibus ejusmodi obligationibus personaliter ritè confectis, ut debitor in loco, in quo reperitur, conveniri, & si ibi bona habet, ad executionem deduci possit, si autem bona illius alibi sita sunt, executio in loco bonorum sitorum impetrari debeat.

26 Quæritur sextò, quid de Secretariis, Registratoribus, Cancellistis, & aliis personis, quæ ab Aulico Consilio, & Regiminibus dependent, dicendum sit ? Ad Secretarios quod attinet, cùm illi, si non nobilibus personis, saltem officialibus præcipuis, denen Pflegs-Verwalteren/ Maut/ Zoll/ Salz/ und anderen dergleichen Beambten/ non immeritò comparentur, & illorum officium honorificum sit, ipsique immediatè ad jurisdictionem supremorum tribunalium pertineant, putamus, nos non errare, si illos, & illorum mulieres hujus privilegii, de quo agimus, capaces esse pronuntiemus. Recordamur, tempore Serenissimi Maximiliani Piissimæ Memoriæ decretum emanâsse, quòd omnes Secretarii Advocatos præcedere debeant, quod signum est, eos in majori, vel saltem pari honore, & dignitate cum Doctoribus esse, sed Doctoribus, & illorum uxoribus hoc privilegium expresse conceditur, ergò etiam Secretariis competere debet : Deinde Docto-

res

res sibi honori ducunt, si in supremis Consiliis officium Secretariatûs obtineant, quæ igitur confusio fieret, si alii Secretarii nullum gradum habentes minùs essent privilegiati quoad Jura instrumentandi, & sigillandi? Cùm tamen Secretarii graduati juniores senioribus in omnibus aliis cedere debeant, quod utique paritatem dignitatis importat, cùm semper inter pares senio locus sit. In Registratores, Cancellistas, & alias personas Cancellariæ subjectas, Cancellarii Jurisdictionem prætendunt, coram quibus igitur illorum conjuges suas intercessiones, & renunciationes conficere debent, cùm ejusmodi homines inter privilegiatas personas, de quibus articulus loquitur, numerari non possint, & jus super propriis contractibus instrumenta conficiendi, & sigillandi neutiquam habeant. Quia verò Cameræ Præsidi, aut Directori ab Aulico Consilio in Registratores, Cancellistas, & alias personas Cancellariæ Camerali incorporatas, extra casus illorum officia concernentes, Jurisdictio denegatur, necessariò sequitur, eorum mulieres in conficiendis intercessionibus, & renunciationibus habendas esse, sicut alias personas plebeas Jurisdictioni Aulici Consilii subjectas, de quibus paulò ante sufficienter diximus.

Quid sentiendum sit de Personis ignobilibus, qui Hoffmarchias possident, diximus in *secunda semicent. nostra. controv. 48.* quò benevolum Lectorem remittimus. 27

Quæ hactenùs exposuimus, concernunt intercessiones, & renunciationes mulierum, quas pro maritis faciunt, quando autem pro aliis intercedunt, ultra prædicta etiam hoc requiritur, ut maritus instrumentum intercessionis, & renunciationis sua quoque sigillatione, & subscriptione corroboret, Es seye dann / inquit textus, das neben den obgesetzten Persohnen auch der Mann mitfertige. 28

Dices, quòd in his verbis nihil dicatur de subscriptione mariti, sed tantùm de simultanea expeditione, von der Mitfertigung. Respondemus, quòd expeditio, sive die Fertigung / in duobus consistat, in sigillatione, & subscriptione, sicut articulus priùs de muliere dixit, ut instrumentum sigillet, & subscribat, hæc enim duo, subscriptio & signatio, in omni instrumento simultaneè requiruntur, *Besold. in Thesaur. pract.* Verbo, Sigill. §. *Sigillum solum.* Convenit *Artic. 8. Tit. 2.* deß Summarischen Proceß. Ubi in Verbo, der Fertigung / die Handschrifft / vnd das Insigel / per expressum requiritur.

An autem uxoris intercessio, & renunciatio pro alio, quàm marito facta cum Juramento valeat, si maritus sua sigillatione, & subscriptione instrumentum non approbaverit, nec consensum suum addiderit, dicemus ad *Art. 16. hujus Tit.* Ubi hujus materiæ propria sedes est, nimirum quid, & quantum uxori in suis obligationibus, & conventionibus, cum, vel sine præscitu mariti liceat, vel non. Differenda est ergò hæc illatio: Uxor pro marito cum Juramento intercedens, & renuntians obligatur, tametsi intercessio, & renunciatio solenniter facta non sit, ergò etiam valet cum Juramento facta pro extraneo: Ubi illam penitiùs examinabimus.

Der Dreyzehendte Articul.

EIn Frau / wann sie sich für ihren Mann verschreibt / hat fürnemblich zwo vnderschidliche Freyheiten. Erstlich / da sie sich für ihren Ehe-Würth absonderlich Porgschaffts weiß / oder neben ihme / als selbs Schuldnerin verschreibt / oder in sein Verschreibung bewilliget / vnd hierunder ihr Persohn / oder ihr Haab vnd Güter verbindet vnd verpfändet / so ist solche Verschreibung / Verbindung vnd

Verpfändung / vermög der Rechten / allerdings Krafft-loß vnnd vngültig / Es sey dann das entnommen Gelt in deß Weibs aignen sonderbaren Nutzen verwendet wordē / vnd diß haist die Freyheit Authenticæ, Si qua mulier, C. ad Senatus Consultum Vellejanum.

Zum andern / hat ein Frau wegen jhres Heyrat-Guets / Morgengab vnd Widerleg / vnd anders jhme zugebrachten Guets / bey jhres Manns Güteren den Vorgang / vor vilen Glaubigern / Jnmassen im Gandt-Proceß mit mehrerm zusehen ist / vnd dise Freyheit heist die Freyheit deß Vorgangs mit jhren heyratlichen Sprüchen: Derowegē / da jemand in Verschreibungen einer Frauen Anweiser seyn will / soll er diser Freyheiten / wie sie in disem Articul erklärt seyn / gutes wissen haben / vnd der Frauen solche vnderschidlich wol erklären / sie auch insonderheit fragen / ob sie sich allein der Freyheit / daß sie sich für jhren Ehe-Würth kräfftig nit verschreiben möge / oder auch deß Vorgangs mit den Heyratlichen Sprüchen / oder hergegen allein diser Freyheit deß Vorgangs / vnd nit auch der ersten / oder deren beeder verzeyhen wölle / seytemal vil daran gelegen / ob ein Frau sich beeder / oder allein der einen Freyheit verzeyhe. Jnsonderheit aber soll er sie wol fragen / ob sie es willig thue / oder nit etwañ durch jhren Ehe-Würth mit trohen / oder in anderweeg wider jhren freyen Willen gezwungen werde. Item / ob solch jhr Verschreibung nit etwann jhr / jhrem Ehe-Würth vnd Kindern gar nit zu Nutzen / sonder vil mehr zu Schaden vnnd Verderben geraichen möchte / derowegen sie sich wol bedencken wölle. Jnsonderheit aber soll ein jeder Anweiser wol auffmercken / daß er die Frauen / nach Innhalt dises Articuls / warhafftig also wol vnd vmbständiglich erjnnere / jhr alles in sonderheit vorhalte / vnd nit vermaine / es seye genug / wann man in die Brieff schreibe / die Erjnnerung sey also beschehen / nach Innhalt dises Articuls. Und dise Erjnnerung soll auch in Fällen / wie oben vermeldt / vor Gerichten vnd Rath geschehen.

SUMMARIA.

1. *Quid contineat officium certioratoris?*
2. *Quam notitiam habere debeat?*
3. *An debeat esse distincta persona à contrahentibus?*
4. *Quid in casu, quo mulier scribere non potest?*
5. *Quid si notarius certiorationem intermiserit?*
6. *Quæ distinctio, si fuerit Notarius vel à marito, vel ab uxore requisitus?*
7. *An sufficiat, si notarius in instrumento dicat, mulierem fuisse certioratam?*
8. *Quibus in specie privilegijs uxor renunciare, & de ijs certiorari debeat?*
9. *Quid si mulier non spontè renunciet?*
10. *Quæ distinctio sit, ut mulier præsumatur certiorata de Vellejano, & certiorata de actu renunciationis, si utrúmque in instrumento Notarij contineatur?*
11. *Quid si obligatio mulieris pro marito cedat in illius damnum?*
12. *An omnia certioratoris nobilis officia requirantur etiam in judicialibus?*

Diximus paulò ante, inter alia necessarium esse, ut mulier in intercessione tam pro marito, quàm extraneo certioratorem adhibeat, nunc in hoc articulo exsplicatur officium certioratoris, si intercessio, & renunciatio fiat pro marito, in subsequenti verò, si fiat pro extraneo. 1

Primò igitur requiritur, ut certiorator privilegiorum mulieribus competentium sufficientem notitiam habeat, si enim ipse de privilegiis mulierum informationem non habet, quomodò de iis mulierem instruere potest? Hinc DD. docent, si certiorator ad instantiam partis à Judice interrogetur, qualia sint illa beneficia, de quibus mulierem certiorem reddiderit, & is non sciat, nec privilegia illa edicere, aut exsplicare possit, quòd instrumentum intercessionis, & renunciationis non valeat, sed omnis obligatio evanescat. *Hering. tract. de fidejuss. cap. 7. n. 485. Gail. lib. 2. obs. 77. n. 7. Berlich. loc. cit. n. 53.* Et hoc verum est, sive mulieris intercessio fiat pro marito, sive pro extraneo: Ratio est, quia intercessio mulieris pro marito est ipso jure nulla, & pro extraneo ope exceptionis infirmatur, ut jam supra diximus, nisi renunciatio in utróque casu intercessionis pro matito vel extraneo factæ accesserit, ad validam autem renunciationem requiritur etiam exacta, & specifica certioratio, quæ utique nullum effectum habebit, si ipse certiorator privilegia mulieris ignoraverit. 2

Secundò requiritur, ut iste certiorator sit propria, & distincta persona à personis contrahentium. Hinc sequitur, quòd illa controversia DD. an ipse creditor pro certioratore admitti possit, secundùm statuta nostra sit inutilis, cùm illa notabiliter duas separatas personas ad instrumentum renunciationis solennizandum requirant, certioratorem nempe, & assistentem, den Anweiser / vnd Mitfertiger / si igitur assistens non simul etiam certiorator esse potest, multò minùs ipse creditor, tanquam in causa propria certiorator esse potest, prout pulchrè ostendit idem *Hering. de fidejuss. cap. 7. n. 475.* Si tamen juxta ea, quæ supra diximus, mulier nec scribere possit, nec sigillum proprium habeat, & sic in horum defectu pro conficiendo instrumento intercessionis, & renunciationis notarium adhibeat, is utique personam certioratoris sustinere potest, ut videre est apud dict. *Hering. loc. cit. n. 475.* & apud *Berlich. loc. cit. n. 48.* Sed quid si notarius pro certioratore constitutus ex incuria certiorationem intermiserit? Tunc mulier quidem ad nihil creditori obligata est; Hoc tamen disputant, an tunc creditor adversùs notariũ actionem ad interesse habeat, ex ea ratione, quòd is suo officio ritè non fuerit functus: hoc quidem idem *Berlich. loc. cit. n. 48. & Hering. n. 474. & n. 479.* affirmant, utique idem dicturi, si supponamus, nullum notarium adhibitum, sed instrumentum proprio uxoris sigillo, & subscriptione manûs confectum fuisse, ad officium certiorationis propriâ personâ requisitâ, quamvìs enim notario major culpa imputari possit, cùm officium ipsius sit publicum, & proinde de mala administratione ex locato, & conducto teneatur: Quia tamen etiam ille culpam committit, qui officium gratìs, & ex mera familiaritate suscipit, & illud fideliter non præstat, utique videtur cum notario in pari causa esse, & creditori ad interesse obligari. Sed nos judicamus, distinctione opus esse, an v. g. notarius, vel alia persona ad officium certiorationis constituta, fuerit ex parte mulieris, vel ex parte creditoris adhibita. Si fuerit ex parte creditoris adhibita, creditor utique contra talem certioratorem officium suum malè, & negligenter administrantem actionem habet in id, quod suâ interest, & quidem contra notarium actionem locati, & conducti, quia illius officium, & opera venalis est, & pro mercede, & pecunia præstatur: Contra tertiam personam verò, quæ gratìs, & ex familiaritate officium certioratoris suscepit, actionem mandati, ita ut in utráque, tanquam bonæ fidei actionibus præstetur lata, & levis culpa: Si autem notarius, aut alius quicúnque

3 (margin, at "Secundò"); 4 (at "Si tamen"); 5 (at "Sed quid si"); 6 (at "Sed nos judicamus")

que certiorator ad hunc actum à muliere fuerit conductus, aut constitutus, non videmus, muliere ob omissam certiorationem ab intercessione, & renunciatione resiliente, creditori ullam actionem competere contra certioratorem, utpote cùm ipse cum notario, aut certioratore nihil contraxerit, mulieris autem contractus tertio nihil prosit: Si dicas, creditori actionem ex *l. Aquilia* competere: Respondemus, actioni *l. Aquiliæ* propterea locum non esse, quia præsupponimus, notarium, & certioratorem culpam duntaxat in omittendo, & non in committendo contraxisse, quæ ad actionem *l. Aquiliæ* insufficiens est, *tot. tit. Inst. & ff. de l. Aquilia*. Aliud esset dicendum, si notarius aut alius certiorator dolo malo ex malitia, & proposito officium suum neglexisset, ad hunc scilicet effectum, ut mulieri semper integrum sit, ab intercessione recedere, tunc enim locus esset actioni de dolo, cùm fraus, & malitia certioratoris alteri non debeat esse damnosa. Et ex hoc sequitur

7 Pro tertio requisito, non sufficere, ut vel notarius, vel alia persona pro certioratore constituta sit privilegiorum muliebrium gnara, & de cætero omnibus numeris absoluta, sed ut etiam officium suum impleat, & mulieri exsplicationem privilegiorum suorum actualiter faciat. Hinc non sufficit, ut jam priùs diximus, si in instrumento intercessionis, & renunciationis dicatur, mulierem de omnibus suis privilegiis fuisse certioratam: Imò, ut articulus noster expresè dicit, nec hoc sufficit, si dicatur, mulierem esse certioratam de privilegiis suis secundùm tenorem hujus articuli, & Constitutionis nostræ Statutariæ, quoniam specialissima renunciatio requiritur; ergo etiam specialissima certioratio, quia, sicut mulier præsumitur de Jure ignorare sua privilegia, ut proinde de iis certior fieri debeat, ita etiam; si renunciaverit, & de certioratione non constet, quæ facti est, non præsumitur fuisse certiorata, *Berlich. dict. loc. n. 49. juxta gloss. in l. si mulier. 4. Verb. non usuram. ff. ad S. C. Vellejan.*

8 Quartum igitur, & principale requisitum est, ut certiorator inter privilegia mulieris distinguat secundùm instructionem hujus articuli, quæ clarior esse non possit. Dicit enim articulus, uxori pro marito intercedenti duplicia competere privilegia: Primum est privilegium Auth: *si qua mulier Cod. ad S. C. Vellejan.* per quam fidejussio, sive intercessio mulieris ipso jure nulla, & invalida est, ut jam aliquoties diximus. Alterum privilegium est, ut ratione bonorum suorum dotalium contradotis, morgengebæ, & paraphernalium in bonis mariti habeat tacitam hypothecam, imò & jus prælationis ante alios multos creditores sicut in Processu Edictali, *Art. 11. Tit. 2.* fusiùs exsplicavimus: Incumbit igitur certioratori in casu, quo mulier pro marito intercedit, ut eam distinctè examinet, an utrique huic privilegio, vel solùm alterutri, & cui renunciare velit; Ex quo apparet, quàm necessarium sit, ut ipse certiorator de differentia horum privilegiorum sit sufficienter informatus, nam, cùm generalis renunciatio etiam cum relatione ad hunc articulum prorsùs insufficiens sit, &, si mulier privilegio Auth. *si qua* renunciaverit, non tamen censeatur renunciâsse privilegio tacitæ hypothecæ, & prælationis sibi pro dote, contradote, morgengeba, ac paraphernalibus competenti: Econtra verò, si renunciavit privilegio tacitæ hypothecæ, & prælationis, non censeatur renunciâsse Auth. *Si qua mulier, Cod. ad S. C. Vellejanum:* incumbit utique certioratoris officio, ut mulieri utriúsque distinctionem dilucidè declaret, ut benè deliberare, & ante erectionem instrumenti intercessionis, & renunciationis de ejus mente, & intentione plenè constare possit. Quid autem intersit, si renunciatio utriúsque privilegii, vel tantùm alterutrius fiat, paulò post sequetur, interim putamus, quæ sint partes certioratoris, in hoc articulo tam clarè præscribi, ut planè in jure oporteat esse imperitum, qui huic articulo satisfactionem præstare non possit.

Requi-

Requiritur autem ulteriùs quintò, ut certiorator mulierem interroget, 9
& examinet, an ejusmodi intercessionem, & renunciationem spontè, & voluntariè, proprio motu, & deliberatè faciat, vel annon à marito minis, vel aliâ viâ citra suam voluntatem, & intentionem inducta sit? Quia, ut supra diximus, quæ dolo, fraude, vi, metu, blanditiis, aut aliis circumventionibus facta sunt, & facta esse, probari possunt, sustineri non debent. Diximus, si facta esse, probari possunt, nam, si instrumentum legitimè erectum dicat, mulierem liberâ voluntate intercessionem, & renunciationem fecisse, tamdiu eidem standum est, donec contrarium probetur.

Dices, quòd secundùm communem opinionem DD. mulier in dubio 10
de beneficio S. C. Vellejani non præsumatur certiorata, tametsi in instrumento contineatur, eam sufficienter certioratam esse, ergò etiam non præsumi debet libera voluntate actum intercessionis, & renunciationis fecisse, tametsi id in instrumento asseratur: Verùm ad hoc Respondemus, quamvìs *Jasoni in l. si duo. 28. §. idem Julianus. ff. de Jurejurando. n. 19. & seqq.* hæc quæstio, an certioratio facta esse præsumatur, si in notarii instrumento ita contineatur, tam dubia visa fuerit, ut desuper respondere, & consulere nunquam voluerit, tamen melior sententia est in contrarium, ut fides instrumento tam diu adhibenda sit, quamdiu de contrario non manifestè constat. *Hering. dict. loc. cap. 7. n. 482. Thesaur. in decis. pedemont. cit. decis. 222. n. 7. Gail. lib. 2. obs. 77. n. 7.* Quod in nostro casu multò magìs obtinere debet, cùm agamus de delicto, quod nunquam intervenisse præsumitur, nisi manifestis probationibus contrarium doceatur.

Denique requiritur sextò, ut certiorator mulierem examinet, annon 11
obligatio illius pro marito suscepta potiùs in ipsorum damnum, & depauperationem, quàm in utriúsque, & liberorum communium utilitatem vergat, quo in casu certioratoris tanquam boni viri officium est, ut mulierem dehortetur, quamvìs nullum beneficium proditum esse inveniamus, quo ipsi subveniri possit, si adhibitis omnibus solennitatibus tantâ curâ, & sollicitudine adinventis, & præscriptis contra omnem certioratoris admonitionem, & dehortationem nihilominùs in intercessionem, & renunciationem consenserit.

Ultimò addit articulus, quòd omnia ea, quæ de officio certioratoris 12
statuta sunt, etiam observari debeant in intercessionibus vulgarium personarum, quæ ruri, & in civitatibus coram ordinario magistratu judicialiter fiunt, quod maximè ruri necessarium est, cùm subindè tam imperiti Judices sint, ut nec vocabula S. C. Vellejani, & Auth: *si qua mulier*, nec tacitæ hypothecæ aut prælationis, multò minùs rem ipsam intelligant. Videtur quidem D. Balthasar etiam in judiciali intercessione mulierum separatum certioratorem requirere, cùm dicat, moris esse in Patria nostra, ut illud officium plerúmque procuratores præstent. Sed, sicut diximus, notario incumbere, ut mulierem privilegiorum suorum certiorem reddat, quando intercessio coram ipso erigitur, ita etiam dubium nullum est, quin in judiciali intercessione ab ordinario magistratu officium certioratoris suppleri debeat. *Juxta verba fin. Art. præced. D. Rath. loc. cit. ass. 18.*

Der Vierzehendte Articul.

Wirdet aber ein Frau für jemand andern/ der nit ihr Ehe-Würth/ guet vnd Porg/ vnd verschreibt vnd verbindet ihr Persohn oder ihr Guet/ das ist ebenfals nit gültig/ sie verzeyhe sich dann der Freyheit deß Senatus Consulti Vellejani, welches will/ daß kein Weibs-

Per-

Persohn könde Porg seyn / vnd werde dessen ebenfals / wie im vorgehenden Articul geordnet / genugsamb erjnnert; Es wäre dann / daß ein Weibs-Persohn jhrer Porgschafft halben / Gelt oder andere Schanckung eingenommen / oder sich zu vnderschidlichen Zeiten zway oder mehrmahlen für ein ainige Schuld / als Porgin / verbunden vnd verschriben hätte.

SUMMARIA.

1. *Quid dicendum de mulieris intercessione pro extraneo?*
2. *Quando mulier renunciare Vellejano possit in fidejussione pro extraneo?*
3. *Quid si pecunia, pro qua mulier fidejussit, in ipsius utilitatem conversa sit?*
4. *An hoc tantùm extendatur ad mutuum, vel ad omne debitum?*
5. *Quid si mulier ad interventionem pecuniam, sive munera acceperit?*
6. *Quæ quantitas requiratur?*
7. & 8. *An mulier Vellejano gaudeat, si bis pro uno debito fidejusserit?*
9. *Quantum temporis interstitium inter repetitas intercessiones requiratur?*
10. *An intervallum biennij sufficiens sit?*
11. *A quo tempore geminata intercessio vires suas acquirat?*
12. *Ad quid hoc scire prosit?*
13. & 14. *An exceptio Vellejani detur etiam mulieris hæredibus, & fidejussoribus?*
15. *Quid si mulier se obliget ut correa cum marito in eodem instrumento?*
16. *Quatenùs hæc mulieris prætensio se extendat?*
17. *Quid si nihil utilitatis ad mulierem pervenit?*
18. *Quæ ad versionem probatio requiratur?*
19. *Quid si maritus pro contractu mutui ab uxore celebrati fidejubeat?*
20. *An uxor cum mariti voluntate validè intercedere possit?*
21. *Quæ differentia sit, si mulier se obliget pro marito per intercessionem, vel cum eo tanquam correa?*
22. *Quid certioratori incumbat, si mulier se tanquam correa constituit cum marito?*
23. *An renunciatio Auth: si qua, &c. præjudicet privilegio beneficij prælationis?*
24. *Quid si mulier Auth: si qua, &c. non renunciaverit, sed privilegijs tacitæ hypothecæ, & prælationis?*
25. *Quæ solennitates requirantur ad renunciationem mulieris, quam solùm facit Auth: si qua, &c.*
26. *An saltem mulieris certioratio requiratur?*
27. *Quatenùs mulier causam dotis deteriorem facere possit?*

1 SIcut uxor, ut in præcedenti articulo deduximus, se non potest obligare per modum intercessionis pro marito, ita etiam inutilis est intercessio, & fidejussio, quam mulier facit pro alio, & extraneo, cum hoc solùm discrimine, quòd intercessio pro marito sit ipso jure nulla, pro Extraneo
2 autem facta exceptione S. C. Vellejani elidenda. Excluditur autem exceptio S. C. Vellejani, quando mulier eidem renunciavit, si enim renunciatio legitimè facta tollit, & enervat effectum Auth: *si qua mulier*, ut præmisimus, multò magìs tollere, & enervare debet effectum S. C. Vellejani, cùm major, & validior prohibitio sit intercedere, & fidejubere pro marito, quàm pro extraneo; Necessarium autem est, ut non minùs in renunciatione pro extraneo, quàm pro marito facta certioratio interveniat, & debet hæc certioratio cum omnibus illis solennitatibus, & requisitis fieri, prout in præcedenti pleniùs exsplicatum est. Nunc supersunt adhuc aliæ quæstiones examinandæ, quæ utriúsque casus, id est intercessionis pro marito, & pro extraneo convenientiam, vel differentiam magìs exsplicabunt.

Prima

Prima igitur quæstio est, quid si uxor vel pro marito, vel pro extraneo invalidè, & inutiliter, non adhibitis præscriptis solennitatibus, & requisitis intercesserit, vel fidejusserit, an saltem in hoc casu efficaciter obligetur, si pecunia credita in mulieris propriam, & singularem utilitatem conversa fuerit? Et Respondetur affirmativè, per verba *Art. 13.* **Es seye dann das entnommene Gelt / in deß Weibs aignen sonderbahren Nutzen verwendt worden /** convenienter Auth: *si qua*. Ubi intercessio pro marito annullatur, nisi manifestè probetur, quòd pecuniæ in propriam ipsius mulieris utilitatem expensæ sint. Et hujus rei ratio est, quia hæc privilegia mulieribus ideò concessa sunt, ne propter fragilitatem, & imprudentiam suam facilè damnificentur, & depauperentur, non ut ditentur cum alterius jactura, & licèt hæc exceptio in hoc *Art. 14.* non repetatur, nihilominùs tamen ex naturali ratione, ducto argumento à majori ad minus, tacitè repetita esse censetur, si enim magìs prohibitum, id est intercessio pro marito, convalidatur per versionem rei in utilitatem uxoris, ergò multò magìs convalidari debet, quod est minùs prohibitum, id est intercessio pro extraneo. 3

Quæritur secundò, cùm articulus noster loquatur tantùm in specie, **von dem entnommenen Gelt /** adeóque de solo mutuo, an etiam intercessio mulieris pro marito, vel extraneo facta in aliis contractibus irrita, & invalida sit? Respondemus, quòd sic, cùm mutui, & crediti appellatione omnis contractus contineatur, *l. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. creditorũ. 11. ff. de V. S.* ut proinde mulier in quocúnque contractu intercedere, & se obligare prohibeatur. *Berlich. loc. cit. n. 58. Thesaur. dict. decis. 222. n. ultimo.* 4

Sed quid si tertiò mulier, ut intercederet pro alio, pecuniam, aut munera, vel rem aliam mercedis nomine ab initio obligationis, vel ex post facto acceperit, anné beneficio S. C. Vellejani juvabitur? Et negativè respondet articulus noster, juxta verba, **Es wäre dann / das ein Weibs-Persohn ihrer Vorgschafft halber Gelt / oder andere Schanckung eingenommen.** Convenit hoc cum jure communi in *l. antiquæ. 23. Cod. ad S. C. Vellejanum*: Et ratio est, quia accepta mercede non tam videtur levitate, quàm lucri cupidine ducta intercedere, *gloss. ad dict. l. à Principio. Perez. in Cod. ad hunc titulum. n. 17.* 5

Quæ autem quantitas ad hoc, ut mulier perdat beneficium S. C. Vellejani requiratur, nec in hoc articulo nostro, nec in *l. antiquæ. 23. Cod. ad S. C. Vellejanum* exprimitur, censetur igitur judicis arbitrio relictum, *Anton. Hering. dict. cap. 7. n. 435.* Debet tamen nostra opinione quantitas esse aliquo modo notabilis, ut muleris cupiditas, & avaritia quasi præponderet levitati, & imprudentiæ illius, & exinde judicari possit, illam magìs habendi desiderio, quàm ex fragilitate intercessionem fecisse. 6

Sed nunc quæritur quartò, an si uxor intercesserit pro marito, & pro tali intercessione pecuniam, aut rem aliam pretio æstimabilem acceperit, anné similiter amittat privilegium Auth: *si qua mulier Cod. eod.* Et Respondemus negativè: Ratio differentiæ clara est, quia uxor intercedendo pro marito facit actum prorsùs nullum, & invalidum, quasi, ut verba sonant, neque factum quidquam, neque scriptum esset, intercedendo autem pro alio facit actum validum, ita ut nascatur actio, & obligatio, quam tamen mulier per exceptionem S. C. Vellejani infirmare potest, ut supra diximus: tametsi igitur S. C. Vellejani exceptio mulieri pecuniam, vel aliam rem mercedis loco accipienti, denegetur, illud tamen ad beneficium Auth: *si qua*, quæ totum actum intercessionis pro marito annullat, extendi non potest: Et hinc est, quòd in præcedenti articulo, ubi de intercessione pro marito egimus, nulla hujus rei mentio facta fuerit. Intentio nostra tamen

non eſt, ut uxori pecunia, quam pro interceſſione maritali turpiter accepit, cùm ſciverit, eam nullam eſſe, remaneat, ſed poteſt eam creditor condictione ſine cauſa repetere, ne mulier ex ſua deceptione iniquum lucrum faciat.

7 Convenit cum hoc pro quinta quæſtione, quod in articulo præſenti ſubſequitur, an ſcilicet mulier, quæ ſe diverſis temporibus, duabus, vel pluribus vicibus pro uno, eodémque debito, fidejuſſorio nomine obligavit, exceptione S. C. Vellejani uti poſſit? Et Reſpondet articulus noſter prorsùs negativè, conformiter *l. ſi mulier. 22. Cod. ad S. C. Vellejan.* Ubi habetur, quòd repetita interceſſio mulieris adultæ, & ætatis perfectæ, quæ videlicet 25. annum complevit, intra biennale juge tempus, poſt priorem cautionem numerandum, pro eadem cauſa interpoſita auferat mulieri beneficium Vellejani. Sed

8 Quæ eſt quæſtio ſexta, anné etiam talis repetita interceſſio auferat mulieri beneficium Auth: *ſi qua mulier?* Et Reſpondemus, nullatenùs: juxta expreſſa verba, ſive ſemel, ſive multoties aliquid pro eadem re fiat, id eſt, ſive interceſſionem ſuam unâ, ſive pluribus vicibus pro marito interpoſuerit, *Berlich. loc. cit. n. 57. Hering. n. 470. Rauchbar. part. 1. quæſt. 34. n. 11.* Ex quo apparet, hanc quæſtionem, an mulieri beneficia ſua competant ipſo jure, vel ope exceptionis, non eſſe de lana caprina, ſed maximè utilem, ut in ſequentibus ulteriùs patebit.

9 Quæres tamen hîc ſeptimò, cùm articulus noſter loquatur tantùm de interceſſionibus iteratò, & diverſo tempore factis, nec ullam mentionem faciat, quanta temporis prolixitas inter repetitas interceſſiones requiratur, an ſufficiat, ſi interceſſio uno eodémque die bis, ter, aut pluribus vicibus fiat? Affirmativam videtur tenere *D. Balthaſar. loc. cit. n. 25.* & illa rationi conformis eſſe, quia non curſus temporis, ſed geminatio actûs cenſetur efficaciam ſuperaddere. *Berlich. loc. cit. n. 5. Rauchbar. part. 1. quæſt. 34. n. 11. Perez. ad dict. tit. 29. n. 15.* Quia iterationis, & geminationis major eſt effectus, quàm ſimplicis actus. Verùm his non obſtantibus putamus, articulum noſtrum ſupplendum eſſe ex *dict. l. ſi mulier. 22. Cod. ad S. C. Vellejan.* Ubi expreſsè requiritur, ut inter geminatam interceſſionem juge tempus biennale interceſſerit, hujus rei ratio eſt, ut mulier ſufficiens ſpatium habeat deliberandi, examinandi, & ſtatuendi, an ſibi talis interceſſio proſit, vel obſit, cùm, ſi uno, eodémque die actum geminaverit, aut triplicaverit, videatur, geminationem, & triplicationem eadem levitate feciſſe, qua primam interceſſionem. Nobis igitur probabile non eſt, quòd ſtatuta noſtra Bavarica hoc ſpatium biennale mulieri ad deliberandum conceſſum voluerint abbreviare, cùm alias regula communis ſit, quòd ſtatuta interpretationem ſuam ex Jure communi ſumere debeant.

10 Et hæc diſpoſitio, quòd mulier ex geminata obligatione poſt intervallum biennij efficaciter obligetur non tantùm locum habet in interceſſione, & obligatione perſonali, qua mulier ſe ipſam obligavit, ſed etiam in reali, qua ſua bona pro alio pignori dedit, ut expreſsè deducitur ex *dict. l. ſi mulier. 22.* in verbis, ſiquidem inter biennale juge tempus poſt priorem cautionem numerandum pro eadem cauſa fecerit cautionem, vel pignus, aut interceſſorem dederit: Ratio eſt, quia pignus æquè poteſt geminatò conſtitui, ac perſonalis obligatio, ſive cautio fieri: Ceſſat igitur in utráque geminatione vel perſonalis cautionis, vel realis, levitatis & imprudentiæ muliebris ſuſpicio, ob quam beneficium S. C. Vellejani mulieribus conceſſum eſt, maximè accedente lapſu biennij, intra quod mulieri deliberandi ſpatium tribuitur.

11 Singulariter etiam notandum eſt, quòd interceſſio mulieris geminata poſt biennium facta vires ſuas non acquirat à tempore primæ interceſsionis, ſed

ſed demum à tempore geminationis, ſeu repetitionis, *Hering. cit. cap. 7. n. 451. Jacob. Menoch. lib. 3. præſumpt. 11. n. 3. Berlich. loc. cit. n. 8.* Ratio eſt, quia S. C. Vellejanum mulieribus adeò favorabile eſt, ut, ſi interceſſio non fuerit repetita, exceptio S. Conſulti poſſit etiam opponi poſt ſententiam in executione rei judicatæ, imò, ſi mulier non oppoſita exceptione S. C. Vellejani, aut beneficio ex Auth: *ſi qua mulier*, ſibi competente, ſolutionem illius fecerit, in quod pro marito vel extraneo condemnata fuit, habet conditionem indebiti, *l. naturalis. ff. de O. & A. & l. fidejuſſ. §. natural. ff. de fidejuſſ.* ſi ergò geminatio primùm tribuit effectum efficacis obligationis, ſequitur, illum non eſſe retrotrahendum ad tempus, quo prima interceſſio à muliere facta fuit, nulla enim ſubfuit primæ obligationi conditio, ſed, ſicut pura fuit, ita etiam purè nulla aut inefficax fuit, & effectus obligationis primum exordium ſumpſit à tempore repetitionis, ſive geminationis poſt biennium.

Si quæras, ad quid hoc ſcire proſit? Reſpondemus, plurimum prodeſſe ad dijudicandam prioritatem in concurſu creditorum. Ponamus enim, mulierem pro quodam obærato in favorem trium creditorum, Titij, Sempronij, & Caij perſonaliter, & realiter ſe ipſam, & bona ſua obligando, diverſis vicibus interceſſiſſe, V. G. pro Titio in Menſe Januario, pro Sempronio in Menſe Februario, & pro Cajo in Menſe Martio: Deinde poſt elapſum biennium in Menſe Aprili pro omnibus tribus creditoribus geminatò repetit interceſſionẽ ſuam una eadémque vice, & uno eodémque die: Quæritur igitur, quis ex his tribus creditoribus in bonis mulieris intercedentis, ſi fiat diſcuſſio generalis, in concurſu creditorum potior ſit futurus? Et dicimus, quòd nullus, ſed omnes tres vocentur in tributum: Ratio eſt, quia, licèt Titij prima obligatio fuerit prior obligatione Sempronij, & obligatio Sempronij prima, prior fuerit obligatione Caij, tamen, quia omnes tres obligationes infirmæ erant, utpote exceptione S. C. Vellejani elidendæ, geminatio autem, quæ convalidat omnes tres obligationes diſtinctis temporibus factas repetita fuerit uno, eodémque die, & vice, nec retrotrahatur, ut modò diximus ad tempus, quo prima inutilis obligatio facta eſt, ideò ſequitur, omnes tres creditores hos in pari conditione eſſe, & proinde in tributum venire: Ponamus alium caſum, quòd ſcilicet mulier quædam dives, & opulenta, ut debitorem obæratum à Proceſſu Edictali liberaret, ſe & bona ſua, intercedendo & fidejubendo perſonaliter, & realiter omnibus creditoribus obligaverit, & huic obligationi creditores acquieverint, præter unum, qui fuit aſtutior, & poſt biennium à muliere geminationem, & repetitionem obligationis pro ſuo credito impetravit, certè hic in concurſu creditorum ſolus in bonis mulieris ſatisfactionem conſequetur præ omnibus reliquis ſuis conſortibus, quibus mulier exceptionem S. Conſulti rectè opponit, & eorum actionem elidit, plures ejuſmodi caſus quilibet ſibi formare poteſt, qui planè methaphyſici non ſunt, & ſæpiſsimè contingere poſſunt. 12

Reperiuntur quidem in *tit. Cod. & ff. ad S. C. Vellejan.* plures alij caſus, 13
in quibus exceptioni S. C. Vellejani non eſt locus, quos tamen hîc enumerare, & deducere, nimis prolixum eſſet. Vid. *D. Balthaſar ad hunc titulum reſolut. 12. ferè per totum. Perez. ad tit. 29. Cod. ad S. C. Vellejanum, Colleg. Argent. in ff. eod. & Berlich. dicta concluſione. 19. lib. 2. n. 4. & ſeqq.* quos brevitatis ſtudio omittimus, & in Cancellis noſtrorum Statutorum Provincialium ſubſiſtentes, hoc ſolum addimus, quòd exceptio S. C. Vellejani detur etiam hæredibus mulieris quibuſcúnque, *l. 20. Cod. eod.* (niſi fidejuſsio mulieris facta fuiſſet pro ipſo hærede, tunc enim ceſſat in hærede exceptio S. C. Vellejani. *Faber ad dict. tit. defin. 1. n. 11.*) & fidejuſſori ejus. *l. 14. Cod. eodem:* (ſi tamen fidejuſſor non oppoſita exceptione S. Conſulti muliere in- 14

vita, vel inſcia ſolviſſet, non haberet repetitionem à muliere, ſed eidem æquè ac creditori exceptio S. Conſulti à muliere opponi poteſt, idem *Faber. loc. cit. defin. 6.*) Imò & procuratori, qui mandato mulieris pro alio interceſsit. *l. 15. Cod. eod.* quia, ut Perezius ibidem dicit, hæc exceptio magìs rei eſt, quàm perſonæ.

15 Quæritur octavò, quid juris ſit, ſi mulier ſe pro marito, vel alio non obligat intercedendo, aut fidejubendo, ſed cum ijs tanquam principalis, aut correa? Et videtur ex ſupra dictis dicendum, quòd obligetur efficaciter, ſi enim mulier ſola poteſt mutuum accipere, & quemcúnque alium contractũ celebrare, ſaltem de Jure communi, quidquid ſit de Jure noſtro ſtatutario, de quo ad *Art. 16.* videbimus, tanquam principalis, ergò etiam tanquam principalis cum alio pro parte celebrare poterit, ſi enim ſe in totum pro creditrice conſtituere poteſt, cur non etiam pro parte? Sed contrarium omninò verum eſt, ut mulier, quæ ſe cum marito in eodem inſtrumento obligavit, ita ut fiant duo rei debendi, & promittendi, & quilibet obliget creditori omnia bona ſua, uti poſsit beneficio Auth: *ſi qua mulier*, *Berlich. loc. cit. n. 59.* per rationẽ, quia duo rei debendi vice mutua fidejuſſores eſſe dicuntur, per *text. in l. reos. 11. in princ. ff. de duob. reis. ſtipul.* Uxor autem ob prohibitionem Auth: *ſi qua mulier*, pro marito intercedere, & fidejubere non poteſt, ergò nec cum eo ſe poteſt principalem, & corream conſtituere, *Gail. lib. 2. obſerv. 89. n. 1.* Ubi ita in Camera Spirenſi judicatum eſſe refert, & textus eſt clarus in dict: Auth: *ſi qua mulier*, ubi de fidejuſsione mulieris nihil dicitur, ſed tantùm de eo caſu diſponitur, ſi qua mulier crediti inſtrumento conſentiat proprio viro, aut ſcribat, & propriam ſubſtantiam, aut ſe ipſam obligatam faciat, quòd hoc nullatenùs valere debeat: Quæ verba cùm ab initio potiùs mulieris ſimultaneam obligationem cum marito, quàm ſeparatam ejus interceſsionem deſignent, rectè dicimus, quòd talis ſimultanea obligatio cum marito prorsùs nulla ſit, & invalida, & ut textus in Auth: *ſive à me*, Verſ: *quæ quantum Cod. ad S. C. Vellejanum*, loquitur, ea, quantum ad mulierem attinet, pro non dicta, & pro non ſcripta habeatur. Conſentit tam rubrum in *Art. 12. & Art. 13.* quàm nigrum in ſtatutis noſtris Provincialibus, ubi parificantur caſus, ſi ſe mulier pro marito ſeparatim intercedendo, & fidejubendo, abſonderlich Porgſchaffts weiß / vel conjunctim, mit / oder neben ihrem Ehe-Mann als ſelbſt Schuldnerin verſchreibt / unnd hierunder ihr Perſohn / oder ihr Haab / unnd Güter verpfändet. Nec quidquam etiam ad validitatem cõmunis, & ſimultaneæ correalis obligationis renunciatio facit, niſi illa etiam ijſdem ſolennitatibus facta ſit, de quibus hactenùs utpotè ad interceſsionem, & fidejuſsionem neceſſarijs diximus: Ratio hujus rei eſt, ne, ſi ſimultanea uxoris obligatio facta cum marito valida eſſet, per obliquum admitteretur, quod directò prohibitum eſt: Nam directò mulier per interceſsionem, & fidejuſsionem ſe pro marito obligare non poteſt, ut palàm eſt, ergò etiam nec poterit per obliquum, conſtituendo ſe cum marito pro principali, & correa, quia in effectu mutui fidejuſſores ſunt.

16 Hæc exceptio tamen ſemper ſalva manet, ut mulier cum marito ſe tanquam principalis, & correa obligans in tantum efficaciter obligetur, in quantum res in ejus utilitatem verſa eſt. Si igitur ex pecunia ab utróque conjuge mutuò ſumpta, dimidia, tertia, vel quarta pars ad uxoris manus devenit, & in ejus commodum, & utilitatem converſa eſt, juxta priùs dicta pro dimidia, tertia, vel quarta parte ex jure naturæ efficaciter obligata manet, juxta dict: Auth: *ſi qua mulier*, & Auth: *ſive à me. Cod. ad S. C. Vellejanum.*

17 Quid ſi autem, quod ſervit pro nona quæſtione, ex tali communi conjugum obligatione nihil ad uxorem utilitatis devenit, anné maritus nihilomi-

nihilominùs in solidum teneatur? *D. Balthasar. loc. cit. n. 10.* cum *Ant. Gomez. ad ll. Tauri. l. 61. n. 3.* nostra opinione rectè concludit, quòd sic: Ratio est: quia, cùm præsupponamus, conjuges se constituisse correos debendi, necessariò sequitur, ut maritus pro sua parte teneatur ut principalis, pro uxore verò teneatur, ut fidejussor, nullibi enim prohibitum est, ne maritus possit fidejubere, vel intercedere pro uxore, prohibitum tamen est uxori, ne possit fidejubere, vel intercedere pro marito, ergò consequens est, ut, uxore ab obligatione libera, maritus maneat in solidum obligatus. Qualis autem probatio versionis in rem necessaria sit, & an requiratur manifesta, & evidens, vel sufficiat confessio uxoris de re in suam utilitatem versa in eodem instrumento intercessionis, vel aliàs judicialiter, vel extrajudicialiter facta, Vid. apud eund. *Balthasar. loc. cit. n. 18.*

Idem, quod diximus de obligatione uxoris cum marito principaliter, 18
& correaliter inita, multò magìs locum habet, si maritus in instrumento obligationis suæ, etiam uxorem scientem, vel ignorantem inseruerit: Dicendo. Ego Titius, & uxor mea Caja profitemur, &c. quia, si uxor ignoravit, eidem à marito manifestè fraus facta est, si autem scivit, obligatio pro uxore prorsùs nulla est, & illa uti potest beneficio Auth: *si qua mulier*, quæ expressè loquitur de muliere consentiente in instrumentũ mariti; cum quo etiam *Art. 13. hujus Tit.* concordat ab initio in verbis, oder in sein deß Manns Verschreibung bewilliget hätte. *Mindan. de Mandat. lib. 2. cap. 61. n. 1.* Hac exceptione tamen semper salva, si ex tali communi obligatione aliquid in uxoris utilitatem versum esse probari possit, quòd pro ea parte uxor efficaciter obligetur, dict: Auth: *si qua mulier.*

Quin imò, tametsi superiùs diximerus, quòd mulier pro se ipsa de Ju- 19
re communi legitimè contrahere, emere, conducere, permutare, pecuniam mutuam accipere, & similes contractus celebrare possit, tamen, si mulier, V. G. pecuniam mutuò accipiendo, principalem se debitricem constituat, & maritus pro ea fidejubeat, DD. communiter dicunt, ejusmodi contractum mulieris invalidum esse, eò quòd præsumatur, ejusmodi contractui solummodò color quæsitus esse, sub cujus prætextu uxor ad obligandum inducatur, per *text. in l. item si filiusfamiliâs. 7. ab initio.* Vers: *Sed Julianus*, qui quidem non de muliere, sed de filiofamiliâs loquitur, in cujus fidejussione cessat S. C. Macedonianum, nisi, ut Julianus addit, fidejussioni à filiofamiliâs factæ color quæsitus sit, is enim, cùm mutuum accipere non possit, præsupponitur, ibidem alium substituisse, qui pecuniam mutuò acciperet, & pro eo fidejussisse, ut sic per obliquum pecuniam mutuatam sibi applicare possit, quam fraudem S. Consulto Macedoniano factam, sicut Julianus approbare non potuit, ita nec approbari debet fraus à marito S. C. Vellejano, vel potiùs Auth: *si qua mulier* facta, quando scilicet mulierem substituit ut principalem, se autem adjunxit, ut fidejussorem. Diximus studio, quòd præsumatur, in tali casu fraus, & fucus legi fieri, nam, si contrarium appareat, quòd mulier verè, & absque dolo, aut fuco principaliter pecuniam mutuò acceperit, & illam in suos usus, & utilitatem converterit, non est dubium, quin uxor actione de in rem verso teneatur, & accessoria fidejussoria mariti obligatio valida sit, cùm nullibi in jure marito pro uxore intercedere, & fidejubere prohibeatur, ut jam supra diximus, *l. Seja. 28. ff. ad S. C. Vellejan. Hering. de fidejuss. cap. 7. n. 430. & seq.*

Dices, quòd juxta *Art. 16.* uxor cum auctoritate, & consensu mariti 20
possit omnem contractum legitimè celebrare, ergò etiam cum illius voluntate, & consensu poterit validè, & legitimè fidejubere, & intercedere. Respondemus, omninò verum esse, quòd mariti consensus omnes uxoris contractus corroboret, excepta sola fidejussione, & intercessione, quæ de jure mulieri interdicta est: Sicut igitur auctoritas, & consensus patris in-

intercessionem, & fidejussionem filiæ, si illegitimè facta sit, non convalidat, *Sichard. ad rubr. Cod. ad S. C. Vellejanum. n. 7.* Ita auctoritas, & consensus mariti non convalidat uxoris intercessionem illegitimè, & non adhibitis requisitis solennitatibus factam, imò, si uxor actum intercessionis, & fidejussionis secundùm præscripta in hoc, & præcedenti articulo faciat, & observanda exactè observet, tamen non valet, nisi mariti consensus accesserit, & hinc est, quòd in intercessione pro tertio mulieris instrumentum debeat etiam à marito esse subscriptum, & sigillatum, ut dicemus conformiter ad *dict. Art. 16.* Omnia autem, quæ hactenùs diximus de invaliditate uxoriæ obligationis, si se cum ipso marito, tanquam corream, & principalem constituat, similiter debent intelligi, de intercessione mulieris per modum principalis, & correalis pro tertio facta, ut nimirum inefficax sit, nisi cum requisitis solennitatibus facta fuerit, nam ex articulo præced: manifestum est, quòd ambo casus intercessionis pro marito, & simultaneæ, sive correalis obligationis cum marito æquiparentur, cùm igitur intercessio pro marito enumeratis inibi solennitatibus facta, non obstante Auth: *si qua mulier*, annullatione, efficax est, & valida, ita etiam convalidatur obligatio mulieris simultanea, & correalis simul cum ipso marito, accedentibus prædictis requisitis inita.

21 Inter utrámque tamen notabilis est differentia, nam si uxor pro marito solenniter intercedit, eo non existente solvendo, uxor ex intercessione tenetur in solidum: In obligatione verò correali, & simultanea tantùm tenetur pro dimidio, aut parte virili, prout in *semicent. nost. 1. contr. 23.* per totum latè deduximus, & insigni præjudicio tam Senatus Aulici, quàm Consilij Revisorij confirmavimus, quò Lectorem remittimus, ubi rationes in utrámque partem disputatas inveniet.

22 Quæritur decimò, cùm Jura nostra statutaria certioratori tam sollicitè imponant, ut mulierem non solùm de privilegio Auth: *si qua mulier*, *& S. C. Vellejani*, sed etiam de privilegio hypothecæ, & prælationis sibi ratione dotis, contradotis, morgengebæ, & paraphernalium competente exactè informet, an igitur in quolibet actu intercessionis utriúsque hujus privilegij renunciatio necessaria sit? Et dicimus, id quidem bonum esse, necessitatem autem utriúsque renunciationis conjungendæ nullibi invenimus, imò, quia articulus certioratori injungit, ut mulierem in specie interroget, an tantùm uni, vel utrique privilegio, aut cui renunciare velit, hoc ipso præsupponit, in uxoris voluntate esse, has renunciationes separandi, ex quo

23 Quæritur undecimò, an, si mulier soli privilegio Auth: *si qua* renunciet, an hæc renunciatio ei æquè obsit, atque si simul beneficio prælationis renunciâsset? Et videtur negativè Respondendum, Ratio est, quia, si uxor non renunciavit juri hypothecæ, & prælationis sibi pro dote, & alijs suis prætensionibus competenti, in subhastatione mariti utique audiri, & cùm ipsius prætensiones reliquis creditoribus potiores sint, illis in sententia prioritatis præferri debet: Sed, hac ratione non attenta, rectè concludit *D. Rath. in cit. differt. assert. 24.* mulierem efficaciter intercedendo, & Auth: *si qua* renunciando, sibi nòn minùs præjudicare, quàm si simul etiam privilegio hypothecæ, & prælationis renunciâsset: Ratio est satìs clara: Quamvìs enim uxori, quæ non renunciavit, privilegiatis actionibus sibi pro dote, & reliquis suis prætensionibus de Jure communi competentibus, jura sua in subhastatione mariti sui in salvo sint, ut non prohibeatur, ea in concursu creditorum proponere, tamen à creditoribus, quorum causâ efficaciter intercessit, exceptione doli repelli potest, dolo enim facere videtur, qui petit id, quod mox est restituturus eidem. *cap. dolo. de R. J. in 6.* Et qui actione conveniri potest, multò magìs potest repelli exceptione. *l. except. 11. l. sive possessio. 14. Cod. de Evictionibus*, atqui creditores, in quorum

rum favorem uxor solenniter, & efficaciter intercessit, vel cum marito se simultaneè, & correaliter obligavit, contra uxorem habent actionem ex stipulatu, ergò, si maritus solvendo non existit, in concursu creditorum, illam per modum exceptionis opponere, & sic mulierem, dotem, & alias privilegiatas prætensiones repetentem repellere possunt: Et hinc est, quòd in processu Edictali, *Tit. 2. Art. 11.* Vers: *Observandum. 13.* diximus, quòd mulier, quæ pro marito legitimè intercessit, vel se cum eo principaliter, & correaliter obligavit, creditoribus, quorum causâ muliebris obligatio facta est, cum dote sua, vel privilegio dotali prælationis cedere debeat. E-contra

Quæritur duodecimò, si mulier Auth: *si qua* non renunciaverit, sed solùm privilegio tacitæ hypothecæ, & prælationis sibi pro dote, contradote, morgengeba, & paraphernalibus competenti, qualem talis renunciatio de jure sortiatur effectum? & videri posset, quòd prorsùs nullum, cùm talis renunciatio in effectu sit mera intercessio, quia obligationem mariti facit firmiorem, & securiorem: Verùm, quia remissio pignoris, & hypothecæ uxori non est prohibita, per textum in *l. etiam. 11. l. jubemus. 21. Cod. & l. quamvis. 8. ff. ad S. C. Vellejanum.* Cùm aliud sit obligare, & aliud obligationem remittere, ideò ad *dict. Process. Edict. Tit. 2. Artic. 11.* Vers: *Pro quarta observatione*, rectè conclusimus, ejusmodi renunciationem, qua uxor jus suum hypothecæ, & prioritatis remittit, hunc effectum sortiri, ut mulier creditoribus, in quorum favorem renunciatio, & remissio facta est, cedere debeat: de quo Vid. *D. Rath. in dissert. sua ad Process. Edict. assert. 134. & 135.* Et *in dissert. sæpius cit. assert. 25. per tot.* Vid. quæ scripsimus ad priorem Artic: Vers: *Quæritur autem quartò*, ubi controvertitur, an saltem in tali renunciatione, & remissione mulieri subveniendum sit, si ex eâ fieret indotata, utpote quòd ex alijs mariti bonis ipsi pro dote satisfieri non possit, de quo casu Vid. *Faber. in suo Cod. ad S. C. Vellejanum. defin. 26.* 24

Quæritur autem ulteriùs decimò tertiò, an in tali renunciatione, quam uxor solùm pro remissione jurium, hypothecæ, & prælationis sibi pro dote, & alijs prætensionibus suis competentium separatim facit, abstrahendo à renunciatione Auth: *si qua mulier*, etiam requirantur eædem solennitates, quæ secundùm articulos nostros requiruntur in intercessione mulieris facta pro marito, vel extraneo? Et videtur dicendum, quòd non: Ratio est, quia hæc sollicitudo principaliter introducta est ad supplendum defectum, qui ex mulieris fragilitate, levitate, & imprudentia in intercessionibus præsumitur, ergò ad remissionem pignorum, & aliorum jurium mulieri competentium non est extendenda, præsertim cùm leges supracitatæ, quæ remissionem pignorum mulieribus admittunt, de ejusmodi solennitatibus nihil disponant. At verius nobis esse videtur, tametsi agatur de sola renunciatione jurium hypothecæ, & prælationis mulieri ratione dotis, & aliarum suarum prætensionum competentium, easdem solennitates, id est certiorationis, adhibitionis eines Anweisers / unnd Mitfertigers / subscriptionis, & sigillationis, si persona renuncians nobilis sit, vel si sit plebea, judicialis interventus ordinarij magistratûs necessarias esse: Ob rationes sequentes. 1. Quia *Art. 12. 13. & 14.* renunciationes mulierum requirunt cum prædictis solennitatibus conjunctim in utroque casu, si fiant Auth: *si qua mulier*, *& S. C. Vellejano:* Et si fiant juribus hypothecæ, & prioritatis, ergò, si fiant separatim, nostra opinione eædem solennitates necessariæ sunt: Præsertim 2. quia eadem levitas, fragilitas, & imprudentia mulierum in utroque casu subest, & 3. mulier renuncians privilegio hypothecæ, & prælationis sibi si non magìs, saltem æqualiter præjudicat, acsi pro marito, vel pro extraneo intercessisset, cùm per renunciationem horum privilegiorum, 25

ut

ut paulò ante exſplicavimus, marito depauperato in diſcuſsione generali, ſive Proceſſu Edictali inter creditores, quorum causâ renunciavit, poſtrema futura ſit. Denique 4. quia hæc privilegia tacitæ hypothecæ, & prioritatis uxori non tantùm intuitu ſuæ perſonæ, ſed etiam Reipublicæ causâ conceſſa ſunt, ut proinde in eorum renunciatione non minor obſervari debeat ſeveritas, quàm in interceſsione ſive fidejuſsione. Sed, quia in prædictis tribus articulis hæc quæſtio non eſt deciſa, cuique relinquimus liberum ſuum judicium:

26 Interim hoc certiſsimum eſſe judicantes, cùm in qualibet renunciatione principale requiſitum ſit, ut perſona renuncians illius juris, quo ſe privat, ſufficientem informationem, & notitiam habeat, quòd certioratoris officium præteriri, aut excludi non poſsit, proinde omnibus ſuademus mulieribus ſive nobilibus, ſive ignobilibus, vel potiùs ijs, quorum causâ, & intuitu ejuſmodi ſeparatam renunciationem privilegiorum hypothecæ, & prælationis faciunt, ne ſolennitates, & formam in prædictis articulis præſcriptam negligant, ſi de validitate renunciationis volunt eſſe ſecuri. Occaſione horum ſequitur

27 Quæſtio decima quarta, cùm de Jure communi mulier, tametſi velit, non poſsit dotis cauſam facere deteriorem, *l. Attilicinius. 17. cum. 4 praeced. ff. de pact. dotal. l. ſi unus. §. quod & in ſpecie. ff. de pactis.* Annon in renunciatione mulieris quoad hypothecam, & jus prælationis ſibi pro prætenſionibus ſuis competens cauſam dotis excipere debeamus? Certè, cùm articulus noſter *13. Verſ.* Zum anderen / expreſsè diſponat, quid certioratori obſervandum ſit, ſi mulier renunciare velit, wegen jhres Heyratguets / Morgengab / Widerlág / vnd anderes jhrem Mann zugebrachten Guets / manifeſtè convincitur, hac in parte nullam dotis eſſe exceptionem, ſed ejuſdem privilegio hypothecæ, & prælationis æquè renunciare poſſe, ac privilegijs contradoti, morgengebæ, & alijs uxoris bonis competentibus, quæ iterum inſignis *Diff.* eſt differentia inter jus commune, & jus noſtrum ſtatutarium: Nam, cùm ſtatuta noſtra renunciationem hypothecæ, & prælationis admittant, hoc ipſo etiam admittunt, ut uxor cauſam dotis poſsit facere deteriorem, ſimile quid diximus ad *Artic. 1. hujus Tit.* Ubi diſponitur, quòd uxor, quæ ratione dotis à marito ſuo in omnibus ejus bonis generaliter fuit aſſecurata, poſsit ſibi vigilare, aſſecurationem conſtituendo in certis quibuſdam, & ſpecificis bonis mariti: Quo caſu marito liberum eſt, de reliquis bonis ſuis pro libitu diſponere. Facit igitur mulier conditionem ſuam deteriorem, cùm, ſibi conſtituendo particularem aſſecurationem, marito, poteſtatem tribuat, reliqua bona ſua, quæ aliàs uxori pro dote fuiſſent obligata, & proinde inalienabilia, ſaltem ſecundùm diſpoſitionem prædicti *Art. 9.* pro libera ſua voluntate alienandi: Quamvìs ibidem uxori perſequendi talia bona alienata actionem non denegaverimus. Interim per ſolutionem hujus quæſtionis confirmatur prior noſtra reſolutio, quòd in renunciatione privilegiorum mulieris quoad bona ſua, & ratione eorum competentia privilegia hypothecæ, & prælationis, debeamus eſſe cauti, & illam ſine ſolennitatibus in his articulis requiſitis nullo modo admittere, & approbare, cùm illa etiam dotem includat, & proinde juri communi, & l. Attilicinius tam gravem rupturam, & præjudicium inferat.

Der Fünffzehendte Articul.

Wo zwar Ehe-Leuth seynd / die nit Kinder haben / da mag eins dem andern auß freyer willkur / vngezwungentlich / mit Bescheydenheit / wol ein Gaab thun / oder sein Haab vermachen / vor offnem Gericht / oder mit Brieff vnd Sigel. Gewunnen sie aber nach dem Ver-

Vermächt Kinder mit einander / so soll solche Gaab oder Vermächt erloschen seyn. Wann auch eines auß den Ehe-Leuthen nach Absterben deß anderen / zu der andern Ehe greifft / und bey dem ersten Ehegemächt rechte natürliche Eheliche Kinder / ains oder mehr hat / so mag dieselb Persohn seinem anderen Ehegemächt nicht mehr geben oder vermachen / dann so vil dem jenigen Kind der vorigen oder ersten Ehe / welchem solche Persohn am wenigisten under den Kinderen vermacht hat / in solchem Testament oder Geschäfft verordnet ist / oder es sonsten ohne Testament bekommen mag/ darein doch das jenige auch zurechnen / was es noch durch begehrte völlige Ergäntzung seiner legitimæ oder Noth-Gebührnuß zubegehren hätte.

Wo ferr aber ein Kind/ wegen es in Geistlichen Standt kommen / mit einem geringeren Thail benüget gewesen / oder sich sonsten verzigen hätte/ ist deß Ehegemächts Portion, nit nach solchem / sonder allein nach dem jenigen minsten Thail zuberechnen/ wo einem Kind/ vermög seines Vattern oder Muttern letzten Willens ein wenigers / als andern Kindern verordnet wäre.

Was aber demselben anderen Ehegemächt mehr / dann der Kind einem der vorigen oder ersten Ehe/ wie gehört / gegeben oder vermacht wird / solches soll kein Krafft haben / und solcher Uberschuß allein zwischen den Kindern voriger Ehe / mit Außschliessung deß Ehegemächts / und der Kinder anderer Ehe / vertheilt werden.

SUMMARIA.

1. *Quatenùs, & in quantum donationes conjugum valeant, si nulli liberi adsint?*
2. *An inter vivos, vel tantùm mortis causâ?*
3. *Quomodo differentia inter Artic. 15. & 3. hujus loci concordanda sit?*
4. *Resolutio, quòd donationes inter conjuges nullis liberis existentibus invalidæ sint, nisi morte confirmentur.*
5. *Quid si conjuges post donationem priùs sine liberis factam, ex postfacto liberos acquirant?*
6. *An ex l. si unquam, &c. revocentur donationes factæ extraneis?*
7. *Quid si tantùm unus filius superfuit, an l. si unquam, &c. in plurali loquenti locus sit?*
8. *An donatio propter supervenientiam liberorum revocetur ipso Jure, vel indigeat voluntate revocantis?*
9. *An revocetur in totum, vel tantùm quoad excessum legitimæ?*
10. *Quid autem quoad revocationem propter supervenientiam liberorum dicendum est, de donationibus mortis causâ, & aliys dispositionibus?*
11. *An donator beneficio l. si unquã, &c. renunciare possit?*
12. *An distinctio admittenda sit, utrum donator tunc de suscipiendis liberis cogitaverit, vel non?*
13. *An propter supervenientiam liberorum modica tamen donatio sustineri possit?*
14. *An donatio remuneratoria propter supervenientiam liberorum revocetur?*
15. *An donatione hac resoluta veniant etiam fructus?*
16. *Quid si donatio facta fuerit liberis existentibus, & subnascantur aliy? Remissivè.*
17. *Quatenùs donatio mortis causâ inter conjuges valeat, si alter binubus fiat?*
18. *Donationibus inter conjuges factis, quænam leges obstent?*
19. *Quid si unus ex liberis propter exheredationem nihil accipiat à patre, an*

an etiam nihil relinqui possit uxori?

20. *Quid si unus ex liberis fortè Religiosus sponte minùs accipiat, quàm ex voluntate patris?*

21. *An filius supplementum legitimæ petere possit, qui ingreditur religionem bonorum capacem?*

22. *An portio Religiosi, & mulieris renunciatæ impediat, quò minùs uxor plus habere possit, quàm unus ex his liberis?*

23. *Donationis excessus conjugi facta, quibus liberis accedat?*

24. 25. & 26. *Quid si pater, præter filios Religionem ingressos, & filias renunciatas, nullos alios liberos habeat?*

27. *Quid si liberi primi matrimonij moriantur ante secundum conjugem, an donatio excessiva valeat?*

28. *Quare hæ pœnæ l. hac Edictali. 6. & l. fœminæ. 3. tantùm restringantur ad mulieris accepta titulo gratuito?*

1 AD meliorem intellectum hujus articuli, reflectat se benevolus Lector ad ea, quæ ad *Articulum 1.* Vers. Wäre ihr / fusiùs diximus, quòd scilicet donationes inter conjuges constante matrimonio factæ non valeant, nisi morte confirmentur: Nunc ex hoc articulo posset contrarium videri de Jure nostro Bavarico constitutum, cùm articulus simpliciter dicat, quòd conjuges, qui liberos non habent, sibi invicem ex libera voluntate sine vi metúque, cum moderatione coram publico judicio, vel instrumento legitimè erecto, aliquam donationem facere, vel bona sua mortis causâ relinquere possint.

2 Quamvis enim *D. Rath. loc. cit. assert. 20. litt. C.* putet, quòd articulus hic tantùm loquatur de donationibus causâ mortis, & alijs ultimis voluntatibus, tamen id improbabile esse, ipsa verba clarè demonstrant, loquitur enim articulus distinctim, von sonderer Vermächtnuß / id est de speciali ultimæ voluntatis dispositione, &, von der Gaab / id est de donatione, quæ fit inter conjuges, ita ut prius membrum clarè comprehendat ultimas voluntates, posterius verò comprehendat actus donationum inter vivos: Et quia nec verbo requirit, ut tales donationes sint morte confirmatæ, ideò videtur manifestè sequi, donationes inter conjuges semper valere, si nullos liberos habeant, sive illæ morte fuerint confirmatæ, sive non; Sed, cùm leges legibus sint concordandæ, & in *Artic. 3.* expresè dicatur, quòd, soluto per mortem uxoris matrimonio, non debeatur donatio tempore constantis matrimonij facta, eò quòd per mortem uxoris, ut verba sonant, extincta sit, ideò cum D. Balthasar rectè putamus, posteriorem articulum, simpliciter & generaliter loquentem, intelligendum esse tantùmmodò de donationibus unius, vel alterius conjugis prædefuncti confirmatis.

3 Instabis, inter utrúmque *Articulū hunc 15. & 3.* magnam esse differentiam, cùm *Articulus 3.* disponat de casu, quo unus conjugum, V. G. maritus, moritur ante uxorem relictis liberis vel communibus, aut à prædefuncto ex alio matrimonio susceptis, tunc enim rationabile esse videtur, ut in favorem liberorum existentium prædefuncti mariti donationes uxori factæ exspirent. At *Articulus 15.* disponit de casu, quo nulli liberi adsunt, & simpliciter dicit, quòd nullis extantibus liberis unus conjugum alteri liberè donationem facere posit, nec verbo addit, quòd talis donatio confirmationem per mortem donatoris requirat, ergò id, quod *Articulo 3.* in favorem extantium liberorum dispositum est, ad hunc *Art. 15.* & illimitatam ejus dispositionem ob dissimilitudinem casûs retorqueri non debet. Respondemus, speciosam hanc esse differentiam, quam necessariò admittere deberemus, si præsuppositum hoc certum esset, nullis liberis extantibus, conjugibus inter se donationes liberas, & validas esse, sicuti sunt inter extraneos, prout certè iste articulus aliqualem hujus assertionis gustum

ſtum ſubminiſtrare videtur : Generaliter enim diſponitur, ut donationes inter conjuges conſtante matrimonio initæ, ex ſupervenientia liberorum revocentur, nulla diſtinctione facta, ſive donationes intervenerint inter ipſos conjuges, vel inter unum aut alterum ex conjugibus, & extraneos. *Si* igitur revocantur donationes per ſupervenientiam liberorum inter ipſos conjuges factæ, profectò præſupponi debet, priùs nullis liberis extantibus validas fuiſſe, & conſequenter vi hujus articuli omnem donationem inter conjuges nullis liberis extantibus perinde licitam eſſe, atque inter perſonas prorſùs extraneas : Cur enim in defectu liberorum quilibet conjugum non æquè conſorti ſuo, quàm tertio cuidam aliquid donare poſſit ? Verùm his 4
non obſtantibus, putamus, donationes inter conjuges etiam nullis liberis extantibus invalidas eſſe, niſi morte fuerint confirmatæ : Ratio eſt, quia de Jure communi invaliditas donationum inter conjuges non ſolùm propter liberos communis, vel alterius matrimonij, ſed ex alijs potioribus rationibus inducta fuit, ne ſcilicet ſe mutuo amore ſpolient, nec magìs ſtudeant extorquendis donationibus, quàm liberis educandis, & ut amor conjugalis potiùs in affectione, quàm in pretio conſiſtat, ut DD. communiter ad *tit. ff. & Cod. de donat. inter vir. & uxor.* docent. quæ cùm etiam locum habeant nullis extantibus liberis, non malè inferimus, juris communis diſpoſitionem etiam in Jure noſtro ſtatutario obſervandam eſſe, quamdiu non invenitur expreſsè abrogata, quam abrogationem ſanè articulus iſte non complectitur. Statuimus igitur, quòd hac in parte ſtandum ſit Juri communi, juxta commune brocardicum : Quod non mutatur, cur ſtare prohibeatur? Odioſæ enim ſunt correctiones legum, & niſi de mente legislatoris correctio dilucidè appareat, ea privatorum judicio affingi non debet : Nec quidquam in contrarium facit, quod ex *Art. 3.* in contrarium allatum eſt, nam ibidem nullo modo propter favorem liberorum donationes inter conjuges factæ altero præmortuo infirmantur, ſed ex eo capite, quòd pars, quæ donationem accepit, præſupponatur præmortua, & ſic donatio ipſo jure invalida, quæ inter conjuges nunquam ſubſiſtit, niſi pars donataria partem donatricem ſupervivat, ut omnia latiùs ad prædict: *Art. 1.* Verſ: Wäre ihr auch / exſplicata ſunt, & expreſsè confirmantur in *Artic. 6.* Verſ: Hätte aber.

Hoc igitur fundamento præſuppoſito, quòd donationes inter conjuges prohibitæ ſuſtineantur, & convalidentur per mortem partis donatricis, ponitur in hoc articulo

Limitatio prima, niſi conjuges poſt donationem factam primùm libe- 5
ros ſuſcipiant, tunc enim donatio per ſupervenientiam liberorum invalidatur, V. G. Titius, cùm multis annis haberet matrimonium ſterile, uxori ſuæ Sejæ donationem fecit, poſtmodùm verò ex illa liberos ſuſcepit, & mortuus eſt, quæritur proinde, an donatio uxori facta per mortem ſubſecutam ita fuerit confirmata, ut liberis præjudicet ? Et Reſpondetur, quòd non, per verba Art: gewunnen Sie aber nach der Vermächt (oder der Gaab) Kinder mit einander / ſo ſoll ſolche Gaab / oder Vermächt erloſchen ſeyn. Et hæc eſt materia *l. ſi unquam. Cod. de revocand. donat.* ad quam pulchrum commentarium ſcripſit Andr: Tiraquell: quem benevolus Lector adire, & pleniorem ibidem informationem ſumere poteſt, nos tantùm pauca pro exſplicatione hujus articuli in medium afferemus.

Et primum quidem eſt, tametſi articulus noſter tantùm loquatur de 6
donationibus inter conjuges factis, quòd tamen donationes ab uno, vel altero conjugum extraneis factæ per exiſtentiam liberorum poſtea ſupervenientium ſimiliter revocentur : Ratio manifeſta eſt, quia, cùm articulus noſter diſpoſitionem *l. ſi unquam* extendat etiam ad donationés inter conjuges factas, de quo tamen non pauci de Jure communi dubitant, ut videre

eſt apud *Tiraquell. in dict. l. ſi unquam.* Verb: *Libertis. n. 110.* multò mìsag intelligi debet de donationibus in extraneos collatis, quoniam in his majus verſatur præjudicium filiorum ſupervenientium, quàm apud conjugem donatarium parentem cujuſcúnque ſexus, utpote in quorum tota hæreditate, & ſubſtantia prima cauſa ſucceſſionis liberorum eſt, per quam ad ſupervenientes liberos redire poteſt, quod per donationes inter parentes factas deceſſit. Nec obſtat, quòd aliqui tam religioſi ſint, ut textum in *l. ſi unquam*, tantùm ad donationes à patrono libertis factas reſtringant, nam, licèt verba textûs tantùm de donationibus patronorum in libertos collatis loquantur, tamen communis eſt opinio, quòd ipſe ſenſus legis ſe ad omnem donationem extendat, per rationem, quia non præſumitur donator alienas ſucceſſiones proprijs anteponere voluiſſe, *l. 102. ff. de Condit. & demonſt. l. 30. Cod. de fideicommiſſis.* ut proinde rectè dicatur, tali donationi hanc tacitam conditionem ineſſe, niſi liberi ſuperveniant. *Perez. ad Tit. de Revocand. donat. n. 15. Fachinæus. lib. 3. cap. 85. Clar. §. donatio. quæſt. 22. per totum.* Ubi contrariam opinionem fusè refutant: Certè, cùm articulus noſter beneficium *l. ſi unquam*, in donationibus conjugum liberis ſupervenientibus admittat, multò magìs admittere debet, ut paulò ante diximus, in donationibus, quæ prorsùs in extraneos factæ ſunt.

7 Secundum eſt, tametſi *l. ſi unquam*, & articulus noſter cum illa loquantur in numero plurali de pluribus liberis ſupervenientibus, quòd tamen idem dicendum ſit, ſi unus tantùm naſcatur filius, vel filia, quoniam appellatione liberorum unus quoque comprehenditur, & ſine liberis deceſſiſſe non dicitur, qui unum reliquit, *l. 148. ff. de V. S. Perez. loc. cit. n. 15.* Numero verò liberorum nec naturales, aut ſpurij, nec per reſcriptum legitimati, multò minùs ex incæſto coitu, ante vel poſt donationem nati comprehenduntur. Idem *Perez. loc. cit. n. 16.* Ubi in fine etiam liberos adoptivos à beneficio *l. ſi unquam* excludit, per rationes ibidem rectè allegatas.

Tertium eſt, quòd idem ſit, ſive donator ex ea conjuge, quam tempore donationis habuit, ſive ex alia, quam poſt primæ conjugis obitum ſuperinduxit, liberos ſuſcipiat, nam cauſa revocandæ donationis eſt, quòd donator non præſumatur eam facturus fuiſſe, ſi de liberis ſupervenientibus cogitâſſet, idem *Perez. loc. cit. n. 17.* Imò, ſi donator tempore donationis fuerit cœlebs, & poſtmodùm uxorem ducat, ex qua liberos ſuſcipit, talis donatio non minùs revocatur, quàm ſi facta fuiſſet in matrimonio, manente ſemper cauſa revocationis, quæ eſt amor, & propenſio in liberos, de quorum ſuſceptione ſi donator cogitâſſet, nunquam donaturus fuiſſe præſumitur.

8 Quartum eſt, quod ſpecialiter notandum, donationes factas propter ſupervenientiam liberorum ipſo jure revocari, utitur enim textus his verbis, ut totum, quidquid largitus fuerat, revertatur, in ejuſdem donatoris arbitrio, ac ditione manſurum. Ubi gloſſa in Verbo, *Revertatur*, dicit, intelligi reverſionem ipſo jure, quod clariùs exprimit articulus noſter, qui utitur verbo *exſpirationis*, ſo ſoll ſolche Gaab / oder Vermächt erloſchen ſeyn / ita ut donator poſſit rem donatam ad ſe propria auctoritate recipere, vel ſi poſſeſſio apud donatarium eſt, eam condicere, aut rem vindicare: Et ex hoc ſequitur, cùm res donata ipſo jure revertatur ad donatorem, eos non malè loqui, qui dicunt ſufficere, liberos in lucem fuiſſe editos, quamvìs ſtatim iterum fuerint mortui, *Tiraquell. loc. cit. n. 137. & n. 172.* per rationem ſupra allatam, quia talis donatio hanc tacitam conditionem habet, niſi naſcantur liberi, ergò reſoluta conditione ipſo jure reſolvitur donatio.

9 Quintum notabile eſt, quòd per ſupervenientiam liberorum revocetur tota donatio, & non tantùm quoad exceſſum legitimæ, in verbis textûs

tus *totum*, *quidquid largitus fuerat*, cum quo nostra Statuta concordare, ex eo nemini dubium esse potest, quia articulus iste primitùs ita projectus fuit, wann die Ehe-Leuth nach dem Vermächt mit einander Kinder gewunnen / das solche ab- vnd den Kinderen an jhrem gebühreden Erb-Theil vnabbrüchig seyn / id est, nichts praejudicieren soll / quae verba postmodùm correcta, & ista substituta sunt, NB. so soll solche Gaab / oder Vermächt erloschen seyn / ut ergò tota donatio revertatur ad liberos, & non tantùm quoad legitimam liberis jure quasi naturae debitam. Et in hoc differentia est, inter *l. hac Edictali Cod. de secund. nupt.* & *l. si unquam. 8. Cod. de Revocand. donat.* Prior enim *l. hac Edictali*, donationes, vel alias dispositiones in favorem conjugis factas tantùm revocat quoad excessum, si liberi ex priori matrimonio supersint, ut supra diximus ad *Art. 1.* Vers: Es seye dann / *decla: 1.* & paulò post iterum sequetur, donatio autem ex *l. si unquam* revocatur in totum propter liberos postea supervenientes: Ratio hujus rei est, quia, si conjux primùm post donationem factam liberos acquirit, praesumitur, de liberorum susceptione non cogitâsse, & si cogitâsset, quòd totam, & integram donationem fuisset intermissurus, ergò mirum non est, si supervenientibus liberis in totum irritetur: Aliud est in casu *l. hac Edictali*, quae praesupponit, conjugem liberos ex alio matrimonio habentem consorti aliquid donâsse, vel alio gratuito titulo in consortem transtulisse, quod cùm conjugibus suo modo, ut ad *Artic. 1.* diximus, prohibitum non sit, meritò non tota donatio, vel gratuita concessio conjugi facta, sed tantùm excessus invalidatur, de quo paulò post adhuc quaedam subsequentur.

Sextum est, cùm hactenùs tantùm de veris donationibus, scilicet inter 10
vivos factis locuti fuerimus, sicut etiam textus in *l. si unquam Cod. de Revocand. donat.* solummodò de donationibus inter vivos disponit, quid dicendum sit de donationibus mortis causâ, & alijs dispositionibus, quae per ultimas voluntates fiunt? Si Domini Rath supra allegata opinio *assert. 27. sub litt. C.* locum haberet, qui articulum nostrum 15. nullo modo de donationibus inter vivos, sed de donationibus mortis causâ, & alijs dispositionibus testamentarijs intelligit, quaestio ista Domitiana videretur, cùm in effectu id in quaestionem duceremus, quod D. Rath hoc articulo solummodò decisum esse contendit, sed, quia jam praemisimus, hunc articulum etiam pertinere ad donationes à conjugibus sibi invicem inter vivos factas, ideò quaestio, an, quae de donationibus inter vivos diximus, supervenientibus liberis etiam locũ habeant in donationibus factis mortis causâ? Nugatoria non est, cùm enim donatio mortis causâ per poenitentiam semper revocari possit, etiam non susceptis liberis, videtur dispositio *l. si unquam*, ad illam nihil pertinere, vel enim donatio mortis causâ revocata est, vel non est revocata? Si est revocata, per se inutilis est: Quia hominis voluntas usque ad extremum spiritum ambulatoria est. Si autem non est revocata, censetur donator illam confirmare tempore mortis, quo liberos habet, quibus nihil proderit decisio *l. si unquam*, nisi donationem inofficiosam doceant, ita pulchrè discurrit *Ant. Perez. loc. cit. n. 22.* Sed, cùm articulus noster de donationibus, & ultimae voluntatis dispositionibus, von den Gaab / vnnd Vermächtnussen / idem judicium statuat contra Perezium, audacter dicimus, dispositiones à conjugibus, liberis non existentibus, sive inter vivos, sive mortis causâ factas per supervenientiam liberorum semper infirmari, & quidem ipso jure. Ex quo sequitur, tametsi pars donatrix post supervenientiam liberorum animum suum de factis dispositionibus mortis causâ revocandis non declaraverit, quòd nihilominùs irritae sint: Ratio est clara, quia, ut diximus, ejusmodi donationes, & dispositiones ipso jure redeunt ad donatoris arbitrium, & ditionem, ut proinde donatoris declaratio necessaria non sit, sed sufficiat, donationem mortis causâ factam esse

antequam liberi extiterint. Concordat articulus noster, qui signanter dicit, daß die Gaab / vnd Vermächtnuß / id est donatio inter vivos, & mortis causâ per supervenientiam liberorum erloschen seye: Si igitur donatio mortis causâ, vel alia quævis ultimæ voluntatis dispositio propter liberos postmodùm susceptos ipso jure extinguitur, non est necessarium, ut donator, quod ipso jure factum est, faciat etiam propriæ voluntatis declaratione, sed omninò dicendum est, nisi testator hanc suam ultimam voluntatem de novo repetat, quòd prior dispositio semel ipso jure extincta, maneat semper extincta, qui casus ad hunc articulum multùm notabilis est.

11 Septimò notandum venit, magnum inter DD. litigium esse, an donator beneficio *l. si unquam*, renunciare possit? Nos certè hanc quæstionem, vel omninò non intelligimus, vel eam de lana caprina esse existimamus, si enim donator *l. si unquam* renunciavit, utique illam intellexit, & consequenter de futuris liberis supervenientibus cogitavit: Cùm igitur revocatio donationis in sola hac præsumptione fundetur, quòd quis tempore donationis de futuris liberis non cogitaverit, manifestè sequitur, quòd, renunciatione in casum supervenientium liberorum facta, tollatur dicta præsumptio, & per necessariam consequentiam dispositio *l. si unquam.*

12 Adhuc impertinentior videtur illa quæstio, an præsumatur donator tempore donationis cogitâsse de susceptione futurorum liberorum, vel non? Et, cùm non pauci sint, qui defendant, præsumptionem esse, quemlibet de propagatione nominis sui, & consequenter de susceptione liberorum cogitare, & proinde liberis postea natis probationem contrarij incumbere, quid aliud superest, quàm ut totam hanc legem invertas, & ut liberos, quorum, ut diximus, prima causa successionis est, ad cogitationis, quæ Soli DEO cognita est, & quidem ad impossibilem negativæ probationem adstringas? Videatur *Mynsing. cent. 5. observ. 64. n. 3. Bocerus. de donat. cap. 3. n. 134.*

Octavum est, an etiam donationes, vel dispositiones in favorem Ecclesiæ, vel aliarum piarum causarum factæ revocentur per supervenientiam liberorum? Hic casus frequentissimus est, nam, cùm subinde conjuges longo tempore in sterilitate vivant, vigilantissimos piscatores inveniunt, qui ipsis, si locupletes sint, speciosissimis rationibus Sanctorum patrocinia proponunt, & promittunt, si huic, vel illi monasterio, Ecclesiæ, aut piæ causæ efficaci largitione, vel inter vivos, vel mortis causâ subveniant; quarum postmodùm ipsos pœnitet, si liberi supernascantur. Hanc quæstionem more suo subtiliter deducit *Covar. tom. 2. var. resol. lib. 1. cap. 19. per totum*, quò Lectorem remittimus, qui videtur revocationem donationis quidem concedere, sed non ex *l. si unquam*, ut priùs diximus, ad totum, vel ex integro, veruntamen solùm quoad supplementum legitimæ ex titulo inofficiosæ donationis, prout ibidem *n. 12.* pleniùs exsplicat, & exemplificat in donatione, quam pater unico filio suo fecit, liberi verò plures postmodùm supervenientes ex *l. si unquam*, revocare volunt; hanc enim revocationem ex integro non admittit, sed tantùm in eo, in quo filij supervenientes quoad legitimam læsi, & damnificati sunt: Sed huic opinioni quoad Ecclesiam, & piam causam contradicit *Perezius ad dict. tit. de Revocand. donat. n. 21.* Ubi dicit, quòd, si Ecclesiæ facta sit donatio à non habente liberos, illa revocetur liberis postea susceptis, eò quòd causa donationis deficiat. *Donell. ad dict. l. si unquam. 8. n. 12. Tiraquell. in l. si unquam. verb. libertis. Cod. eodem. Fachinæ. controv. Jur. lib 3. cap. 86.* Certè ejusmodi immaturi piscatores, & emunctores remittendi sunt ad *cap. ult. 17. quæst. 4.* Ubi Gratianus inquit, S. Augustinum scripsisse, quicúnque vult exhæredato filio hæredem facere Ecclesiam, quærat alterum, qui suscipiat, non Augustinum, imò DEO propitio neminem inveniet: Quàm laudabile factum S. Aurelij Episcopi! Quidam enim, cùm filios non haberet, nec speraret, res suas omnes, retento

sibi

ſibi uſufructu, donavit Eccleſiæ: Nati ſunt ei filij nec opinanti, reddidit Epiſcopus ea, quæ donaverat; In poteſtate habebat Epiſcopus, non reddere, ſed Jure fori, non Jure poli. Quæ verba quomodò Covaruvias exſplicet, videri poteſt. *loc. cit. n. 5.* Saltem ex ijs apparet, quòd Sanctiſſ: vir ejuſmodi nundinationes in præjudicium filiorum factas magno odio habuerit; nec reſpexerit, quid in jure fori, ſed in jure poli licitum, & excuſabile ſit, vide de hac quæſtione, pulchrè & dilucidè differentem Marc: Ant: Genuenſem, *tricen. 10. quæſt. 294.*

Nonum eſt, quòd textus in *l. ſi unquam* loquatur de patrono, qui, 13 cùm nullos filios haberet, liberto omnia bona ſua, vel partem aliquam facultatum donaverat, ex quo Doctores inferunt, quòd, ſi tantùm modica pars bonorum donata fuerit, donatio propter ſupervenientiam liberorum non revocetur: Idem extendunt, ſi tantùm res aliqua particularis donata fuerit, cùm textus expreſsè de donatione univerſitatis, vel certè notabilis partis de univerſitate mentionem faciat. *Tiraquell. ad dict. l. verb. omnia. n. 6. Perez. loc. cit. n. 18.* per rationem, quia, qui tantùm modicam partem, vel rem aliquam ſingularem donat, non præſupponitur, mutaturus fuiſſe animum donandi, ſi de liberis ſupernaſcituris cogitâſſet: Et hanc modicitatem donationis *Tiraquell. loc. cit.* ad dimidium reſtringit: Alij autem cum Perezio longè tutiùs arbitrio Judicis relinquunt, *Menoch. de arbit. Jud. cent. 2. cap. 133. Fachin. loc. cit. cap. 88.* Nos articulo noſtro conveniens eſſe judicamus, ut judex arbitrium ſuum non nimium extendat, cùm donationes, & diſpoſitiones conjugum inter ſe non aliter admittat, niſi cum moderatione, **mit Beſchaidenheit /** quis autem non pro donatione immodica cenſeat, ſi ad donatoris medietatem totius ſubſtantiæ ſe extendat? Deinde articulus noſter expreſsè dicit, quòd donatio ſive diſpoſitio etiam cum moderatione conjugi facta per ſupervenientiam liberorum exſpiret: Ex quo colligitur, non quamlibet modicam, & moderatam donationem ad excludendum beneficium *l. ſi unquam* ſufficere, ſed illam tantùm, quæ tam modica, & moderata eſt, ut Judex conſideratis circumſtantijs perſonæ donatricis, & facultatum ejus, æſtimare poſſit, ſi de liberis cogitâſſet, quòd veriſimiliter nihilominùs donatura fuiſſet: Simile judicium eſt de re aliqua ſingulari donata, ſi enim eſt talis æſtimationis, ut veriſimile videatur, patrem non fuiſſe donaturum, donatio eſt revocabilis. *Ant. Faber. in Cod. de Revocand. donat. definit. 9. per totum. Clarus. in §. donatio. quæſt. 22. n. 5.* Hoc ipſum autem, an res parvæ, vel magnæ æſtimationis ſit, judicantis quoque arbitrio, & religioni committitur, *Faber. loc. cit.* ita ut non dubitemus, etiam pretium affectionis conſiderabile eſſe, V. G. Si quis nullos liberos habens alteri donet rem quandam raram ab antiquiſſimo tempore in domo, & familia ſua conſervatam, quam probabiliter donaturus non fuiſſet, ſi de liberis ſupernaſcituris cogitâſſet: Quia hujus revocationis principalis ratio eſt præſumptus donatoris animus, quòd cogitando de liberis donationem neutiquam facturus fuiſſet. An autem in æſtimanda modicitate, vel gravitate donationis arbitratori, ſive Judici ſit inſpicienda quantitas bonorum, quæ tempore donationis fuit, vel quæ fuit tempore mortis? Vid. *Perez, loc. cit.* Ubi decidit, quòd prior rei ſtatus, qui fuit tempore donationis, ſit inſpiciendus, non augmentum bonorum ſuperveniens.

Decimum eſt, quòd donatio remuneratoria, aut etiam reciproca per 14 ſupervenientiam liberorum non revocetur. Remuneratoria donatio eſt, quæ fit ob benè merita, reciproca verò, quæ viciſſitudinariè fit, & quaſi mutuum ſynalagma habet, do, ut des. Et hoc in tantum extenditur, ut tametſi Judex, ſive arbiter veriſimiliter judicare poſſit, remuneratorem non fuiſſe donaturum, ſi cogitâſſet, ſibi liberos ſupernaſcituros, quòd tamen donatio irrevocabilis ſit, quia donatio vera dici non poteſt, quæ vera remunera-

neratio est. Idem dicendum de reciproca donatione,etiamsi enim neuter fuisset donaturus, si sperâsset sibi liberos obventuros, tamen utraque donatio subsistit, tametsi fortè tantùm ex unius parte liberi supervenerint, cùm donatio reciproca citra utriúsque donatoris consensum vel pro parte, aut in totum rescindi non possit: pulchrè *Ant. Faber. loc. cit. defin. 3. Clarus. in §. donatio. quæst. 3.* Ubi dicit, hoc locum habere in omni donatione, quæ fit ex causa, quia virtutem mutui synalagmatis habet.

15 Undecimum est, an, donatione propter supervenientiam liberorum resolutâ, fructus intermedio tempore percepti restituendi sint? Et putamus, distinguendum esse in donationibus factis inter conjuges, vel inter extraneos: Si donationes factæ sint inter extraneos, donatarius ad restituendos fructus bona fide perceptos nullo modo est obligatus, sive adhuc extent, sive consumpti sint: Ratio est, quia donatarius per donationem perfectam, & traditionem desuper subsecutam factus est dominus, & tamdiu remansit, donec liberi ex postfacto nascerentur, igitur fructus donatario tanquam domino cedunt, quamdiu enim tenet donatio, tenet etiam dominium, & proinde jus lucrandi fructus. *Faber. in Cod. loc. cit. definit. 4. per totum.* In donatione conjugali res paulò aliter se habet, si enim supponas, maritum uxori suæ donâsse prædium aliquod constante matrimonio, quo ipsa semper usa fuit, donec liberi ex communi matrimonio nascerentur, certè, si maritus præmoriatur, uxor prædium simul cum fructibus perceptis, & extantibus restituere tenetur; Ratio est clara: Vel enim loquimur de fructibus ante mortem mariti perceptis, vel de fructibus primùm post mortem mariti uxori obvenientibus? In primo casu uxori ex duplici capite nullum jus percipiendi fructus competijt. 1. Quia donatio inter conjuges, quæ morte non fuit confirmata, ipso jure nulla est, & quia præsupponimus, ex communi matrimonio postea liberos susceptos esse, donatio vi articuli nostri, & *l. si unquam*, ipso jure exspirâsset, ergò uxor nullum legitimum jus habuit, donati prædij fructus percipiendi. Si autem loquamur de fructibus post mortem mariti perceptis, posset quidem videri fructus competijsse uxori, quia per mortem mariti donatio fuit confirmata, sed nec hoc subsistit, cùm per supervenientiam liberorum confirmatio hujus donationis prorsùs infirmata fuerit, sicut ipsa donatio infirmata fuisset, si præsupponeres, eam ante mortem donatoris valuisse.

16 Cœterùm, quid juris sit in casu, de quo ex Covaruvia paulò antè aliquid allegavimus, si scilicet donator liberos habens, in eos donationem contulerit, & postmodùm eidem fortè præter spem alij supernati sint? Vid. apud eundem *Faber. loc. cit. definit. 8.* & apud *Covar. loc. cit. n. 1. 2. & 3.*

17 Secunda principalis Limitatio hujus Regulæ, quòd conjuges sibi invicem aliquid donare, vel mortis causâ relinquere possint, est ista, nisi unus, vel alter conjux binubus sit, nam ex *l. hac Edictali Cod. de secund. nupt.* binubus conjux non potest ex bonis suis secundo conjugi, vel inter vivos, vel mortis causâ titulo lucrativo, & gratuito plus relinquere, quàm unus de liberis prioris matrimonij, & quidem, si partes inæquales sint, quod minimus accipit. Hanc quæstionem satìs fusè exsplicavimus ad *Artic. 1.* Vers: Es seye dann. §. *nunc sequitur.* cui hîc loci pauca superaddenda occurrunt. Diximus ibidem inter cœtera *declarat. 13.* quòd conjugis portio non debeat commensurari secundùm illud, quod relictum est à patre filio, qui minimum accipit, sed quod eidem ex jure pro supplemento legitimæ competit. Cum quo concordat articulus noster. Vers: Darein doch: Ubi dicitur, quòd in partem illam, quæ uni filiorum minima data est, computandum etiam sit, quod deest legitimæ. Exemplo res clarior fit. Pone, quòd Titius pater habuerit tres filios, & post mortem suam in hæreditate reliquerit novem millia florenorum. Juxta dispositionem igitur juris communis

triens

triens debetur liberis pro legitima, id est tria millia florenorum. Pater autem aliam dispositionem fecit, ut scilicet duo filij natu majores accipiant quinque millia florenorum, quilibet 2500. fl. natu minimo verò reliquit tantùm quingentos, & reliqua 3500. fl. legavit uxori: Ex qua dispositione manifestò apparet, quòd natu minimus tantùm dimidiam partem legitimæ sibi jure naturæ debitæ acceperit: Quæritur igitur, an computatio ex *l. hac Edictali* debeat fieri ad quingentos tantùm florenos, quæ filio à patre assignata sunt, vel ad mille florenos, quæ eidem jure legitimæ debentur? Et quamvis de jure communi inter DD. hac in parte aliqua differentia sit, articulus tamen noster clarè disponit, quòd computatio fieri debeat ad mille florenos tanquam legitimam jure debitam. Oportet ergò ante omnia, ut filio natu minimo suppleatur legitima; Quo præsupposito, remanebunt uxori tria millia, quia verò uxor ex *l. hac Edictali* plus nullo titulo lucrativo ex mariti hæreditate habere potest, quàm partem filialem, quæ est inter liberos minima, ideò ad oculum apparet, quòd excessus mulieris ad duo millia se extendat, quæ juxta dispositionem hujus articuli in Vers: Was aber / inter filios æqualiter dividenda sunt: Et hic est verus sensus *l. hac Edictali*, & Vers: nost: Darein doch / qui servit ad declarationem eorum, quæ diximus ad *Art. 1.* Vers: Es seye dann / *declaratione. 13.* Ex quo dilucidè apparet, hunc articulum, quidquid sit de *l. hac Edictali*, magìs in favorem liberorum scriptum esse; Si enim sententiam eorum DD. apprehendas, qui volunt, quòd computatio in relictis uxori simpliciter, & strictè sit facienda ad id, quod minimus ex filijs non beneficio legis, sed ex nuda dispositione parentis accipit, tunc illa plus habere non potuisset, quàm quingentos florenos, & consequenter tria millia inter filios æqualiter dividenda reversa fuissent, cùm tamen, hac exsplicatione præsupposita, non nisi duo millia revertantur, quia priùs oportuit filium, qui minimam partem accepit, in legitima parificari.

Tertia principalis Limitatio est ex *l. fœmina Cod. de secund. nupt. & novell. de nuptijs. cap. si verò exspectet. 5.* ut binubi, qui ad secundum matrimonium transeunt, illius proprietatem amittant, quod ex prioris conjugis testamento, donatione, aut alia simili causa lucrativa ad eos devenit, servato tamen illis usufructu quoad dies vitæ, de qua materia suo loco plura dicemus. 18

Totum verò, quod in primo Versiculo hujus Articuli continetur, in compendium reducendo, dicimus, quòd donationibus, vel alijs dispositionibus mortis causâ inter conjuges factis obstent tres famosissimæ leges, utpote *l. si unquam. 8. Cod. de Revocand. donat. l. hac Edictali. & l. fœmina. Cod. de secund. nupt.* Quarum prima annullat donationes, aut dispositiones testamentarias inter conjuges factas ob supervenientiam liberorum in totum. Secunda, id est *l. hac Edictali* annullat quoad excessum liberis primi matrimonij præjudicialem: Tertia autem, quæ præsupponitur facta sine excessu, binubos punit in amissione proprietatis. Nunc procedimus ad alterum Versiculum hujus Articuli.

Diximus supra ad *Artic. 1.* quòd in casu, quo pater filium discolum ex legitima causa exhæredat, non sequatur, uxori à marito titulo lucrativo nihil relinqui posse, cùm etiam filius discolus nihil acquirat: Quæritur igitur in Vers: hujus Art: Wofer aber / quomodò computatio facienda sit, si unus, vel alter ex liberis binubi mariti religionem ingressus fuerit, vel hæreditati paternæ, accepta dote, vel certa portione, secundùm consuetudinem patriæ, vel hujus, aut alterius Illustris familiæ legitima pacta gentilitia renunciaverit? Et quidem, quod attinet ad eos, qui ingrediuntur sacrum ordinem, distinguendum est, an ingrediantur ordinem mendicantium bonorum incapacem. E. G. Capucinorum, vel Reformatorum, Theatino- 19

rum, & similium: Et hoc in casu habentur pro civiliter, & mundo mortuis, ut tam parùm cum ijs computatio fieri possit, quàm cum filio exhæredato.

Si autem ingrediantur sacrum ordinem bonorum capacem, tunc iterum subdistinctio facienda est, an talis ingressus religionem ex consuetudine patriæ, vel familiæ exigua parte ex hæreditate patris debeat esse contentus, vel, cùm monasterium succedat in locum filij, an possit ab intestato cum reliquis liberis in partem filialem succedere? In primo casu articulus noster expresse disponit, quòd ad ejusmodi Religiosum minore parte provisum quoad uxoris portionem, quam à marito gratuito titulo liberalitatis inter vivos, vel mortis causâ accipit, nullus respectus sit habendus, sed ad alium ex reliquis liberis sæcularibus, qui ex dispositione parentis minimum accipit: Ratio hujus rei est, tametsi enim paulò ante dixerimus, respectum in talibus largitionibus inter conjuges factis, non esse habendum ad filium, qui minus legitimâ accipit, sed ad supplementum legitimæ, quod eidem debetur, tamen in ejusmodi Religiosis, qui minus legitimâ accipiunt, hæc regula observari non potest, cùm præsupponamus, ijsdem vi consuetudinis, vel pactorum familiæ nullam legitimam deberi, sed necessarium esse, ut sola illa parte contenti sint, quam vi consuetudinis, vel pactorum familiæ accipiunt, tametsi minor sit legitimâ.

20 Similiter dicendum est, si quis religionem ingressus minorem partem accepit non coactè, & ex necessitate alicujus consuetudinis, aut pactorum familiæ, sed liberè, & ex bona voluntate in favorem reliquorum liberorum: Ratio est, quia *lex hac Edictali* tantùm scripta est in odium binuborum, qui secundo conjugi liberorum prioris matrimonij, quasi vitam, & sanguinem impendere præsumuntur, ut ad *Art. I.* Vers. Es seye dann/ diximus: Requiritur ergò, ut, ad annullandam excessivam donationem, vel dispositionem conjugi factam, filius ex dispositione parentis binubi, minus accipiat, non si minus filio obtingat per ingressum religionis, vel ex consuetudine patriæ, aut pacto familiæ, vel ex libera, & spontanea voluntate.

21 De altero casu, si quis religionem ingressus sit bonorum capacem, & jura sua sibi integrè reservaverit, nec ullo modo consuetudinis, aut pactorum familiæ, nec etiam spontaneæ, aut voluntariæ remissionis ad minorem partem legitimâ obligatus sit, articulus noster nihil disponit, ut consequenter ex jure communi supplendus sit: Dicimus igitur, si parens binubus tali filio minus legitimâ relinquat, quòd ante omnia supplementum legitimæ petere possit, & si postmodùm appareat, quòd alter conjugum plus à binubo consequatur, quàm sit legitima Religiosi, quòd excessus omninò sit revocandus, & inter religiosum, & reliquos liberos æqualiter dividendus.

22 Idem judicium est de fœminis renunciatis, vel quæ ex consuetudine Provinciæ, aut vi pactorum familiæ pro renunciatis habendæ sunt, certa dote, vel quantitate ex bonis binubi parentis accepta, quia hæc pars filiæ renunciatæ, vel pro renunciata declaratæ, non venit in considerationem largitionis gratuitæ, quæ à binubo suo consorti fit per modò allegatam rationem, cùm ista inæqualitas non oriatur ex voluntate, aut dispositione binubi, sed ex ipsorum liberorum minus accipientium persona, & qualitate, quæ *legi hac Edictali* nullam causam, & occasionem dedit, sed sola binuborum in uxores secundas immoderata affectio, & inordinatus amor.

23 Denique addit articulus, quòd excessus *legis hac Edictali*, scilicet donationis, aut alterius liberalitatis, mortis causâ, vel inter vivos à binubo in secundum conjugem factæ, solis liberis primi matrimonij cedat, nec liberi secundi matrimonij cum ipso binubo parente eorum quidquam de excessu participent, ut supra jam ad *Art. I.* sufficienter exsplicavimus, quò

Lecto-

Lectorem remittimus. Et hic excessus, ut jam sæpiùs diximus, est inter solos liberos primi matrimonij æqualiter dividendus, quod ita intelligi debet, ut, tametsi liberi à parentibus fuerint inæqualiter instituti, tamen ijsdem non participetur, sive communicetur excessus liberalitatis in secundum conjugem collatæ pro quota, & rata paternæ, vel maternæ institutionis, sive hæreditatis, sed pro numero liberorum: *Gloss. ad dict. l. hac Edictali. verb. dividi. Cod. de secund. nupt. Rath. loc. cit. de sec. nupt. cap. 3. assert. 53. & 54. Fachin. l. 3. cap. 69. & Faber. in Cod. ad dict. tit. defin. 11.*

His ita nunc breviter exsplicatis, paucæ adhuc quæstiunculæ pro meliori intellectu hujus articuli resolvendæ sunt. Prima est, cùm superiùs diximus, excessum largitionis secundo conjugi factæ non esse computandum secundùm portionem, quam unus, vel alter liberorũ, qui religionem ingreditur, vel etiam, quam filia prioris matrimonij propter renunciationem vel spontaneè, vel secundùm loci NB., consuetudinem aut familiæ pacta, factam accipit: Quæritur, quid dicendũ sit, si præter filios Religionẽ ingressos, vel fœminas renunciatas nulli alij liberi supersint, annè non obstante *l. hac Edictali*, binubus conjux secundo conjugi quamcúnque largitionem excessivam facere possit? Ratio dubitandi est, quia ad hoc, ut pœna *l. hac Edictali*, locum habeat, à DD. communiter requiritur, ut liberi ex primo matrimonio donatoris supersint, quia dispositio *l. hac Edictali* in favorem liberorum principaliter introducta est, deficientibus ergò liberis, necessariò etiam deficit dispositio, atqui liberi prioris matrimonij religionem ingressi, vel filiæ renunciatæ, vel pro renunciatis habendæ, perindè censentur, acsi non superessent, cùm ab hæreditate parentum se ipsos excluserint. Verùm, quod attinet ad Religiosos, prior distinctio repetenda est, an ingressi sint religionem bonorum incapacem, vel talem, quæ bonorum capax est, & in locum filij succedit? In primo casu binubo conjugi, qui ex primo matrimonio nullos alios liberos habet, nisi religionem bonorum incapacem ingressos, licet in secundum conjugem suam liberalitatem exercere pro libitu, modò liberi ex secundo matrimonio suscepti non lædantur in legitima: Ratio est, quia ejusmodi religiosi sunt civiliter, & mundo mortui, & habentur quasi non superessent. 24

In secundo casu, quo liberi prioris matrimonij ingrediuntur religionem bonorum capacem, putamus, dispositioni *l. hac Edictali* locum esse, ut scilicet conjugi secundo plus relinqui non possit à binubo, quàm minimus ex liberis religionem ingressis à binubo parente accepit: Ratio est, licèt enim tales Religiosi post vota solemnia etiam habeantur pro civiliter mortuis, nihilominus tamen monasterium, sive Religio in eorum locum subintrat, & favore liberorum gaudet, ut proinde conjugi secundarum nuptiarum tanquam novercæ, aut vitrico non immeritò præferantur: Si enim, ut per se clarum, & certum est, liberis religionem bonorum capacem ingredientibus debetur legitima, cur non ijsdem etiam debeatur excessus liberalitatis secundo conjugi in odium secundarum nuptiarum prohibitus? 25

Idem dicendum est de mulieribus renunciatis: Ratio est, quia renunciatio fœminarum fieri solet in favorem masculorum, si autem masculi nulli supersint, renunciatio conditionatè facta resolvitur, & cùm nihilominùs fœminæ maneant liberi, consequenter earum vitricus, aut noverca à binubo parente plus accipere non potest, quàm illa ex renunciatis, cui minima pars obtigit. Vid. *D. Rath. loc. sæpiùs. cit. assert. 29.* 26

Secunda quæstio est, an excessiva donatio à binubo conjuge consorti ex secundo matrimonio facta valeat, si contingat, liberos primi matrimonij ante secundum conjugem præmori? *D. Rath. loc. cit. assert. 30.* concludit, quòd sic: Quia casum liberorum postmodùm defunctorum æquiparat cum eo, quo nulli unquam liberi ex priore matrimonio suscepti fuerunt, & ad 27

hoc allegat *text. in dict. l. hac Edictali.* §. *his illud. vers. si ante eandem matrem. Cod. de secund. nupt.* Sed planè nos existimamus, sufficere ad annullandum excessum ejusmodi conjugalis largitionis, si tempore, quo largitio facta est, liberi ex priori matrimonio extiterint, tametsi postmodùm ante novercam, vel vitricum mortui fuerint: Ratio clara est ex eadem *l. hac Edictali.* §. *quam observationem. vers. sin verò.* quia excessus talis largitionis conjugalis ipso jure nullus est. Sin verò, inquit textus, plus, quam statutum est, aliquid novercæ vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non scriptum, neque relictum, vel donatum aut datum sit, haberi debet; Quod autem ab initio nullum est, ex postfacto per mortem filiorum convalidari non potest, prout supra diximus de donatione, quæ revocatur per supervenientiam liberorum, cùm enim revocatio fiat ipso jure, donatio non reconvalescit, si liberi postmodùm nati ante conjugem, vel extraneum, cui donatio facta est, decedant, nisi ab ipso donatore nova prioris voluntatis declaratio, sive renovatio superveniat. Certè Versiculus, quem D. Rath allegat, nihil in contrarium facit, nam ille loquitur solùm de altera pœna binuborũ, de qua agitur in *l. Fœminæ. Cod. eod.* id est, ut conjux binubus in favorem etiam communium liberorum proprietatem eorum amittat, quæ ex beneficio primi conjugis accipit; Inter utrûmque casum autem est maxima differentia, nam, ut diximus, donatio excessiva, quæ fit in præjudicium liberorum primi matrimonij, statim ab initio est nulla quoad excessum, donatio autem, quæ conjugi fit in præjudicium liberorum communis matrimonij, ipso jure valet, & solummodò in odium secundarum nuptiarum in tantum infirmatur, ut conjux donatarius proprietatem liberis reservare, & nudo usufructu contentus esse debeat, non est igitur mirum, si liberi præmoriantur, quòd restitutio proprietatis, utpote causâ, ob quam introducta est, cessante, exspiret. Uno verbo, liberalitas facta contra dispositionem *l. fœminæ.* ipso jure valet ab initio, & tunc demum proprietas amittitur, quando conjux donatarius ad secunda vota transiens ante liberos recto naturæ ordine præmoritur: In dispositione verò *l. hac Edictali.* excessus statim ab initio ipso jure nullus est, ab uno igitur casu ad alterum non fit bona illatio. Concordat cum modò dictis articulus noster, qui conjugibus liberos ex priori matrimonio habentibus omnem potestatem adimit, consortibus suis ex secundo matrimonio plus relinquendi, quàm ille ex liberis primi matrimonij consequitur, cui minima pars ex voluntate parentis obtingit. Si igitur binubo omnis potestas plus relinquendi adempta est, sequitur, quòd relictum contra dispositionem legis sit ipso jure nullum, & per mortem liberorum non convalidetur, nisi binubus post mortem liberorum primi matrimonij suam voluntatem secundo conjugi plus relinquendi legitimè renovet: Confirmatur ex ult: Vers: **Was aber /** ubi expressa verba cassatoria, **solches soll kein Krafft haben /** reperiuntur, quod autem vim nullam habet, non nisi post mortem liberorum ex nova voluntate statui debet, ut supra ad *Artic. 9.* in simili diximus, quòd maritus, qui uxori dotem, donationem propter nuptias, & morgengebam in omnibus suis bonis assecuravit, potestatem non habeat, bona sua uxori pro prætensionibus suis obligata alienandi, hypothecandi, aut onerandi, adeóque, si contra faciat, quòd omnis alienatio, & hypothecatio sit ipso jure nulla, cassa, & irrita. Aliud est in casu *legis Fœminæ*, ubi statuitur, quòd mulier binuba in odium secundarum nuptiarum, quando liberi ex matrimonio communi supersunt, proprietatem eorum amittat, quæ à primo marito titulô gratuitô accepit, nam, cùm lex donationem valere præsupponat, utique uxori binubæ remanebit, quod à marito accepit, si liberi mulierem binubam non supervixerint, quorum favore restitutio proprietatis mulieri binubæ pro pœna ex dispositione legis injuncta est, ut suo loco fusiùs exsplicabimus.

Imò

Imò, quod plus est, Socinus Junior, quem *D. Rath. ibid.* allegat, *lib. 2. cap. 71.* putat, quòd etiam proprietas statim, atque binubus conjux ad secunda vota transit, devolvatur ad liberos tempore secundarum nuptiarum existentes, & devolvatur per liberorum mortem ad eorum hæredes, quam tamen sententiam improbat *l. hac Edictali. in cit. Vers. si ante eandem matrem*: Ubi statuitur, quòd à filijs, filiabúsve, vel ex his progenitis liberis, si eos omnes ante matrem obire contigerit, luctuosum lucrum ad eam redire debeat, præsupponit ergò textus, quòd liberi proprietatem ad alienos hæredes transmittere non possint.

Quæritur tertiò, quare utrámque pœnam *l. hac Edictali. 6. & l. Fœmina. 3.* semper restringamus ad ea, quæ conjux binubus à priore consorte suo titulô lucrativô, & gratuitô accepit? Et Respondemus, quòd reciproci contractus onerosi inter conjuges non sint prohibiti: V: G. emptionis, & venditionis, locationis, & conductionis, permutationis, & similes. Si quid igitur binubus à consorte suo præmortuo ex ejusmodi contractibus reciprocis, & onerosis consecutus est, id pœnis secundarum nuptiarum non subjacet, nec per beneficium *l. si unquam* ob supervenientiam liberorum revocabile est, modò suspicio fraudis, & circumscriptionis absit, nam, si V. G. maritus uxori prædium aliquod magni pretij pro tertia tantùm, vel quarta parte justæ æstimationis, imò fortè V. G. pro uno obolo vendat, nemo non videt, apertam legibus fraudem fieri, & talem venditionem in effectu palliatam donationem esse, quæ jure subsistere non possit. Plura de hoc supra ad *Art. 1.* Vers: Wäre jhr auch / attigimus. 28

Der Sechzehendte Articul.

Es hat kein Frau macht / ohne jhres Mann Wissen vnd Willen / etwas von jhrem aignen / ligend oder fahrendem Guet / Recht vnnd Gerechtigkeiten / sie hab jhr dann in etlichen die Nutzung vnnd Verwaltung außtruckentlich vorbehalten / zuverkauffen / zuverpfänden / zuverschreiben / zuverschencken / oder in anderweeg zuvergeben / noch auch sich ainicher Ansprach / oder Forderung / die jhr gebührt / weder mit / noch ohne Eyd zuverzeihen / oder darumben zu quitiren. Deßgleichen sich mit jemand in Stritt vnd Rechtfertigung / oder auch Verträg einzelassen / noch ainiche Erbschafft anzutretten / oder jchtwas anders zuthun / zulassen vnnd zuhandlen / dardurch jhr Guet geschmälert / oder sie zu Schaden kommen möchte; Beschehe aber solches / so hat es doch kein Krafft / vnnd der Mann mag alsdann solche deß Weibs-Handlung inner fünff Jahren / nach deme er derselben in Erfahrung kommen / wohl widersprechen / vnnd als nichtig auffheben. Doch ist jhr vnbenommen / durch letzten Willen jhr Guet zuverschaffen / wem sie will / wie recht ist.

SUMMARIA.

1. *An mulier Jure communi inspecto de rebus suis pro libitu disponere possit?*
2. *Quid de Jure nostro Bavarico?*
3. *An statutum nostrum, prohibens uxori alienationem, sit introductum in favorem mariti, vel uxoris?*
4. 6. & 19. *An saltem disponere possit de receptitijs?*
5. *Quid de bonis paraphernalibus dicendum?*
7. & 8. *An mulier possit distractum facere sine consensu mariti?*

9. An saltem contrahere possit cum pia causa?
10. An medio juramento?
11. An ex voto?
12. An mulier donationem insciô maritô possit accipere?
13. Quid si mulier huic articulo renunciaverit?
14. An mulier alteri rem suam alienanti consentire possit?
15. An se meretricem agnoscere?
16. An aliquid lusu perdere?
17. An hæc constitutio etiam se extendat ad bona mulieris alibi sita?
18. An mulier extranea, ubi tale statutum non viget, de bonis in patria sitis sine consensu mariti disponere possit?
20. Quid si in pactis dotalibus contrarium fuerit conventum?
21. Quid si mulieris contractus sit conditionalis in casum dissoluti matrimonij?
22. An tanquam procuratrix sine consensu mariti in rebus alienis contrahere possit?
23. An possit renunciationem remuneratoriam facere?
24. An bona retrovenditionis onere affecta sine mariti consensu revendere possit?
25. Quid si maritus ex post facto consentiat?
26. Quid si maritus totô quinquenniô alienationi uxoris acquieverit?
27. Quid de præscriptione longiore dicendum?
28. & 29. An mariti præsumptus consensus sufficiat?
30. Quid si uxor contraxerit cum patre, vel proprijs liberis?
31. An maritus uxoris obligationem impedire possit, quæ oritur ex delicto, vel quasi?
32. An mulier jus præsentandi sine mariti consensu exercere possit?
33. An fidejussor mulieris teneatur ex contractu sine mariti consensu inito?
34. An contractus mulieris teneat, si traditione fuerit consummatus?
35. An mulier de rebus suis mortis causâ disponere possit?
36. An mulier minorennis cum consensu mariti sine decreto judiciali alienationem facere possit?
37. An quis clandestinè cum uxore contrahens exceptionem nullitatis opponere possit?
38. An contrahenti cum marito in rebus uxori obligatis exceptio nullitatis competat?
39. Quæ sit ratio differentiæ?
40. An contractus uxoris cum ipso marito factus teneat?
41. Quid si maritus, & uxor simul cum tertio contrahant?

1 TAmetsi de Jure Civili mulier majorennis pro libitu res suas etiam marito inscio donare, oppignorare, vel alio quovis titulo alienare, & in tertium quemvis transferre possit *l. velles. 6. Cod. de Revocand. donat. l. si uxor. 12. Cod. de pignor.* tamen multorum Regnorum, & Provinciarum consuetudine, utpote Hispaniæ, Franciæ, Italiæ, Lombardiæ, Electoratûs Saxoniæ, Ducatûs Burgundiæ, &c. introductum est, ut mulieres nec donandi, vendendi, alitérque distrahendi res suas liberam potestatem, nec legitimam personam standi in judicio habeant sine mariti sui consensu, & voluntate. Vid. *Covar. de matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. Tiraquell. ad leg. connub. 16. gloss. 6. Verb. contentement. n. 39. Cassan. in Consuet. Burgund. rubr. 4. §.*
2 *1. gloss. 3. Berlich. part. 2. conclus. 17. n. 2.* Quæ consuetudo etiam à Patria nostra ab antiquissimo tempore recepta est: Quæ est iterum notabilissima
Diff. differentia inter jus Commune, & jus nostrum statutarium: Et quamvis in Reformatione de Anno 1588. *Tit. 44. Art. 9.* tantùm hoc statuatur, ut nulla mulier potestatem habeat sine mariti præscitu, & voluntate aliquid notabile, ichts merckliches / vendendi, in novis tamen statutis verbum istud, ichts merckliches / omissum: Et terminus, zu verkauffen / latissimè extensus fuit, ita ut absque mariti præscitu, & consensu necquidquam de proprijs mobilibus, vel immobilibus bonis, & quibuscúnque juribus aliquid vendere, oppignorare, obligare, donare, vel aliâ viâ alienare, nec ulli actio-

ni,

ni, aut prætensioni sibi competenti cum, vel sine juramento renunciare, vel desuper quietantiam impertire, nec ullam litem, aut actionem movere, nullam transactionem inire, nulli hæreditati se immiscere, nec quidquam aliud facere, aut disponere possit, per quod bona illius diminuantur, vel illa damnum incurrat.

Quæritur igitur statim primò, an hoc statutum introductum sit in favorem mulierum, vel potiùs in favorem maritorum? Multum in eo situm esse, nemo non videbit ex sequentibus. Si dicamus, fragilitatem sexûs muliebris huic consuetudini causam dedisse, prout innuit *Tiraquell. ad ll. connubial. gloss. 6. in Verb. Consentement. n. 37.* & *D. Balthasar. tit. 1. resol. 14. n. 3. ad finem*. multa argumenta manifestè in contrarium obstant: Si enim fragilitas, & imbecillitas muliebris impedit alienationes, & alias dispositiones mulierum in rebus suis proprijs, tunc primò sequeretur, quòd hujus dispositionis introductio ex jure communi fieri debuisset, neque ulla consuetudine, aut statuto ad ejus introductionem opus fuisset: Imò secundò, si supponas, mulieribus pro singulari favore suo ob imbecillitatem, & fragilitatem sexûs per statuta, & consuetudines tot locorum, & maximè Provinciæ nostræ Electoralis Bavaricæ interdictam esse omnium rerum suarum alienationem, quid opus fuit *Art. 12. 13. & 14.* Ubi mulieribus ob causam imprudentiæ, fragilitatis, & imbecillitatis muliebris prohibetur intercessio, & fidejussio pro maritis, & alijs personis extraneis, cùm prohibita omni alienatione utique etiam hoc ipso prohibita fuisset fidejussio, & intercessio? Tertiò jam supra dictum est, mulieribus majorennibus competere in rebus suis propriis tam mobilibus, quàm imobilibus plenariam administrationem, & dispositionem: Si igitur libera administratio, sive dispositio solis maritatis adimitur, non potest esse privilegium mulieribus ob sexûs fragilitatem indultum, cùm utique solutæ longè majoribus periculis ob sexûs fragilitatem subjaceant, quàm maritatæ. Quartò mulier etiam maritata, vi hujus articuli, de bonis suis receptitijs, ut sequetur, pro libitu disponere, & illa omni via, & modo alienare potest. Non est igitur prohibitio hujus articuli in favorem mulierum propter illarum fragilitatem, & imbecillitatem introducta. Quintò Juris quidem Saxonici dispositione mulieres maritatæ sunt sub tutela, vel curatela maritorum, solutis autem constituuntur separati, ac speciales curatores, sine quorum consensu, & approbatione, nec in, nec extra judicium quidquam agere, contrahere, aut se obligare possunt, eò tamen res in Patria nostra non devenit, cùm maritus nec tutor, nec curator uxoris sit, & solutis in majore ætate constitutis plenissima, & absoluta potestas de bonis suis disponendi remaneat: Nullô modô proinde dici potest, hanc articuli nostri dispositionem in favorem mulierum interpretandam esse. Quamvìs *Tiraquellus loc. cit.* putet, favorem utrúmque conjugem concernere, quod tamen ad *Articulum 6. quæst. 6.* non omninò approbavimus.

3

4

Quid igitur superest, quàm ut sincerè dicamus, hunc articulum præcisè in favorem maritorum positum esse: Reverentia enim, quam uxor marito debet, & potestas, quam vir in ejus corpus acquirit, videtur exigere, ut uxor etiam in bonis suis à mariti potestate, & voluntate dependentiam habeat. Deinde per se notum est, quòd maritus consequatur dominium dotis civiliter, juxta *l. doce ancillam. Cod. de rei vindicatione*. Ergò necessarium consequens est, ut uxor de dote in præjudicium mariti tanquam domini, sine illius præscitu, & voluntate nihil disponere possit. 5

Idem dicendum est de bonis paraphernalibus, licèt enim uxor naturaliter, & civiliter sit domina rerum suarum paraphernalium, nihilominùs tamen earum administratio ad maritum pertinet, ita ut uxor sine mariti, tanquam legitimi administratoris consensu, & voluntate de ijs disponendi pote-

poteſtatem non habeat, præſertim, cùm plerúmque in pactis dotalibus expreſſa conventio fiat, ut uſusfructus paraphernalium debeat cedere in communis matrimonij utilitatem, & neceſſitatem, & commune adagium ſit, daß das Weib / welches dem Mann ihren Leib vertraut / auch das Guet nit vorenthalten soll: In favorem igitur mariti hæc lex conſtituta eſt, ut uxor neque de bonis dotalibus, neque de bonis paraphernalibus invitô maritô diſponere poſſit, utpote, qui in dotalibus locò domini eſt, in paraphernalibus verò adminiſtrator, & ſimultaneus pro communis matrimonij neceſſitatibus uſufructuarius.

6 Excipit articulus noſter per expreſſum illa bona, quæ mulier maritata ſibi tempore ſponſaliorum pro præcipuo recipit, ita ut in illis liberam, & plenam adminiſtrationem, & diſpoſitionem habeat, behalten ihr die völlige Nutzung / und Adminiſtration bevor. Sunt enim quædam bibulæ, & comptulæ mulieres, quæ maritis non fidunt, & in pactis dotalibus ſibi de bonis ſuis aliquid reſervant, ut genio ſuo indulgere, & ſuperbiam exercere poſſint. In talibus ergò bonis reſervatis, quæ receptitia vocantur, articulus noſter mulieribus liberam poteſtatem diſponendi admittit, ut eò clariùs appareat, in reliquis bonis potiùs in maritorum, quàm ipſarum favorem liberum diſponendi arbitrium ijs ademptum eſſe, ne aliàs in detrimentum familiæ, & liberorum communium non ex fragilitate, ſed potiùs ex bibacitate, & luxu ſua illa dilapident.

7 Præſuppoſitô nunc hôc principiô, ampliatur ſupra poſita regula, quòd mulier durante matrimonio non poſſit facere contractum ſine licentia viri, ut nec etiam poſſit facere quaſi contractum, V. G. adeundô hæreditatem, ſuſcipiendô tutelam, &c. aut diſtractum, recedendô, ſive deſiſtendô à contractu, vel quaſi contractu ſemel legitimè inito, renunciandô juri ſibi competenti, vel debitori quietantiam concedendô, faciendô pactum de non petendo, aut alios ſimiles actus exercendô. *Gomez. ad ll. Tauri. 54.*

8 Ampliatur ſecundò, quòd non poſſit remiſſionem vel liberationem à debito alteri concedere. *Gomez. loc. cit.*

Ampliatur tertiò, quòd non poſſit ſtare in judicio, contra alium agendô, vel ut rea, ſive conventa judicium ſuſcipiendô.

9 Ampliatur quartò, ut mulier ſine licentia mariti nec cum pia cauſa contrahere poſſit *Tiraquell. loc. cit. gloſſ. 8. n. 173.*

Ampliatur quintò, ut mulier ſine præſcitu, & conſenſu mariti nec
10 cum juramento contrahere, aut ſe obligare poſſit, quæ ampliatio, tametſi apud DD. controverſa ſit, ut videre eſt apud *Tiraquell. loc. cit. gloſſ. 4. in fine. Gomez. ad ll. Tauri. l. 54. n. 8. Covar. tom. 1. de matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 3.* Tamen in articulo noſtro expreſsè approbatur in verbis, weder mit / noch ohne Eyd. Dices, quòd ſupra ad *Artic. 13.* admiſerimus, quòd interceſſio, ſive fidejuſſio mulieris pro marito cum juramento facta valeat, & mulierem obliget, ſi ergò valet jurata fidejuſſio mulieris, multò magis valere debet alius juratus contractus à muliere initus, cùm mulieribus S. C: Vellejano, & Auth: *ſi qua mulier.* fidejuſſio, & interceſſio ſpecialiter interdicta ſit, omnes verò reliqui contractus de jure permiſſi. per *text. in l. velle. 6. Cod. de Revocand. donat.* Reſpondemus, rationem differentiæ hanc eſſe, quòd interceſſio, & fidejuſſio mulieribus prohibita ſit in earum proprium favorem, & commodum, cui per juramentum renunciare cenſentur, ut ibidem exſplicavimus, ex conſuetudine verò Patriæ noſtræ contractus mulierum ſine conſenſu maritorum initi invalidantur in favorem maritorum, quando autem contractus tendit in præjudicium tertij, cujus voluntas, & conſenſus ad contrahendum requiritur, tunc nulla ratio patitur, ut firmetur juramentô. Ut pulchrè diſcurrit *Gomez. ad ll. Tauri. dict. l. 54. n. 8.* Et probatur hæc opinio in *cap. cùm contingat. x. de jurejur. Covar. loc. cit. n. 3.*

Amplia-

Ampliatur sextò, ut obligatio uxoris nulla sit, tametsi se ad aliquem 11
contractum, maximè verò donationis votô obstrinxerit, quia maritus omnia uxoris vota irrita reddere potest, quæ juri suo, quod habet in bonis uxoris, præjudicium aliquod afferre possunt. *Leymann. in Theol. Moral. tract. 4. lib. 4. cap. 7. n. 12.* Ubi plures alios citat.

Ampliatur septimò, ut uxor non solùm sine mariti licentia nullam do- 12
nationem facere, sed etiam nullam donationem sibi oblatam recipere possit, cujus rei ratio est, quia mulier recipiendô donationem donatori naturaliter obligatur. *text. in l. sed etsi. 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. hæred.* mulier autem nullum omninò contractum, ex quo etiam naturaliter tantùm obligatur, sine consensu mariti inire potest, *Berlich. lib. 2. conclus. 17. n. 23.* Quamvis enim DD. communiter velint, quòd contractus à mulieribus initi etiam sine maritorum licentia, & consensu valeant, si eisdem utiles sint, tamen hoc judicium, an utiles, vel inutiles sint, non pertinet ad mulierem, sed ad maritum, & plerúmque donationes, sive munuscula, quæ offeruntur uxoribus, multùm suspecta sunt.

Ampliatur octavò, ut actus, & contractus à muliere factus, irritus & 13
inutilis sit, tametsi renunciaverit dispositioni hujus articuli: Ratio per se expedita est, quia, ut fundamenti locò posuimus, dispositio hujus articuli favorem, respectum, & reverentiam mariti, non commodum uxoris concernit, ergò uxor eidem tanquam juri alieno renunciare non potest: Nec valet talis renunciatio, tametsi fuerit jurata, quia, ut dictum, ipse actus juratus non valet, ergò nec renunciatio eidem accedens, accessorium enim plus operari non debet, quàm ipsum principale: Hoc tamen, quod de jurata mulieris alienatione, & renunciatione dictum est, sic velim, intelligas, ut non valeat, quamdiu maritus vivit, eô enim uxori præmortuô, jurata alienatio, vel renunciatio servanda est, non quidem ex eo principio, quòd mortuô maritô reviviscat, quod supra reprobavimus, sed quia ómne juramentum ex dispositione Sacrorum Canonum servandum est, quod sine dispendio salutis æternæ servari potest, atqui mulier post mortem mariti liberam suarum rerum administrationem consequitur, & cessat potestas maritalis, quæ actum alienationis juratæ invalidavit, ergò uxor juramentum suum servare tenetur, prout benè distinguit *Did. Covar. de matr. part. 2. cap. 7. & Molina de Just. & Jur. tract. 2. disp. 343.*

Ampliatur nonò, ut contractus mulieris sine consensu mariti initus non valeat, tametsi maritus ante uxorem fuerit mortuus: Ratio est, quia articulus noster mulieri omnem potestatem de rebus suis disponendi adimit in verbis, es hat kein Frau Macht: Item in verbis, beschehe aber solches / so hat es doch kein Krafft / adempta igitur potestate disponendi, actus ab initio est nullus, & proinde per mortem mariti non convalidatur, & reconvalescit. Aliud tamen dicendum est, si mulier contractum post mortem mariti repetat, vel si inscio marito contractum sub hac conditione celebret, ut præmortuô maritô primùm valeat, & effectum sortiatur, talem enim contractum in casu soluti matrimonij initum valere, nemo dubitare potest. *Tiraquell. loc. sæpiùs cit. gloss. 8. n. 291.* ut paulò post ampliùs sequetur.

Ampliatur decimò, ut mulier alteri rem suam vendenti, vel alienan- 14
ti, aut aliter ejus nomine contrahenti consentire non possit, quia idem est negotium per se, vel per alium conficere.

Ampliatur undecimò, quòd mulier sine mariti consensu se debitricem 15
agnoscere, & confiteri non possit. Ratio per se clara est, quia confitendo debitum mulier se obligat, sed mulier se sine mariti consensu obligare non potest, ergò nec se debitricem potest agnoscere, & confiteri. Deinde si hoc permissum esset, facilè fraus legi fieri posset, cùm uxor, quæ pro-

hibetur alteri donare sine voluntate mariti, se confitendo debitricem mariti reverentiam, & consensum eludere posset.

16 Ampliatur duodecimò, tametsi ludi honesti passim liciti, & permissi sint, uxor tamen sine consensu mariti à lusu abstinere debet, & si quid perdiderit, maritus repetendi potestatem habet, quod benè notandum est nostris mulieribus Monacensibus, quæ lusui ita deditæ sunt, ut ferè in singulos dies stata conventicula habeant, ubi instar virorum non tantùm nuces, aut nummos, sed argentea, & aurea numismata fortunæ committunt, & inter se masculè decertant, ita ut subinde mariti ad paupertatem modò non etiam ad subhastationem deveniant.

17 Ampliatur decimò tertiò. Ut, si mulier extra Bavariam, ubi tale statutum non est in usu, bona habeat, nec illa sine præscitu, & voluntate mariti alienare possit, quia hæc prohibitio non ipsa bona, sed personam mulieris concernit, quæ obligatur secundùm Statuta, ubi domicilium habet. Imò

18 Ampliatur decimò quartò, si mulier extranea in Patria nostra velit contrahere, aut judicium subire, admittenda non est, nisi mariti voluntas, & consensus accesserit: Ratio est, quia in contractibus, & judicijs observanda est consuetudo, sive statutum loci, ubi exercentur. De his, & alijs pluribus ampliationibus videri possunt *And. Tiraquell. Tract. de leg. connub. gloss. 5. & gloss. 8.* Et *Berlich. dict. conclus. 17. per totum.* Monendus est autem benevolus Lector, ut auctores de hac materia scribentes, & maximè Berlichium cautè legat, quia quilibet secundùm consuetudinem suæ patriæ scribit, quæ, cùm diversæ sint, non per omnia ad Statuta nostra Bavarica applicari possunt, præsertim jus Saxonicum, vi cujus maritus legitimus tutor, vel curator uxoris est, quod tamen apud nos nullo modo obtinet, ut in limitationibus mox sequentibus clariùs apparebit.

19 Prima igitur Limitatio est in bonis uxoris receptitijs, de quibus paulò ante dictum est, in ijs enim maritus nihil juris habet, quia præsupponimus, ut articulus noster loquitur, mulierem sibi plenum illorum usum, & administrationem reservâsse, Sie hab jhr dann in Etlichen die Nutzung / vnnd Verwaltung außtruckentlich vorbehalten / ex quo sequitur, quòd maritus de jure nostro statutario uxoris tutor, aut curator non sit, ut de jure Saxonico, aliàs enim tutelæ, aut curatelæ quædam bona subtrahere, & sibi administrationem retinere non posset, ut proinde inter utrúmque jus notabilis differentia sit, cùm jus Saxonicum in favorem uxoris propter hujus sexûs fragilitatem statuat, ut perpetuæ mariti, vel si maritata non sit, alterius specialiter constituti administratoris, eines kriegerischen Vormundt / tutelæ, vel curatelæ subesse debeat, jus autem nostrum Bavaricum in solum favorem maritorum disponat, ne uxor de rebus, quas sibi non reservavit, sed mariti administrationi, & curæ commisit, ob reverentiam conjugalem sine præscitu, & voluntate viri nihil disponere possit.

20 Limitat secundò *D. Rath. loc. cit. assert. 32.* ut uxor ad mariti voluntatem & consensum in alienatione rerum suarum non sit obligata, quando contrarium in pactis dotalibus conventum est, sæpè enim vidimus, quòd locupletes mulieres marito solam dotem assignent, in reliquis verò omnibus bonis suis sibi liberam dispositionem retineant, imò vidimus, quosdam matrimoniales contractus ex hac sola causa in irritum cecidisse, cùm sponsus peteret sibi, & administrationi suæ bona sponsæ committi, sponsa autem id detrectaret, & tutius crederet, bona in sua potestate conservare, quàm marito fortè multùm obærato concredere, & periculo dilapidationis exponere, quod iterum signum est manifestum, maritum ex jure nostro statutario non esse legitimum uxoris tutorem, & curatorem: Et hæc D. Rathij

exten-

extenſio eò faciliùs eſt admittenda, cùm in effectu talia bona, quæ uxor ultra dotem habet, marito non afferantur, ſed ab uxore ſibi reſerventur, adeóque paraphernalia dici non poſſint, ſed receptitia, in quibus articulus noſter uxori liberam diſpoſitionem expreſsè relinquit. Cùm bonum paraphernale dicatur, non quod uxor extra dotem habet, ſed quod extra dotem marito affert.

Tertia Limitatio eſt, ſi uxor ſine conſenſu, & præſcitu mariti cum altero contractum init in caſum diſſoluti matrimonij, talem enim contractum conditionatum, vel in diem, effectum ſortiri, jam ſupra diximus, utpote quia ſoluto matrimonio uxor liberrimam rerum ſuarum adminiſtrationem conſequitur: Non eſt igitur mirum, ſi, conditione exiſtente, & purificatâ, ad contractum ſuum, cujus effectus vivente marito ſuſpenſus fuit, habeatur pro efficaciter obligata, idem *D. Rath. loc. cit. aſſert. 32.* 21

Limitatur quartò, ſi uxor ab alio ſit procuratrix conſtituta, tunc enim ejus nomine, qui ſibi negotia ſua commiſit, abſque mariti conſenſu rectè contrahit. *Tiraquell. loc. cit. gloſſ. 5. quæſt. 15. n. 171. Berlich. loc. cit. n. 57.* Ratio hujus rei eſt, quia vi hujus articuli uxori tantùm in rebus proprijs mariti adminiſtrationi commiſſis poteſtas contrahendi, & diſponendi adempta eſt, non in alienis; Cùm ſibi tertius imputare debeat, quare mulieri negotia ſua gerenda commiſerit, ſi propter ejus fragilitatem, & imprudentiam damnum incurrit. Quamvìs autem hæc ſpecioſa ſint, nos tamen multùm ſubſiſtimus, an mulier tanquam procuratrix alterius negotia gerenda ſine mariti conſenſu, & voluntate in ſe ſuſcipere poſſit: Ratio manifeſta eſt, quòd mandatum contractus ſit inter mandantem, & mandatarium reciprocè obligatorius, uxor autem ſe vi hujus articuli nullo modo ſine mariti conſenſu, & voluntate obligare poteſt, ergò nec poteſt alienum mandatum in ſe ſuſcipere, prout paulò antè de contractu donationis diximus, vel igitur concedere debemus, contractum mandati, aut negotiorum geſtionem ſine mariti voluntate uxori prorsùs eſſe illicitam, vel contractum debere claudicare, ita ut is, qui mulieri negotia ſua committit, eidem quidem ſit obligatus, mulier autem ſine mariti voluntate aliena negotia ſuſcipiens, & malè gerens nullam obligationem habeat. Quamvìs hanc claudicationem *Caſſan. & Tiraquell. loc. cit.* ultrô admittant. 22

Limitatur quintò, in donatione remuneratoria, quando enim mulier ab alio donationem accipit, communiter DD. volunt, quòd non prohibeatur, eidem reciprocam donationem facere ſine præſcitu mariti. *Pinell. ad l. 1. part. 3. Cod. de bon. matern. n. 58. Berlich. loc. cit. n. 63.* Sed etiam hoc nullo modo nobis videtur admittendum, cùm jam ſupra ex mente ejuſdem Berlichij dixerimus, uxorem abſque voluntate viri donationem nec facere, nec recipere poſſe: Si enim ſola receptio donationis mulierem reciprocè obligat, tametſi ex ſola liberalitate facta ſit, multò magìs remuneratoria obligatio erit prohibita, cùm longè fortiore jure reciprocam obligationem inducat: Si dicas, ſaltem in eo caſu debere eſſe licitam, quando uxor plus recipit, quàm reciprocè expendit: Reſpondemus ut ſupra, hoc judicium non competere uxori, ſed marito, niſi ergò mariti conſenſus acceſſerit, invalida eſt etiam reciproca, & remuneratoria uxoris obligatio. 23

Limitatur ſextò, ut mulier bona à majoribus ſuis oneri retrovenditionis affecta ſine mariti præſcitu, & conſenſu retrovendere poſſit, *Tiraquell. loc. cit. gloſſ. 1. n. 204.* per rationem, quia hæc alienatio ex pacto de retrovendendo oritur ex neceſſitate ad fidem luendam, & non fit ex nuda voluntate ad bona ſua noviter oneranda: Quam limitationem ut juſtiſſimam etiam nos approbamus. Quòd autem *Berlich. loc. cit. n. 64.* addat, etiam tunc retrovenditionem licitam eſſe, ſi ipſa mulier pactum de retrovendendo fecerit, id noſtra opinione de Jure Saxonico nullo modo ſubſiſtit, cùm 24

mulier vel in mariti, vel in alterius curatoris perpetua poteſtate ſit conſtituta, adeóque invito marito, vel curatore ſuo, contractum cum pacto de retrovendendo nunquam inire potuerit. Si autem loquamur de Jure noſtro Bavarico, diſtinguendum eſt, an uxor alienationem fecerit antequam nuberet, vel poſt nuptias celebratas: In primo caſu, cùm mulier majorennis, & cœlebs liberam de rebus ſuis diſponendi facultatem habeat, utique alienatio cum pacto de retrovendendo licita, & valida fuit, & conſequenter poſt matrimonium contractum ſine voluntate viri retroventitionem facere poterit: In ſecundo caſu, quando mulier maritata abſque viri præſcitu venditionem cum pacto de retrovendendo init, nulla eſt talis venditio, & proinde inutilis quæſtio, an mulier retroventitionem inſcio marito celebrare poſſit. Dices, nos ſupra dixiſſe, quòd mulier debitori ſuo debiti liberationem, aut pactum de non petendo facere, aut quietantiam ſub colore factæ ſolutionis impertire nequeat, ergò etiam non poteſt ſine mariti voluntate retroventitionem celebrare: Reſponſio in promptu eſt, quia retroventitio ex modò dictis neceſſitatis eſt, liberatio autem debitoris meræ voluntatis, diſſolutio igitur contractûs, quæ fit ex neceſſitate, uxori prohibita non eſt: Diſſolutio verò, quæ fit ex mera voluntate, in præjudicium mariti non eſt permiſſa, cùm uxor rem ſuam deteriorem faciat: Idem dicendum eſt, ſi mulier ex teſtamento paterno vel alio obligata fuerit, hanc vel illam rem vendere, aut diſtrahere, tunc enim ad venditionem, & diſtractionem conſenſu mariti opus non habet, ob eandem rationem, quòd fiat ex neceſſitate, non ex propria, & mera ſua voluntate, *l. pater. 22. ff. de manumiſſ. vind. l. magis puto. 5. §. ſi pupillus. 2. & l. ult. ff. de rebus eorum, qui ſub tutela.*

25 Limitatur ſeptimò, ut mariti conſenſus non requiratur ab initio tempore contractûs, ſed ſufficit, modò interveniat poſt contractum à muliere celebratum, quia ratihabitio ſubſequens idem operatur, quod conſenſus antecedens, & in hoc iterum differentia eſt inter jus Saxonicum, & jus noſtrum Bavaricum: De Jure enim Saxonico, cùm maritus legitimus uxoris ſit tutor, vel curator, ad validitatem actûs pro ſolennitate, & eſſentia ejus auctoritas requiritur: De Jure verò noſtro Bavarico, quod præcisè in favorem mariti tendit, ſolus requiritur conſenſus, conſenſus autem per ſubſequentem ratificationem ſuppleri poteſt, *Caſan. in Conſuet. Burgund. rubr. 4. §. 1. gloſſ. 9. n. 1. Tiraquell. gloſſ. 6. n. 3. & n. 15.*

26 Limitatur octavò, ut maritus uxoris alienationi, vel cuicúnque præjudiciali actui contravenire non poſſit, ſi integris quinque annis à tempore ſcientiæ eidem acquieverit. *D. Balthaſar. loc. cit. n. 4.* hoc adſcribit alterius Juris noſtri Bavarici diſpoſitioni, vi cujus præſcriptio rerum immobilium inter præſentes quinquennio, & inter abſentes decennio completur, ſed planè hæc ratio nulla eſt, ipſe enim *D. Balthaſar. loc. cit.* agnoſcit, contractum, vel alienationem à muliere factam ſine conſenſu mariti ipſo jure nullam, & irritam eſſe, per ea, quæ ſupra jam diximus, & ulteriùs confirmat articulus in verbis, **vnnd der Mann mag alsdann ſolche deß Weibs Handlung inner fünff Jahren / nachdem er derſelben in Erfahrung kommen / wol widerſprechen / vnnd NB. als nichtig auffheben.** Si ergò ejuſmodi contractus mulieris eſt nullus ipſo jure, conditionem præſcribendi non præſtat, ut ſupra ad *Art. 9.* de prohibita mariti alienatione bonorum ſuorum, quæ uxori in aſſecurationem dotis, & aliarum ſuarum prætenſionum generaliter conſtituta ſunt, fuſiùs diximus; Alia igitur eſt ratio, quare maritus poſt quinquennium à tempore ſcientiæ uxoris actibus, & contractibus contravenire non poſſit, nempe iſta eſt, quòd ex curſu tanti temporis cenſeatur factum, & contractum mulieris tacitè ratihabuiſſe: *Boërius in Conſuet. Bitur. tit. de ſtat. perſ. §. 4. gloſſ. 2. Verſ. quid ſi.* Curſum decennij ad præſumendam mariti volunta-

luntatem requirit, & rectè, est enim hoc quasi privilegium mariti à jure concessum, ut uxoris conventionibus contravenire possit, atqui privilegia per non usum decennio amittuntur, *Gail. 2. obs. 60. n. 1. Vagelius. in meth. Cam. lib. 1. cap. 1.. regula. 6.* Ex quo sequitur

Pro Limitatione nona, quòd si maritus fuerit absens plus quàm viginti annis, quòd factum, & contractum uxoris tempore absentiæ se inscio initum irritare possit, nulla obstante præscriptione, aut juris præsumptione, præscriptio enim propter nullitatem, ad validitatem actûs ipso jure vana, & inutilis est, præsumptio autem secundùm tenorem articuli nostri præsupponit mariti scientiam, quam cùm absens non habuerit, etiam post 30. & plures annos absentiæ, & ignorantiæ, nullitatem actûs allegare, & jus suum in salvo constituere potest. Sequitur ulteriùs 27

Pro Limitatione decima, quòd etiam ad validitatem ejusmodi actus conjugalis sufficiat mariti præsumptus, & tacitus consensus: V. G. Si uxori permittat separatam aliquam negotiationem, contrahendo enim ratione ejusmodi negotiationis, efficaciter obligatur, cùm maritus, permittendo negotiationem, censeatur etiam contractus intuitu hujus negotiationis initos approbare, & ratihabere. Idem est, si uxor in rebus suis cum consensu mariti procuratorem constituerit, quia similiter, in procuratorem consentiendo, censetur etiam consentire in procuratoris contractus nomine uxoris initos: *Cassan. loc. cit. n. 52.* & *Tiraquell. gloss. 5. n. 196.* Si quæras, an sufficiat, si maritus sciat, uxorem contrahere, vel alium actum sibi præjudicialem celebrare, & non contradicat, an ex nuda tali scientia, & conniventia præsumatur ipsius consensus? Id quidem affirmat *D. Balthasar. loc. cit. n. 12.* allegans *Tiraquell. tract. res inter alios acta. Limit. 20. & Alphons. de Alzeved. ad Reg. constit. Hispan. lib. 25. tit. 3. l. 2. n. 9.* Quod nostra opinione articulo nostro conveniens non est, quia ad Convalidandũ actum cum scientia mariti etiã cursum quinquennij requirit, sola igitur scientia sine cursu temporis consensum mariti non inducit. Vid. quæ scripsimus supra ad *Art. 9. quæst. 1. & 2. hoc Tit.* Ubi probavimus, quòd uxor sciens, maritum res sibi pro dote, donatione propter nuptias, & morgengeba obligatas alienâsse, aut alteri obligâsse, propter nudam scientiã non censeatur in alienationem vel oppignorationẽ consensisse, *per text. in l. sicut. 8. §. non videtur. 14. ff. quib. mod. pign. & hypoth. solvant.* Ubi dicitur, quòd creditor non videatur consensisse, si sciente eo debitor rem vendiderit, cùm ideò passus sit venire, quòd sciebat, ubique pignus sibi durare, ergò nec maritus videtur consentire, si sciens mulieri contrahenti conniveat, cùm ignarus esse non possit, sibi jus suum in salvo manere, eò quòd contractus sine suo consensu à muliere celebratus ipso jure sit invalidus. Ut igitur consensus mariti tacitus præsumatur, sola scientia, patientia, & taciturnitas non sufficit, sed requiritur aliquis actus positivus mariti: V. G. Si tabulas contractûs subscripserit, vel aliquid ex mulieris contractu ad eum devenerit, & ad propriam vel communis matrimonij commodum, & utilitatem impensum fuerit, tunc enimverò, cùm alia conjectura, quàm approbationis, & ratificationis sumi non possit, dicendum est, maritum tali actui consensum præstitisse, & uxoris contractum convalidâsse. 28

Idem dicendum putamus, si maritus uxori cum alio contrahenti fuerit præsens, & contractui non contradixerit: Ratio est, quia actui præsens, quem suo dissensu impedire potest, censetur eum positivè approbare, quæ enim alia conjectura sumi potest in præsente, & non contradicente, quàm ut consensum eidem adhibeat? Plures quidem ex DD. in hoc subsistunt, maximè quando verba statuti expressum consensum requirunt, verùm, quia articulus noster de expresso consensu nullam mentionem facit, omninò verum esse judicamus, ut maritus præsens, & non contradicens pro consentiente habendus sit, ex modò dicta ratione, quòd hujus taciturnitatis 29

nitatis nulla alia conjectura esse possit, quàm voluntarij consensus. Vid. *Cassan. in Consuet. Burgund. rubr. 4. §. 1. n. 1.*

Dices, si maritus præsumitur consensisse, quando uxoris contractui præsens interfuit, necessariò sequi, quod in reciproco casu, de quo in *Art. 9.* diximus, quando nimirum maritus bona sua uxori pro dote, & reliquis prætensionibus suis obligata præsente uxore alienat, vel oppignorat, præsumi debeat, uxorem consensisse, & proinde obligationem mariti validam esse, quæ tamen ibidem fusè deductis prorsùs contraria esse videntur. Respondemus, quòd uxor contractui mariti præsens, & non contradicens sibi non præjudicet, sicut maritus præsens uxoris contractui: Ratio differentiæ est, quia uxoris taciturnitas censetur fieri ex metu vel reverentia maritali: Ex qua causa jus suum sibi competens non amittit, quomodò enim mulier, quæ maritali potestati subest, consorti suo in faciem contradicat? Præsertim cùm sciat, maritum sibi in jure suo præjudicare non posse. Vid. *Gail. lib. 2. obs. 93. n. 14. & 15.*

30 Limitant aliqui undecimò, quòd uxoris donatio, vel alius quivis contractus cum patre, vel proprijs uxoris liberis initus etiam sine consensu mariti valeat, per rationem, quia ejusmodi conventionem censetur facere ex pietate. Sed planè hæc limitatio in jure nostro statutario non subsistit, præsupponunt enim DD. prohibitionem mulieri in contractibus, & obligationibus factam solam illius fragilitatem, & imbecillitatem respicere, ut proinde eidem non subjaceant, quæ ex pietate, & consequenter prudenter fiunt: Jam sæpiùs autem diximus, statutum nostrum non in mulieris, sed mariti favorem constitutum esse, cui mulier per pietatem præjudicare non potest.

31 Limitatur duodecimò, ut maritus mulieris obligationem impedire non possit, quæ oritur ex delicto, vel quasi, *Tiraquell. dict. gloss. 5. n. 154.* Sive sit publicæ vindictæ subjectum, sive tantùm privatum, sive agatur ad pœnam corporalem, sive ad pœnam pecuniariam; Cùm delicta non debeant manere impunita, quod singulariter notandum est pro mulieribus procacibus, quæ ab injurijs abstinere non possunt, tametsi enim illarum petulantiæ sine mariti voluntate fiant, & subinde eosdem multùm affligant, tamen videmus quotidie, quòd mittantur in carceres, ad recantationes adstringantur, vel etiam insigni mulcta pecuniaria afficiantur; Et hoc quidem rectissimè, cùm noster articulus tantùm de mulierum obligationibus, & alijs actibus civilibus scriptus sit, & non de delictis.

32 Limitatur decimò tertiò, ex mente *Berlichij loc. cit. n. 58.* Et *Tiraquell. gloss. 5. quæst. 26. n. 221.* in casu, quo mulieri jus præsentandi ad aliquod beneficium Ecclesiasticum competit: Ratio est, quia alteri sine suo, & mariti detrimento beneficium confert, & nullam obligationem in se suscipit, tametsi non negemus, quòd quotidianæ praxi conformius sit, ut uxor ob respectũ, & reverentiam etiam mariti consensum adhibeat.

33 Limitatur decimò quartò, ut, si uxor sine mariti consensu contractum injerit, & pro servando contractu fidejussorem constituerit, nec fidejussor obligetur: Ratio est, quia contractus mulieris ipso jure nullus est, ergò etiam fidejussio tanquam accessorium ejusdem, *Berlich. loc. cit. n. 111. Tiraquell. gloss. 4. n. 14.*

34 Limitatur decimò quintò, ut contractus mulieris sine mariti consensu non teneat, tametsi rei traditione fuerit consummatus: Ratio est, quia mulier ex contractu nullo in præjudicium mariti tam parùm potuit per traditionem dominium transferre, quàm parùm se potuit efficaciter obligare. Si quæras, cujus sit periculum, si res à muliere tradita, antequam maritus notitiam habeat, & rem alienatam revocet, apud tertium possessorem pereat? Respondemus, periculum mulieris esse, Ratio est per se clara,

quia

quia res perit periculo ejus, cujus est. *l. pignus Cod. de pignorat. act. l. 1. & tot. tit. ff. de commodo, & peric. rei vend. Tiraquell. loc. sæpè cit. gloss. 8. n. 277. & mult. sequent.* Quamvìs dissentiat *Berlich. loc. cit. n. 115. & 116.* Ubi hanc rationem affert, quòd Regula Juris communis tritissima: Rem perire domino suo, habeat tantùm locum, quando dominium mansit apud contrahentem ex jure communi, non quando remansit ex jure speciali, quæ tamen distinctio non videtur difficultatem tollere, cùm non videamus ullam rationem, quare statutum non idem operetur, quod operatur dispositio juris communis.

Ultima Limitatio, & quidem principalissima hæc est, quòd mulier de rebus suis per testamentum, aut aliam quamcûnque ultimam voluntatem, & dispositionem mortis causâ sine mariti præscitu, aut consensu liberrimè disponere possit: Ratio est, quia articulus noster mulieri tantùm prohibet actus, contractus, & alias conventiones inter vivos marito inscio, vel invito, ergò trahendus non est ad ultimas voluntates, quæ favorabiliores sunt, præsertim quia mariti potestas post mortem uxoris exspirat, & soluto per mortem matrimonio solvitur potestas maritalis, cujus intuitu actus inter vivos mariti arbitrio subjacent. *Berlich. loc. cit. n. 97. Tiraquell. loc. cit. gloss. 5. n. 93.* Et quamvìs aliqui DD. donationem mortis causâ excipiant, eò quòd illa magìs ad contractus, quàm ultimas voluntates accedere videatur, articulus tamen noster generaliter loquitur, quòd mulieri licitum sit per ultimam voluntatem bona sua relinquere, cui velit, **das ist jhr vnbenommen / durch letzten Willen jhr Guet zu verschaffen / wem sie will.** Donatio autem mortis causâ vera ultima voluntas est, saltem in patria nostra. Vid. *And. Fachinæ. lib. 5. Controv. cap. 60. Rauchbar. quæst. 32. n. 4. & seqq.* Ubi plurimas rationes adferunt. 35

His ampliationibus, & limitationibus ita præmissis, paucas adhuc non inutiles quæstiones adjungemus. 36

Prima quæstio est, cùm apud nos moris sit, ut, si quis ducat uxorem minorennem, tutores vel curatores illius statim post nuptias tutelam, vel curatelam in manus mariti resignent, rationibus, ut par est, redditis, & residuo legitimè soluto, an talis mulier minorennis cum consensu mariti bona sua immobilia sine decreto judiciali liberè alienare possit? Et videtur respondendum affirmativè, eò quòd pro majorenni habeatur, majorennis autem ad alienandum bona sua immobilia nullo decreto judiciali opus habet, sicuti diximus, quòd hodierno jure filiusfamiliâs per nuptias exeat patriam potestatem, si sibi novum focum constituat. Sed Respondetur, cùm talis mulier vera adhuc minorennis maneat, & proinde sicut privilegijs minorennium gaudet, V. G. restitutionis in integrum, & aliorum, ita etiam obligata sit ad solennitates in alienationibus rerum suarum à jure communi requisitas, cùm ejusmodi statuta non sint condita ad tollendam juris communis vigilantiam, sed potiùs ad eam augendam, ut benè dicit *Tiraquell. dict. gloss. 8. n. 49.* & *Berlich. loc. cit. n. 16.* mariti enim potestas plus auctoritatis non habet, quàm tutorum, vel curatorum, in quorum alienatione rerum immobilium pupilli, vel minorennis judicialis causæ cognitio, & interpositio decreti requiritur, nec obstat, quod de filiofamiliâs diximus, tametsi enim per matrimonium liberetur à patria potestate, quia tamen minorennis est, non liberatur à solennitatibus juris, quæ ad alienanda bona immobilia minorennium necessariæ sunt.

Quæritur secundò, cùm dixerimus, quòd contractus mulieris de rebus suis sine præscitu, & consensu mariti initi sint ipso jure nulli, an hanc exceptionem nullitatis etiam ille opponere possit, qui cum muliere contraxit? *D. Balthasar. loc. cit. n. 5.* multis rationibus probat, quòd talis contrahens exceptionem nullitatis opponere non possit, cui libenter assentimur, dolo 37

enim

enim fecit, quòd mulierem ad contrahendum ſecum induxerit, cùm ſcire potuerit, & debuerit, nullum contractum cum uxore ſine præſcitu, & conſenſu mariti initum validum eſſe: Non eſt igitur juſtum, ut ex dolo ſuo beneficium conſequatur, &, allegando nullitatem, reſciſſionem contractûs,
38 cujus ipſum fortè pœnituit, impetrare poſſit. Quid ſi autem recurrendo ad *Artic. 9.* maritus quædam bona ſua alienaverit, quæ mulieri pro dote, & alijs ſuis prætenſionibus in genere fuerunt obligata, cùm ſimiliter hæc alienatio ſit nulla, an contrahens cum marito hanc nullitatem opponere, & reſciſſionem conventionis petere poſſit? Et videtur dicendũ, quòd non: Per rationem, quia ſicut in præmiſſo caſu nullitas contractus eſt introducta in favorem mariti, ita in hoc ſecundo caſu introducta eſt in ſolum favorem mulieris, nemo autem ex favore alterius commodum conſequi debet: Sed nos putamus, juris eſſe, ut ille, qui cum marito contrahit, juſtè opponat exceptionem nullitatis, non autem ille, qui cum muliere contrahit:
39 Ratio differentiæ eſt, quia ille, qui cum muliere contrahit ſine præſcitu mariti, contra apertam legis diſpoſitionem agit, cujus ignorantiam allegare non poteſt, ille autem, qui cum marito contraxit, potuit eſſe ignarus, quòd bona, de quibus ſecum maritus contraxit, uxori ſint obligata, cùm ibi diximus, quòd, ſi uxor ſibi de aſſecuratione in certis, & ſpecificis bonis mariti pro dote, & alijs ſuis prætenſionibus vigilavit, & cavit, maritus de cœteris ſuis bonis liberam diſponendi facultatem habeat, ſi ergò maritus decepit bona fide ſecum contrahentem, & alienavit bona, quorum alienandorum poteſtatem non habuit, quod eſt facti, & contrahenti ignotum eſſe potuit, certè nemo dubitare poteſt, quin taliter deceptus, cui actio de dolo competeret, contractum nullum allegando indemnitati ſuæ conſulere poſſit.

40 Quæritur tertiò, cùm ſuperiùs diximus, omnem contractum inter maritum, & uxorem de Jure communi validum eſſe, & ſtatuta noſtra expreſſè diſponant, quòd mulieris contractus ſine conſenſu mariti invalidus ſit, an tamen valeat contractus, quem uxor cum ipſo ſuo marito celebravit? Si reſpiciamus ad Jus Saxonicum, & alias conſuetudines quarundam Provinciarum, ubi ad contractus uxoris mariti interventus auctoritativè requiritur, certum eſt, contractum eſſe irritum, & inutilem, quia in propria cauſa nemo ſibi auctoritatem accomodare poteſt, prout nec tutor, aut curator ſub propria ſua auctoritate cum pupillo aut minorenni contrahendi poteſtatem habent, quia verò in Statutis noſtris Bavaricis ad contractum uxoris non mariti auctoritas (quia uxoris tutor aut curator non eſt) ſed nudus conſenſus requiritur, non dubitamus, contractum inter maritum, & uxorem bona fide, ſine dolo, vi, & metu initum valere, cùm utique mariti conſenſus accedat, interim planè conſultum eſſe judicamus, ut accedat auctoritas ordinarij magiſtratûs, ne ſiniſtra aliqua ſuſpicio ſuboriri poſſit, ut DD. de hac quæſtione ſcribentes ſingulariter admonent.

41 Quæſtio quarta, quid ſi maritus, & uxor ſimultaneum aliquem contractum cum tertio ineant? Et talem contractum valere, dubio caret, quia maritus ſimultaneè contrahendo hoc ipſo conſentire, & juri ſuo renunciare præſumitur. *Caſſan. loc. cit. rubr. 4. §. 1. n. 6.*

Der Sibenzehendte Articul.

Es ſoll noch mag auch der Mann ſeiner Haußfrauen jhr ligendt oder fahrendt Guet / das ſie jhm zugebracht hat / ohne jhren Willen nicht anwerden / doch den Innhabern deſſelben Guets / da ſie Nutz vnd Gewehr ereſſen / an derſelbigen vnabbrüchig.

SUM-

SUMMARIA.

1. *An hic articulus de ſolis prodigis maritis ſit intelligendus?*
2. *An maritus cum conſenſu uxoris res dotales alienare, aut oppignorare poſſit?*
3. & 4. *Quid de jure noſtro ſtatutario?*
5. *Quid ſi dos conſiſtat in re mobili?*
6. *Quid ſi in pecunia numerata?*
7. *Quid ſi maritus ex pecunia dotali rem immobilem comparet, vel ex pecunia, ex mobilibus in dotem datis, redacta?*
8. *An maritus rem dotalem à ſe alienatam revocare poſſit?*
9. *Quid ſi alienatio rei dotalis geminatò facta fuerit?*
10. *Quid ſi fundus dotalis cum alio communis ſit?*
11. *An talis alienatio rei communis ſit voluntaria?*
12. *Quid ſi uxor marito alienanti cum juramento conſenſerit?*
13. *An res dotalis propter delictum mariti alienari poſſit?*
14. *An ſaltem fructus rei dotalis?*
15. *An ſponſus rem dotalem alienare poſſit?*
16. *Quid ſi alienatio ſit conditionalis in tempus ſoluti matrimonij collata?*
17. *An emptor propter dotis alienatæ revocationem de evictione agere poſſit?*
18. *Quid ſi rem dotalem eſſe ſciverit, nihilominùs tamen ſibi de evictione caverit?*
19. *Quid interſit, an maritus alienationem fecerit cum conſenſu uxoris, vel uxor cum conſenſu mariti?*
20. *An mulier contra juratam alienationem rerum dotalium habeat reſtitutionem in integrum?*
21. *An litteræ cenſuales in dotem datæ habeantur pro re mobili, vel immobili?*
22. *Quid dicendum de litteris perpetui censûs?*
23. *Quid ſi mulier nudum chyrographum in dotem dederit?*
24. *An res dotalis alienata cum fructibus repeti poſſit?*
25. *Quid ſi maritus repetat?*
26. *Quid ſi uxor repetat?*
27. *An leges, quæ faciunt fundum dotalem inalienabilem, in patria noſtra ſint abrogatæ?*
28. *An maritus bona paraphernalia uxoris ſine conſenſu uxoris alienare poſſit?*
29. *Quid ſi uxor conſentiat?*
30. *Quid ſi alienentur bona receptitia uxoris?*
31. *Quid ſi alienetur contrados?*
32. *Quid ſi illa in re ſpecifica conſiſtat?*
33. *An ſaltem alienatio quoad maritum valeat?*
34. *An geminatus conſenſus mulieris pro alienatione contradotis datus convalidet actum alienationis?*
35. *Quæ præſcriptio in rebus dotalibus, & paraphernalibus alienatis locum habeat?*
36. *Et quæ in rebus contradotalibus?*

VIdetur hic articulus cum *Artic. 7.* convenire, & ſolummodò loqui de maritis prodigis, quia articulus utitur verbo, anwerden / quod propriè de prodigis, von den Verſchwenderen/und Anwerderen/ intelligendum eſt. Sed alius hujus articuli ſenſus eſt, ut non de prodigis ſolùm, & dilapidatoribus, ſed etiam de alijs maritis, qui uxorum bona alienant, ſive benè, ſive malè, intelligi debeat, ut nunc latiùs exſplicabimus: Notum eſt igitur, uxori diverſa bona eſſe, quædam enim ſunt dotalia, quædam paraphernalia, quædam receptitia, & quædam contradotalia, ſive dotalitia, de ſingulis quædam notanda occurrunt. 1

Et imprimis, quod attinet ad dotalia, diſtinguendum eſt, an dos marito fuerit allata in pecunia, vel in re mobili, & præſertim tali, quæ ſervando ſervari non poteſt, aut quæ allata fuit in re immobili. Si fundus, vel alia res immobilis in dotem data fuit, antiquitùs *lex Julia* ejus alienationem marito prohibebat invita uxore, ſi tamen uxor conſenſerit, prohi- 2

bitio cessabat, & alienatio à marito facta tenebat. Aliud autem *l. Julia* statuebat in hypothecatione, aut oppignoratione rei dotalis immobilis, quia hypothecatio, & oppignoratio marito omninò fuit prohibita, tametsi fieret cum præscitu, & consensu uxoris, cujus rei ratio fuit, quòd mulieres procliviores sint ad consentiendum in obligationem, quàm in alienationem. Postea Justinianus Imperator in *l. unica.* §. *& cùm lex Cod. de rei uxor. act.* etiam *l. Juliam* correxit, ita ut maritus illas non solùm hypothecæ titulo consentiente muliere dare non possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturæ suæ mulier in repentinam deducatur inopiam.

3 Sed nunc oritur quæstio, an hæc Justiniani correctio per hunc articulum nostrum non iterum fuerit sublata, & res ad statum *l. Juliæ* reducta? Ratio dubitandi est, quia articulus noster expresse dicit, quòd maritus nec possit, nec debeat bona uxoris sine illius consensu distrahere. Es soll/ vnd mag der Mann seiner Haußfrauen Guet ohne jhren Willen nit anwerden / ergò à contrario sensu sequitur, quòd cum uxoris consensu alienare possit, verùm, quia articulus in genere loquitur de bonis mulierum, & in specie de bonis dotalibus nihil disponit, nobis persuadere non possumus, quòd legislatoris nostri intentio fuerit, legem Justinianeam in favorem mulierum, ne maneant indotatæ, & Reipublicæ causâ introductam immutandi, præsertim cùm *Art. 10. Tit. 44.* in Reformatione de 1588. maritum obliget, ut uxoris bona, nach Formb der Recht ohn jhren Willen nit anwerden soll / atqui forma juris in bonis dotalibus immobilibus ex lege Justinianea excludit omnem alienationem, tametsi illa à marito cum consensu uxoris facta sit, ergò &c. adeò enim alienatio fundi dotalis odiosa fuit, ut neque maritus invitâ uxore, neque uxor invito marito, neque alter altero consentiente, neque uterque eum communi consensu alienare potuerint. *Zoesius ad hunc Tit. litt. A.*

4 Hæc Regula sic posita, quòd bona mulieris dotalia etiam cum illius consensu à marito alienari non possint, principaliter hanc Limitationē habet, nisi marito æstimatò in dotem data fuerint: Ratio est, quia æstimatio fundi facit emptionem, & cum rei dominio per traditionem omne periculum in maritum transfert, *Perez. ad dict. tit. 23. de fund. dot. n. 5.* Cum hac tamen restrictione, ut, si fundus dotalis marito quidem æstimatò datus, electio verò mulieri reservata sit, an velit fundum dotalem vel æstimationem ejus repetere, tunc hæc reservatio facit, ut ex *l. Julia* fundus in dotem datus maneat inalienabilis, *l. si æstimata. 1. Cod. de fund. dot.* prout etiam æstimatio nihil ad rem facit, si præcisè ad hunc finem fiat, ut sciatur, quanti res sit, *l. quoties Cod. de jur. dot. l. si inter Cod. de fund. dot.* qui ampliorem hujus quæstionis examinationem desiderat, legat *Covar. tom. 2. pract. quæst. cap. 28. per totum.* & *Trentacinquez. lib. 3. tit. de Jur. dot. resol. 1.*

5 Diximus hactenùs semper de re immobili in dotem data, sed quid dicendum, si res mobilis marito pro dote fuerit constituta? Et planè DD. communiter scribunt, in Jure communi de rebus mobilibus in dotem dari prohibitis nullam dispositionem reperiri, ita ut maritus juxta *l. 9. Cod. de rei vindic.* sicut olim, ita & hodie etiam inscia vel invita uxore liberam alienandi potestatem habeat, quod etiam in Patria nostra quotidie sic practicatur, maximè quando marito dos in numerata pecunia constituitur, cùm
6 nemo dubitet, ei licentiam esse, ejusmodi pecuniam in dotem datam pro lubitu suo expendendi, ad quid enim aliàs opus fuisset, ut Justinianus Imperator in *l. assiduis* uxoribus de privilegio tacitæ hypothecæ, & prælationis tam sollicitè vigilâsset, aut quid adhuc hodie opus esset, in pactis dotalibus pro dote numerata de obligatione bonorum maritalium tam exactè

paci-

pacisci, si ipse de Jure communi, aut statutario nullam potestatem haberet, pecuniam dotalem in suum usum convertendi?

Interim articulus noster rem dubiam facit, cùm ille expressè disponat; quòd maritus nec possit, nec debeat suæ conjugis bona immobilia, vel mobilia dissipare.

Dices, hoc verbum dissipare, **anwerden** / tantùm intelligendum esse de prodigalitate: Respondemus, ex supra dictis hunc articulum non de prodigalitate mariti, sed de alia quacúnque dissipatione, & distractione bonorum uxoralium intelligendum esse, cùm in *Artic. 7.* de prodigalitate jam sufficienter fuerit prævisum. Ut itaque articulum nostrum cum communi praxi concordemus, dicimus, distinctionem illam, quæ à quibusdam Doctoribus fit inter bona mobilia in dotem data, quæ servando servari possunt, & quæ servari non possunt, nullum fundamentum habere, cùm de ea nec lex Julia, nec lex Justinianea in *l. un. §. & cùm Cod. de rei ux. act.* ullam mentionem faciat, & naturæ dotis contrarium sit, ut maritus pecuniam dotalem vel aliam rem mobilem fortè infructiferam, V. G. auream, argenteam, christallinam, muricam, sericam, &c. uxori inalienatam conservare debeat, cùm dos detur ad sufferenda onera matrimonij, quid juvat igitur maritum pecunia dotalis, aut res mobilis infructifera in cista, si onera matrimonij sufferre, interim tam pecuniam, quàm rem mobilem fructu carentem juxta hunc articulum alienare, aut in suos usus convertere non possit? Simpliciter igitur dicendum est, vel hunc articulum, qui prohibet bonorum uxoris, tam immobilium, quàm mobilium alienationem, de bonis dotalibus non esse intelligendum, vel ita restringendum, ut tunc tantùm mobilium, quæ in dotem data fuerunt, alienatio prohibita sit, quando bona mobilia fructum ferunt, ut eorum alienatione opus non sit, videatur de hac distinctione *Zæsius. ad tit. de fund. dot. in annot. litt. B.* Ubi alios citat.

Sed quid si maritus ex pecunia dotali rem aliquam immobilem comparet, vel mobilia pretiosa, & infructifera vendat, & locò eorum fundum aliquem, qui fructus facit, emendo substituat, anné talis res vel fundus substitutus fiat dotalis, & inalienabilis? Sunt, qui id affirmant, *per text. in l. 54. ff. de jure dot.* Ubi Gajus J. C. dicit, res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur, quem tamen textum alij tantùm intelligunt in subsidium, quando videlicet uxor ex bonis mariti ob creditorum multitudinem ratione dotis satisfactionem impetrare non potest. Quidquid autem sit de Jure communi, certum est de jure nostro statutario, quòd maritus fundum ex pecunia dotali emptum non prohibeatur alienare, eò quòd pecunia in dotem data pleno jure in dominium mariti transierit, in cujus locum successit, quod ex illa pecunia emptum fuit, & hinc in *Artic. 14. Tit. 2.* **deß Gandt-Proceß** / statuitur. **Wann ein Frau kan beweisen / das von dem Gelt / so sie jhrem Mann zum Heyrat-Guet zugebracht / ein Guet gantz vnd gar oder zum Thail erkaufft worden / dasselbe zwar inbehalten mög / doch anderst nit / als wann sie sonsten in anderweg jhres Heyrat-Guets nit mag entricht werden.** Ex quo manifestè probatur, rem ex pecunia dotali emptam non nisi in subsidium, quando uxori ex bonis mariti aliàs satisfieri non potest, pro dotali habendam; Vid. quæ scripsimus ad dict: *Art. 14.* maximè *ampliat. 11.* 7

Hæc autem rerum dotalium immobilium alienatio adeò prohibita est, ut, tametsi ex Regula generali juris nemo contra proprium factum venire possit, tamen marito, licèt rerum dotalium civiliter Dominus sit, licentia competat, rem dotalem à se alienatam revocandi, & vindicandi, modò non se fundet in proprio suo commodo, & utilitate, sed potiùs in præjudicio uxoris, & liberorum suorum, *Arr. Pinell. in l. 1. part. 3. n. 73. Cod. de bon.* 8

bon. mater. Gomez. ad ll. Tauri. l. 50. & seq. n. 63. Ratio eſt, quia dominium ab eo non diſceſſit, jure prohibente, prout loquitur gloſſa *ad l. quemadmodùm. 7. Cod. de Agri. & Cenſ. litt. O. Balthaſar. reſolut. 15. n. 2. verſ. 5. ampliatur.* Ergò magìs pro rei alienatæ revocanda poſſeſſione ei competit condictio, quàm rei vindicatio:

9 Secundam Limitationem quidam faciunt hanc: Niſi alienatio rei dotalis geminatò facta fuerit, quia mulier elapſo biennio contractum reiterando, & confirmando efficaciter adſtringitur. *l. ſi mulier. 22. Cod. ad S. C. Vellejanum*, noviſſimè *D. Ignat. Rath. lib. 2. tit. 8. n. 24. Inſt. quib. alien. lic. vel non.* Sed hæc limitatio non ſubſiſtit. *Balthaſar. loc. cit. n. 2. verſ. 3. ampliatur.* Ubi plures allegat: Quamvìs enim geminata interceſſio, ſive fidejuſſio mulieris exceptionem S. C. Vellejani, ut ſupra diximus, excludat, quia tamen alienatio fundi dotalis hanc exceptionem non habet, ſed generaliter legis prohibitivæ diſpoſitio eſt, ne fundus dotalis alienetur, ſive ab ipſo marito, ſive ab uxore, ſive ab utriſque ſimul propter Reipublicæ utilitatem, ne mulieres maneant indotatæ, rectiùs ab alijs talis alienatio rejicitur, tametſi geminatò, vel pluries iterando facta ſit. *Covar. in cap. quamvìs part. 2. §. 1. n. 10. de pactis in. 6. Gutierez. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 1. n. 92.* Si enim ſecundùm ſuperiùs dicta geminatio interceſſionem, ſive fidejuſſionem uxoris pro marito non convalidat, juxta text: apertum in Auth: *ſi qua mulier Cod. ad S. C. Vellejanum*, multò minùs convalidabit alienationem dotis, plus enim eſt, rem alienare, quàm pro ea interceſſionem, ſive fidejuſſionem interponere.

10 Tertia Limitatio eſt, ut fundus dotalis alienari poſſit, ſi cum alio communis ſit: Sed in hac re diſtinctio facienda eſt, an ab ipſo marito ad alienationem provocetur, vel à tertio conſorte: In primo caſu alienatio nulla, & prohibita eſt, ita ut maritus nec ad diviſionem fundi dotalis provocare poſſit. *l. mariti. 2. Cod. de fund. dot. Perez. in Cod. ſuo. h. tit. n. 3.* Ubi rationem allegat, quia etiam per provocationem diviſionis alienatio contingere poſſet, re nimirum dotali conſorti adjudicata. Si autem conſors ad diviſionem provocaverit, cùm nemo teneatur invitus in communione permanere, *l. ult. Cod. communi divid.* id licitè ſit, & lege Julia, aut Juſtinianea prohibitum non eſt, quia

11 Quod pro Limitatione quarta facit, ejuſmodi alienatio non eſt voluntaria, ſed neceſſaria, quæ legibus prohibitionis non ſubjacet, *dict. l. 2. Cod. de fundo dotali*, quam Salizetus ita ſumit, alienatio fundi dotalis voluntaria eſt prohibita, non neceſſaria.

12 Limitatur quintò, niſi mulier, quæ marito in alienationem rei dotalis conſenſit, juraverit, ſe eandem non revocaturam: Hæc limitatio, tametſi de Jure Civili dubium habere poſſet, tamen de Jure Canonico certiſſima eſt juxta *cap. cùm contingat. x. de Jurejurando. cap. licèt mulieres. de Jurejurando in. 6.* juxta regulam ſæpiùs allegatam, omne juramentum ſervandum eſſe, quod ſine diſpendio ſalutis æternæ ſervari poteſt. Quid ſi autem in alienatione rei dotalis ipſe maritus juraverit, ſe eidem non contraventurum? Reſpondemus, mariti juramentum neque uxori, neque liberis præjudicare. Idem *Balthaſar. loc. cit. n. 2. Verſ. Et hac.* Niſi fortè in pactis dotalibus cautum ſit, ut maritus poſt mortem uxoris lucretur dotem, tunc enim ſoluto matrimonio maritus ad juratam ſuam alienationem obligatus eſt: Ratio eſt manifeſta, quia ſoluto matrimonio res ceſſat eſſe dotalis, & maritus de ſolo ſuo proprio commodo agit, atque juramentum ſuum ſine diſpendio ſalutis æternæ ſervare poteſt, non minùs ergò ad illud ſervandum obligatur, quàm ipſa mulier, quæ ſe ad rem alienatam nullo modo revocandam ſuo juramento obſtrinxit:

Quæ-

Quæritur autem primò, an res dotalis propter mariti delictum alienari possit? Et Respondetur negativè, Ratio est, quia uxor non tenetur pro marito, cùm ejus bonis confiscatis dos semper debeat uxori salva manere: Si ergò fiscus conditionem dotis deteriorem facere non possit propter delictum mariti, multò minùs ea deterior fieri debet ex delicto mariti, quod confiscationem post se non trahit. *l. si maritus. 2. ff. de fund. dot.* Quid si autem fructus prædij dotalis ob mariti delictû confiscentur, anné fiscus jus habeat, prædium dotale distrahendi? Ratio dubitandi est, quia fiscus semper dicitur esse solvendo, ut proinde in casum soluti matrimonij uxor de dote periclitari non possit, sed verum est, quòd nec fiscus prædium dotale alienare possit, *dict. l. si maritus. 2. ff. de fund. dot.* Cùm prohibitio *l. Juliæ* fiscum non excipiat. 13 14

Quæritur secundò, an sponso de præsenti, aut de futuro talis alienatio licita sit? Et Respondemus, neutri, in sponso de præsenti res per se clara est, quia habetur pro marito, in sponso autem de futuro eadem prohibitio obtinet, quia destinatione ipso facto jam est fundus dotalis, ut dicitur in *l. lex Julia. 4. ff. de fund. dot.* Ergò inalienabilis. 15

Quæritur tertiò, an alienatio rei dotalis immobilis collata in tempus soluti matrimonij teneat? Ratio dubitandi est, quia supra ad *Artic. 15. Limit. 3.* diximus, quòd, licèt uxor sine consensu mariti de bonis suis nihil alienare possit, tamen alienatio uxoris conditionatè in casum soluti matrimonij facta existente conditione efficax sit, & valida, ergò idem etiam de alienatione prædij dotalis dicendum est, cùm in casum soluti matrimonij per mortem mariti dos revertatur ad uxorem, & prædium desinat esse dotale: His tamen non attentis, quibusdam Doctoribus alienatio prædij dotalis adeò displicet, ut nec in diem, aut sub conditione soluti matrimonij fieri posse existiment, *per l. de die. 14. & l. Attilicinius. 17. ff. de pact. dot.* Per rationem, quòd talis conditionata, vel in diem inita alienatio reddat causam dotis deteriorem. Videatur tamen de hac quæstione *Bald. Novell. de dote. part. 7. special. 1. n. 12. Barbosa in l. 1. part. 5. n. 40. ff. sol. matr.* Hac igitur opinione retenta, limitatio nostra tertia ad *Art. 15.* intelligenda tantùm est de bonis uxoris paraphernalibus, & contradotalibus. 16

Quæritur quartò, si maritus cum consensu uxoris, vel uxor cum consensu mariti, vel maritus, & uxor simultaneè fundum dotalem alienent, an emptor revocata alienatione actionem de Evictione habeat? Res hæc distinctionibus indiget. Prima distinctio est, an emptor fuerit in bona, vel mala fide, id est an sciverit, rem sibi venditam dotalem esse, vel an ignoraverit? Si scivit, actionem de evictione non habet, *l. si fundum Cod. de Evidion.* Si autem ignoravit, fundum dotalem esse, utique fundo dotali revocato ei contra venditorem competit actio de Evictione, *l. venditor. 8. ff. & l. cùm successores. 23. Cod. de Eviction.* Altera distinctio est, an scienter prædium dotale emens sibi specialiter de Evictione caverit, vel non caverit? Si non cavit, res ex modò dictis expedita est, quòd propter malam fidem de evictione agere non possit, sed, si de evictione expresè stipulatus fuerit, DD. inter se multùm concertant, quibusdam in casu expressæ stipulationis actionem de Evictione admittentibus, quibusdam verò illam nihilominùs denegantibus, de qua differentia videantur *Cæpolla. caut. 131. & Barbosa. loc. cit. n. 23.* Tertia distinctio est, an maritus fundum dotalem alienavit cum consensu uxoris, vel uxor cum consensu mariti? In primo casu, si emptor sibi de evictione expresè cavit, adversùs maritum actionem de Evictione concedunt: Si autem uxor alienationem fecerit cum consensu mariti, emptori actionem de evictione denegant, de qua distinctione videri potest *D. Balthasar. loc. cit. n. 16.* Ubi rationem hujus distinctionis subnectit, certè si nobis licet, nostrum judicium quoque addere, putamus ve- 17 18 19

veriorem ſententiam eſſe, quòd is, qui rem dotalem mala fide, & ſcienter emit ſive ab uxore, ſive à marito, actionem de Evictione nullam habeat, tametſi ſibi de Evictione caverit, vel non caverit: Ratio eſt clara, quia mercatus eſt contra expreſſam prohibitionem juris, licèt enim D. Balthaſar inter maritum alienantem, & uxorem alienantem hanc differentiam faciat, quòd uxoris obligatio ſit ipſo jure nulla, eò quòd lex Julia in ejus favorem principaliter ſcripta ſit, mariti verò, in cujus favorem prohibitio *l. Juliæ* facta non eſt, ipſo jure teneat, quia tamen ex *lege Juſtinianea Cod. de rei uxor. act.* hæc differentia non ſubſiſtit, cùm omnis alienatio rei dotalis immobilis ſive à marito, ſive ab uxore, ſive ſeparatim, ſive conjunctim facta expreſsè irritetur, & invalidetur, ſibi imputet emptor, qui rem dotalem contra expreſſam prohibitionem legis ſive ab uxore, ſive à marito, ſive ab utriſque emerit, cùm ſcire potuerit, & debuerit, talem venditionem nullam, & inutilem eſſe. Diximus, emptorem de Evictione contra maritum alienantem agere non poſſe, id eſt in id, quòd ſua intereſt, nam ſi maritus bona habet, ex quibus emptori ſatisfactionem præſtare poteſt, ſaltem ad pretij reſtitutionem obligatus eſt, iniquiſſimum enim eſſet, ut ex ejuſmodi contractu nullo, & invalido cum præjudicio emptoris locupletior fieret, quod idem de muliere dicendum eſſe nemo dubitaverit.

20 Quæritur quintò, an mulier contra alienationem juratam bonorum dotalium factam reſtitutionem in integrum petere poſſit, non ſolùm in eo caſu, quo ultra dimidium juſti pretij, ſed etiam in minori quantitate læſa ſit, vel ſi pretium ex re dotali vendita ad mulierem non devenerit, ſed pro ære alieno mariti impenſum fuerit? De hac quæſtione vid. *Ant. Faber. in Cod. ſuo lib. 5. tit. 15. defin. 1.* cui nihil ſuperaddere poſſumus.

21 Quæritur ſextò, cùm in Patria noſtra ſæpiſſimè litteræ cenſuales in dotem dentur, an illæ habendæ ſint pro re mobili, vel immobili? Res planè in Patria noſtra jam eo deventa eſt, ut ob defectum pecuniæ ferè omnium rerum alienationes ita fiant, ut nomina, ſive litteræ cenſuales fungantur officio pecuniæ numeratæ, & etiam à nobilibus, & illuſtribus familijs filiabus loco dotis, unum, vel plura millia florenorum in litteris cenſualibus conſtituantur. Super ijs igitur non leve dubium eſſe poteſt, an ejuſmodi nomina inalienabilia ſint, vel non, & *l. Julia*, ac Juſtinianea inter mobilia numeranda ſint? Quidam DD. nomina, & actiones ſimpliciter inter immobilia cenſent, alij mobilibus annumerant, tertij diſtinguunt, an nomina, & actiones competant pro rebus mobilibus, vel immobilibus, & proinde ex fine actionis, ſive obligationis ejuſmodi vel inter mobilia, vel inter immobilia computant, quarti omninò ſeparatam ſpeciem conſtituunt, ita ut nec mobilibus, nec immobilibus accenſeant, quæ omnia hìc loci examinare ſupervacuum eſt. Vid. *Berlich, lib. 3. concluſ. 33. & lib. 2. concluſ. 3. n. 10. item lib. 1. concluſ. 20. n. 42.* Ubi ingentem Cathalogum Doctorum inveniet. De Patria noſtra res videtur expedita, & ſine magna difficultate, quia litteræ noſtræ cenſuales maximè Principis terræ, & ſtatuum Provincialium, die Chur-Fürſtl. Zinnß- vnd Landſchafft-Brieff / quibus plerique contractus perficiuntur, generaliſſimam oppignorationem, & hypothecationem omnium bonorum, & redituum continent, quæ ad Principem terræ ſpectant, aut ſtatibus Provincialibus pro adminiſtratione ſingulariter conceſſæ ſunt, ut proinde ijs in commercium deductis agatur de re immobili, cùm ſecundùm veriorem, & comuniorem ſententiam Doctorum litteræ cenſuales ſequantur naturam rerum, quæ in obligationem deductæ ſunt.

22 Idem dicendum eſt de nominibus perpetuis, ut in patria vocant, von den ewigen Gelteren / jam ſupra enim ad Proceſſum Summarium, & Edictalem deduximus, quòd hi cenſus perpetui merè reales ſint, ita, ut qui litteras perpetui cenſus in dotem dat, rem ipſam, vel in totum, vel pro parte obliga-

ligatam dedisse censeatur. Idem dicendum est de obligationibus privatorum, cùm hodierno tempore ferè pleráque instrumenta secundùm constitutionem Pij Quinti erigantur per modum censûs realis, vel mixti, aut certè in ijs amplissima oppignoratitio, & hypothecatio bonorum in genere, vel in specie constituatur, ut adeò dubitandum non sit, omnia talia instrumenta, & nomina inter immobilia computanda, &, si in dotem data sint, inalienabilia esse: Secus fortè dicendum est, si mulier marito nudum chyrographum personale in dotem attulerit: Illud enim pro re immobili haberi non potest, & consequenter maritus ex *l. Julia*, aut Justinianea ejus alienandi prohibitionem non habet, nisi dicere velis, quòd ex usu, & consuetudine Patriæ nostræ tale chyrographum, in quo de usuris quinque pro centum loco lucri cessantis, vel damni emergentis stipulatio facta est, valere, & quia hoc ipso res sterilis non est, sed fructifera, & servando servari potest, oneribúsque matrimonij sufferendis inservit, inalienabilis sit, quam tamen opinionem paulò antè non approbavimus. 23

Quæritur septimò, si maritus contra prohibitionem juris fundum dotalem vel sciente, & consentiente, vel ignorante aut saltem connivente, & non contradicente uxore vendiderit, an illum venditum simul cum fructibus vindicare possit? Nostra intentio non est, hîc multa disputare de possessore bonæ, vel malæ fidei, de fructibus naturalibus, aut industrialibus pendentibus, aut perceptis, extantibus, aut consumptis, de quibus omnibus DD. latè agunt ad §. *si quis. 35. Inst. de acquir. rer. domin.* Et *Menoch. Remed. recuper. 15.* Hoc tantùm innuimus, tametsi cum *D. Balthasar. loc. cit. n. 16.* ultrò fateamur, quòd possessor, qui fundum dotalem ignoranter emit, ob bonam fidem fructus suos faciat, nos tamen hoc concedere non posse, quòd, si quis fundum dotalem scienter emerit, ex ea sola ignorantia, quòd putaverit, fundum dotalem legitimè vendi posse, sibi fructus acquirat, cùm ignorantia juris crassa inducat præsumptionem malæ fidei. *Manz. ad dict.* §. *35. n. 52. Wesenb. ibidem n. 15.* crassissimus autem error est, si quis ignoret, fundum dotalem ex *l. Julia* sine consensu uxoris, & ex *l. Justinianea* etiam cum uxoris consensu vendi non posse, cùm harum legum in *Instit. lib. 2. tit. 8.* statim ab initio plena exsplicatio fiat, ut ita non sint de apicibus juris, sed obviæ, & tyronibus notæ, paria sunt autem scire, & scire debere, prout *Wesenb. dict. loc. cit. n. 15.* ait, quòd non tantùm ille, qui scivit rem alienam esse, ad restitutionem cum fructibus teneatur, sed etiam is, qui scire debuit. Si dicas, maritum rem dotalem imobilem vendendo fuisse in mala fide, & proinde indignum, ut rem à se mala fide alienatam revocando recipiat cum fructibus, & ex dolo suo lucrum capiat, cum alterius jactura, & damno: Respondemus, tametsi fortè maritus in fructibus sibi præjudicare potuerit, cùm fructus dotis ad onera matrimonij ferenda ad eum spectent, tamen non potuit præjudicare uxori, quin constante, vel etiam soluto matrimonio fundum dotalem contra juris prohibitionem alienatum à tertio possessore malæ fidei simul cum fructibus repetat, tametsi ex metu reverentiali in alienationem consenserit, aut etiam pretium fundi dotalis receperit. *Ant. Faber. in Cod. suo. de fund. dot. lib. 5. tit. 15. defin. 5.* Ubi quidem de restitutione mulieris in integrum loquitur, quæ ex *l. Julia* contra alienationem necessaria fuit, quando alienatio cum consensu uxoris facta, & uxor ex illa damnificata, sive læsa fuit. Idem tamen dicendum est ex lege Justinianea, quæ alienationem in utróque casu ipso jure annullat, quia potestatem alienandi marito adimit, ut scilicet uxor revocando fundum dotalem consequatur etiam fructus, tametsi partem pretij receperit, quia censetur potiùs pretium ex eodem metu reverentiali, quàm approbationis causâ accepisse: Deinde uxor non potest alienationem mariti, ut dictum est, expresso consensu convalidare, ergò nec tacito per

rece-

receptionem pretij. Imò *Faber. loc. cit.* ulteriùs extendit, ut, si post mortem mariti, quando dos uxori restituenda est, ipsa rei venditæ pretium aut usuras pretij recipiat, aut quid aliud annuum, quod in locum usurarum cedit, quòd nihilominùs restitutionem in integrum petere, vel ex *l. Justinianea* alienationem tanquam nullam impugnare possit, cùm id in consequentiam mali gesti negotij potiùs factum videri possit, quàm ut negotium ratum habeatur, de quo tamen nos valdè subsistimus, quia soluto matrimonio post mortem mariti prædium ad uxorem actualiter reversum desinit esse dotale, sicut ergò uxori liberum arbitrium est, soluto matrimonio prædium ad se reversum, & caractere dotalitatis exutum, pro libitu alienandi, ergò etiam alienationem priùs factam novo consensu expresso, vel tacito confirmandi, & corroborandi potestatem habebit.

27 Verum quidem est, quòd in plurimis locis *l. Julia*, *& Justinianea*, quæ fundum dotalem faciunt inalienabilem, desuetudine abrogatæ sint, ut attestatur de Gallia, Geldria, Frisia, Holandia, Burgundia, *Henricus Zæsius in Cod. ad tit. de fund. dot. in annot. sub litt. E.* Ut consequenter omnis disputatio, quam hactenùs prolixè de alienatione rei dotalis fecimus, videatur esse inutilis: Sed, quia hanc abrogationem in statutis nostris Bavaricis expresse factam non reperimus, nobis religioni duximus, leges tam famosas, & in Reipublicæ utilitatem inductas sine ullo expresso textu tollere, quamvis jam supra dixerimus, hunc articulum nostrum generaliter conceptum præbere aliquod indicium, quasi rem ad statum legis Juliæ reduxerit, cùm distractionem, & dissipationem bonorum uxoris tantùm sine consensu illius prohibeat, ergò à contrario sensu cum consensu uxoris admittat. Sed, quia dispositio articuli verificari potest in bonis paraphernalibus, nulla necessitas est, hujus articuli generalem dispositionem ad jura bonorum dotalium, quæ suas separatas leges habent, extendendi: Deinde paulò antè probavimus, marito de bonis dotalibus mobilibus, vel in pecunia parata consistentibus liberè disponendi facultatem esse, si igitur præsens articulus etiam dotem comprehenderet, deberet contra notoriam praxim marito etiam potestas alienandi dotem in mobilibus, vel pecunia parata consistentem adempta esse, cùm articulus in sua generalitate omnia bona uxoris tam mobilia, quàm immobilia complectatur.

28 Transimus igitur ad bona paraphernalia uxoris, quæ est secunda species, de qua propriè articulus noster intelligendus est, & dicimus, quòd maritus sine licentia, & consensu uxoris ejus bona paraphernalia alienare non possit, *l. mater Cod. de rei vindic.* Ratio in promptu est, quia maritus bonorum paraphernalium nudam administrationem habet, administratori autem sine consensu principalis potestas alienandi non competit;

29 Quia verò mulieri nullibi alienatio bonorum suorum paraphernalium in jure communi prohibita est, & in articulo præcedenti secundùm statuta nostra per expressum permissa, si mariti consensus accedat, sequitur, quòd si maritus bona paraphernalia vendat, & reciprocè consensus uxoris accedat, quòd alienatio omnimodò valeat, rerum enim dotalium prohibita alienatio ad res paraphernales uxoris extendenda non est.

30 Tertia species bonorum uxoris est, quæ vocantur receptitia, in quibus juxta articulum præcedentem marito prorsùs nihil juris competit, nec quoad administrationem, alienationem, usumfructum aut alia quævis jura, quæ vigore nominis omnia specialiter uxori reservata sunt: Hinc tametsi DD. multùm disputent, an marito in bonis paraphernalibus pro communibus matrimonij expensis fructus competant, & communis in Patria nostra opinio vel potiùs persuasio sit (quæ tamen nobis non probatur, ut alibi dicemus) omnes fructus peraphernalium pleno jure marito cedere, tametsi ex illis multùm locupletetur, tamen nemo unquam dubitavit, quin fructus bonorum recepti-

ceptitiorum ad uxorem spectent, & nec ipsa bona recepticia, nec fructus ex ijs provenientes ullo modo potestati mariti subjaceant, ita ut maritus, tametsi velut legitimus administrator in bonis paraphernalibus non satisdet, & in judicio sine mandato admittatur, *Besold. in delib. Jur. lib. 3. quæst. 13.* tamen in receptitijs apud nos sine satisdatione, & mandato non admittatur, de quibus in processu ordinario suo tempore plura subjungemus.

Quarta species bonorum uxoris est, quam accipit ex beneficio mariti in compensationem dotis, & communiter vocatur, die Widerlag / contrados, donatio propter nuptias, vel dotalitium, cujus nobis sæpissimè jam memoria recurrit, & pro illius exsplicatione revocanda sunt, quæ ad *Art. 7.* diximus, videlicet, an contrados mulieri in certa quantitate fuerit constituta, & in omnibus mariti bonis generaliter assecurata, vel an pro securitate, & compensatione dotis statim ab initio contractûs matrimonialis, vel ex post facto ad instantiam mulieris certa, & specifica quædam res immobilis in contradotem assignata. Si generalis tantùm assignatio, & obligatio contradotis in bonis mariti facta fuerit, maritus juxta tenorem dicti *Articuli 7.* de omnibus bonis suis sub pœna nullitatis quidquam alienandi potestatem non habet: Si autem contrados, donatio propter nuptias, aut dotalitium fuerit constitutum in re certa, & specifica, ejus alienatio tam cum, quàm sine consensu uxoris marito prohibita est, sicut alienatio dotis, *Novell. 61. per totum.* Hæc tamen inter dotem, & contradotem quoad alienationem differentia est, quòd dos à marito alienari non possit, tametsi mulier millies consentiat, ut inquit *gloss. supermarginalis sub litt. D. ad dict. Novell. 61.* & nos jam supra *Limit. 2.* comprobavimus; prædium autem in contradotem datum legitimè à marito alienari potest, si uxor non tantùm semel, sed post biennium geminatò consenserit, Ratio hujus differentiæ est, quia dos magìs favorabilis est, quàm contrados, cùm sit substantia mulieris; Contrados autem tam quoad dominium, quàm quoad usumfructum manet apud maritum, & inservit solummodò uxori pro securitate dotis, nisi aliud in pactis dotalibus de lucro dotis, & contradotis pactum fuerit. 31 32

Hinc si maritus fundum contradotalem alienet, tametsi, ut diximus, alienatio quoad mulierem nulla sit, quia tamen maritus naturaliter rei alienatæ dominus est, alienatio quoad ipsum, & tertium, cum quo maritus contraxit, valida est, ut communiter docent DD. *ad dict. Novell.* secùs ac in alienatione dotis, quæ sive à marito, sive ab uxore facta sit, semper etiam quoad tertium nulla, & invalida est, quia nec maritus uxori propter naturale dominium dotis, quod ei competit, nec uxor marito propter dominium civile, quod per dotis constitutionem in illum transit, præjudicare potest. 33

Hæc ipsa autem Regula, quòd in alienatione contradotis geminatus consensus mulieris post biennium repetitus alienationem convalidet, hanc notabilem limitationem patitur, si ratione contradotis aliunde ex mariti bonis securitatem, vel satisfactionem habere possit, *dict. Novell. 61. §. 3.* Vid. quæ in simili scripserimus ad *Art. 13. hujus Tit.* ubi geminata intercessio mulieris post biennium repetita pro extraneo valet, pro marito autem non valet, tametsi sæpiùs fuerit reiterata. 34

Addit articulus noster in fine, quòd hæc prohibitio de non distrahendis, & dissipandis uxoris bonis possessoribus eorum, qui legitimam præscriptionem compleverunt, debeat esse sine præjudicio, doch den Inhaberen desselben Guets / da sie Nutz / vnnd Gewehr ersessen / an derselben vnabbrüchig. Quæritur igitur, qualis hac in parte præscriptio necessaria sit? In quo distinctio facienda est inter bona dotalia, & paraphernalia uxoris: Si maritus alienat bona paraphernalia sine consensu uxoris, nemo dubitat, quin ordinaria præscriptio cum titulo locum habeat: Ratio est, quia bona pa- 35

raphernalia non sunt prohibita alienari, procedit igitur in illis præscribendis eadem Regula, quæ statuitur in præscribendis rebus alienis cum titulo alienatis: Et id longè fortiùs etiam obtinet in bonis uxoris receptitijs, quia in effectu à potestate mariti sunt libera, & sic prorsùs aliena: Aliud dicendum est de bonis dotalibus immobilibus alienatis, nam, cùm latè dixerimus, eorum alienationē, cum & sine uxoris consensu prohibitam, & prorsùs nullam esse, sequitur etiam eorum usucapionē, & præscriptionem prohibitam esse, *l. si fundum. ff. de fund. dot.* alienationis enim vocabulo etiam usucapio continetur. *l. alienationis in princ. ff. V. S.* Diximus, res dotales imōbiles præscribi non posse, nam, cùm rerum mobilium, juxta superiùs dicta, alienatio prohibita non sit, sequitur etiam præscriptionem ordinariam non esse prohibitam. Secundo id intelligendum est de rebus inæstimatò in dotem datis, æstimatæ enim à marito alienari possunt, ergò etiam præscribi, & usucapi. Diximus tertiò, de ordinaria præscriptione, nam quia tricennaria, vel quadragenaria præscriptio etiam sine titulo plenariam securitatem præstat, ideò non dubitamus, eam etiam in præscribendis rebus dotalibus locum habere, *per text. in l. sicut. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Ad similitudinem rerum Ecclesiasticarum, quæ tametsi alienari prohibeantur, nihilominùs alienatæ cursu quadraginta annorum præscribuntur. *Redoan. de alien. rer. Eccles. quæst. 2. cap. 3. Balthas. loc. cit. n. 22.*

36 Sed, quid dicendum de bonis contradotalibus? Certè, cùm in substantia eandem prohibitionem alienationis habeant, sicut dotalia, idem etiam de illis judicium faciendum esse, non ambigimus.

Der Achtzehendte Articul.

Nach deme bey dem gemainen Mann vil Irrungen entstehen/ wegen Unformlichkeit der Heyrats-Notlen unnd Heyrats-Brieff/ sollen fürterhin keine Heyrats-Geding kräfftig seyn/ dann es seyen auff dem Land die Heyrats-Brieff nicht allein von ordentlicher Obrigkeit geschriben/ sonder auch gefertiget/ oder da das Vermögen so gering/ in deß Gerichts-Protocoll eingeschriben. Aber in Stätten unnd Märckten/ sollen sie gleichwol auch bey den ordentlichen Statt- oder Marckt-Schreibereyen geschriben werden/ doch mag die Fertigung derselben geschehen/ eintweders durch die Obrigkeit/ oder die Heyrats-Leuth. Was aber Adeliche oder andere ansehnliche Persohnen seynd/ die mögen jhre Heyrats-Notel und Brieff stellen/ schreiben und fertigen lassen/ nach jhrer Gelegenheit.

SUMMARIA.

1. *An pacta dotalia possint fieri sine scriptura?*
2. *Quid in patria nostra juris sit?*
3. *Quid si pacta dotalia in civitatibus, & oppidis fuerint erecta?*
4. *Quid si inter personas nobiles?*
5. *Quæ quantitas dicatur magna, vel parva?*
6. *Quomodo summa, ut dicatur magna vel parva, determinanda sit?*
7. *Quis dicatur magistratus ordinarius quoad pacta dotalia?*
8. *Quid si matrimonium fiat hoc loco, conjuges autem postmodùm domicilium in alio loco habeant?*
9. *Quid si matrimonium ineatur inter personas diversæ jurisdictionis vicinæ?*
10. *Quæ dicantur personæ spectabiles,* ansehnliche Persohnen?

De

DE Jure Communi pacta dotalia fieri posse sine scriptura dubium esse 1
non potest, quia nec ad aliorum contractuum validitatem, & subsistentiam instrumentorum erectio requiritur, sicut autem ad *Art. 3. & Art. 8.* deß Summarischen Proceß / de transactionibus, & compromissis, de pignoratitijs obligationibus ad *Art. 20. Tit. 3.* deß Gandt-Proceß / & de fidejussionibus aut intercessionibus mulierum ad *Art. 12. 13. & 14. hujus Tit.* diximus, statuta nostra Bavarica in multis actibus vel legitimam instrumentorum ere- 2
ctionem, si negotium alicujus momenti sit, & magnam summam concernat, vel, si summa parva sit, insinuationem ad protocollum judiciale requirunt, ita etiam hic articulus ad præcavendam omnem confusionem, errorem, & alias inter plebejos homines super pactis dotalibus oriri solitas controversias, annullat omnia pacta dotalia, nisi ruri inter plebejos homines coram ordinario magistratu fuerint insinuata, & desuper judicialia instrumenta erecta, vel, si summa fuit modica, partium pacta,& conventa protocollo judiciali inserta, si autem pacta dotalia in civitatibus, & oppidis, in 3
Stätt / vnnd Märckten / inita fuerint, relinquit quidem articulus personis civicis, qui plerumque sua propria sigilla habent, liberum arbitrium, an ipsæ ejusmodi matrimoniales conventiones subscribere, & subsignare, vel expeditionem instrumenti ordinario magistratui relinquere velint: In casu autem, quo ipsi contrahentes cum suis testibus, & assistentibus subscriptionem, & sigillationem in se recipiunt, specialiter exigitur, ut pactorum dotalium instrumentum in ipsa civitatis, vel oppidi gramatæa, in der Statt- oder Marckt-Schreiberey / fuerit scriptum, sive, ut practici loquuntur, ingrossatum, & in mundum redactum. Omnia ad hunc solummodò finem, ut supervacaneæ rixæ, & lites, quæ ex pactis dotalibus imperitè, & informiter conceptis plerùmque oriuntur, per hanc sollicitam vigilantiam præcaveantur. In quo iterum differentia inter jus commune, & jus nostrum statutarium elucet, (quæ tamen nova non est, sed convenit cum ijs, quæ ad modò allegatos articulos diximus) verùm nobiles personæ, quæ jus si- 4
gillandi in alijs suis contractibus, & actibus habent, prout latiùs ibidem exsplicavimus, etiam in pactis dotalibus nec ad judicialem erectionem, nec ad cooperationem certi Gramatæi, notarij, aut alterius cujuslibet personæ adstricti sunt.

Aliqua tamen in hoc articulo iterum observanda sunt: Primò, quòd 5
distinctio fiat inter pacta dotalia, quæ magnam summam comprehendunt, & inter illa, quæ modicam tantùm summam concernunt, ex quo oritur quæstio, quænam summa circa materiam pactorum dotalium pro magna, vel modica habenda sit? Et Respondemus, cùm una lex declarationem ex alia assumere debeat, & in Summario Processu in materia transactionis, & compromissi summa 50. florenorum, & supra, inter plebejos homines habeatur pro magna, quæ autem est infra 50. florenos reputetur pro parva, & modica, putamus, nos non malè facturos, si eandem summam etiam ad materiam pactorum dotalium determinemus, ita ut si summa concernat 50. florenos, aut plures, ab ordinario magistratu desuper judicialia instrumenta erigi, si autem concernant minorem quantitatem, protocollo Judiciali inseri debeant, & quidem utrùmque sub pœna nullitatis, juxta verba, sollen solche Heyrat-Geding vnkräfftig seyn / prout idem de intercessionibus, sive fidejussionibus mulierum plebejarum diximus, ut determinatio summæ magnæ, sive notabilis, & parvæ, sive modicæ verisimiliter ex mente legislatoris secundùm determinationem in transactionibus, & compromissis factam regulari debeat, non enim apparet ulla ratio, quare in materia pactorum dotalium diversum sit statuendũ: Si dicas, hoc arbitrio Judicis relinquendum esse, non litigabo tecum, interim congruum esse videtur, ne Judex arbitrium suum ulteriùs extendat, quàm verisimiliter legislator extendere voluerit.

6 Quæritur secundò, an hæc determinatio summæ magnæ, vel modicæ solummodò desumenda sit secundùm proportionem dotis, vel secundùm proportionem eorum, quæ in pactis dotalibus cum dote in consequentiam veniunt, V. G. uxor attulit marito dotem 20. florenorum, prout inter plebejos operarios, vnder den Taglöhneren / sæpissimè contingit: Maritus pro contradote reciprocè 20., & pro morgengeba 10. florenos uxori assignat, quæ faciunt in una summa 50. florenos, debètne Judex ordinarius sub pœna nullitatis desuper instrumentum erigere, vel an sufficit, quòd protocollo judiciali conventio inseratur? Et videtur dicendum, erectione instrumenti opus esse, eò quòd secundùm tenorem Artic: nostri respectus debeat haberi, nach dem Vermögen / ergò non est consideranda quantitas dotis, sed quantitas patrimonij utriúsque conjugis; Sed hoc non attento, putarem, rationem dotis habendam esse, quia contrados, & morgengeba veniunt solummodò in consequentiam, & res, super qua convenitur, principaliter dos est, quæ si 50. florenos excedat, pro validitate erectionem instrumenti requirit, si autem minor est 50. florenis, mea opinione sufficit, conventionem protocollo judiciali inseri, tametsi contrados, & morgengeba proportionaliter accedant. Et hoc propterea, ne ejusmodi miseris hominibus notabilis pars pro expensis erectionis, & sigillationis decedat, cùm aliàs notum sit, quòd judices rurales sua strictissimè exigant, & pauperem gregem tonsuræ sine misericordia subjiciant, hanc tamen opinionem nostram libenter aliorum judicio submittimus.

7 Tertiò quæritur, cùm pacta dotalia fieri debeant inter plebejos coram magistratu ordinario, quis hac in parte magistratus ordinarius sit, an ubi matrimonium contrahitur, & pacta dotalia conveniuntur, sive in obligationem deducuntur, vel ubi novi conjuges domicilium habent? Respondemus, quòd Judex domicilij propriè dicatur ordinarius, non Judex loci, ubi contractus celebratur, prout id exsplicavimus in Processu Summario ad *Tit. 2. Artic. 3.* quò Lectorem remittimus; Quod etiam quotidiana praxis confirmat; Interim per hanc regulam difficultas non tollitur, cùm sæpè novi conjuges priùs nullibi stabile, & fixum domicilium habuerint, sed paulò post matrimonium inter se contractum aliò transferant, V. G. Sponsus, & sponsa cœlibes sunt, & matrimonium Monachij contrahunt, mox Landishutum abituri, ubi jus civitatis impetrârunt.

8 Quæritur igitur quartò, ubi pacta dotalia inter illos erigi debeant? Et Respondemus, vel pacta dotalia eriguntur ante transitum Landishutanum, & tunc debent erigi coram magistratu loci, ubi degunt: Vel eriguntur post matrimonium jam contractum (cùm noti juris sit, quòd pacta dotalia tam ante, quàm post matrimonium contractum iniri possint) & tunc erigenda sunt in loco, quò domicilium suum transtulerunt: Ratio est per se clara, quia semper tempus erectionis inspiciendum est, quando agitur de jure ordinarij magistratus, cui ratione domicilij jurisdictio competit; Et in his nullam invenimus difficultatem.

9 Sed hoc quintò dubitatum, & inter Judices rurales disputatum fuit, si matrimonium ineatur inter personas, quæ sunt ex diversis vicinis jurisdictionibus, cui Judici rurali erectio pactorum dotalium competat? E. G. Sponsus est ex præfectura. D. Sponsa verò ex Hoffmarchia. A. vel reciprocè, quis ex duobus his judicibus potius jus erectionis, & sigillationis habeat? Et quamvìs ex una parte fuerit acriter propugnatum, sponsam semper, & indistinctè debere sequi forum sponsi, tamen id ferè à nemine approbatum scio, sed aliam distinctionem, quæ, quantum mihi ex longissima praxi constat, usu recepta est, adhibitam, an scilicet mulier subintret in domum mariti, vel maritus in domum mulieris? In utróque reciproco casu competit erectio pactorum dotalium illi Judici, sub cujus jurisdictio-

nem

nem ab altera parte conjugis transfertur domicilium, E. G. Titius ex loco. D. ducit Sejam in loco. A. viduam jam stabile domicilium habentem; Planè jurisdictio judici in Hoffmarchia. A. competere debet, cùm non uxor maritum, sed vice versa maritus uxorem sequatur, quod Germanicè dicunt, der Mann hat zu dem Weib hinein geheyrathet: Et hoc adagium imperiti isti Judices rurales ita adulterant, ut in pactis dotalibus præpostere dicant, maritum uxori suæ tot, & tot centenos florenos in dotem attulisse, quasi res mutato naturæ ordine ad antiquissimum statum redierit, quo mariti uxores dotabant, & utique hoc medio etiam dominium familiæ in uxores derivabant, ut more etiam hodierno apud nobiles præsertim, & Illustres familias opibus abundantes, quando extraneos admittunt, wann außwärtig zu ihnen hinein heyrathen/ dici possit. Hæc vir: Et hic mulier: Concludimus igitur, illi Judici inter personas diversæ Jurisdictionis erectionem pactorum dotalium competere, ubi stabile domicilium figunt, sive uxor sequatur maritum, sive maritus uxorem. Ratio mea principalis est, quia in erectione pactorum dotalium juxta *Tit. 36. Art. 15.* der Land-Recht / Judici domicilij, & rei sitæ cognitio incumbit, ne per pacta dotalia liberi prioris matrimonij, si qui fortè supersint, lædantur in sua legitima, de quo jam supra diximus ad *Art. 1. & 15. hujus Tit.* quæ cognitio alteri judici, de cujus jurisdictione alter ex conjugibus exit, tanquam minùs informato competere non potest.

Quæstio sexta est, quid sub vocabulo, oder andere ansehentliche Persohnen / contineatur? Respondemus, in hoc articulo sub nomine, der ansehentlichen Persohnen / eas intelligendas esse, de quibus diximus *Artic. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / latiùs verò in *Artic. 12. hoc. Tit.* cùm ibi magis specificè exprimantur, & nostra opinione dispositiones in his omnibus locis in effectu Synonimæ sint, & conveniant. 10

Der Neunzehendte Articul.

Wiewohl sonsten in anderen Handlungen zween oder drey Zeugen genug seyn / weil aber in den Heyrats-Gedingen gemainklich von der Ehe-Leuthen Todt-Fällen / vnnd was eines von deß anderen Guet erben soll / gehandlet würdet / so seyn zu kräfftiger Erhaltung solcher Geding / fünff Zeugen nothwendig; Im Fall aber derselben weniger wären / so seyn die Heyrats-Abreden / allein so vil die andere Pact vnd Geding betrifft / aber der darinnen gedingten Erb-Fäll oder Vermächtnuß halbē / die erst durch deß vorabgestorbnen Ehegemächts Todt-Fall bekräfftiget werden / nit gültig.

SUMMARIA.

1. *An pacta dotalia valeant, quæ disponunt in vim ultimæ voluntatis?*
2. *Quot testes requirantur in pactis dotalibus, ut in omnem casum subsistant?*
3. *Quid si pacta dotalia celebrentur per merum actum inter vivos?*
4. *Quid si in speciem ultimæ voluntatis degenerent?*
5. *Quando in pactis dotalibus censeatur celebratus actus inter vivos, vel mortis causâ?*
6. *Et quibus verbis?*
7. *Quid si sint dubia?*
8. 10. 11. & 12. *An non etiam actus inter vivos in casum mortis celebrari possit?*
9. *An valeat pactum mutuum de successione?*
13. *An constitutio vidualitij sit actus inter vivos, vel mortis causâ?*
14. *An pacta dotalia inter conjuges una vel altera parte invita tolli possint?*

1 QUamvìs de Jure Communi expeditum sit, pacta dotalia servanda esse, *l. 10. Cod. de pactis. l. in traditionibus. 49. ff. eod. l. 1. & tot. tit. ff. de pact. dotal.* tametsi aliàs ex nudo pacto actio non detur, cùm pacta dotalia utpote dotis traditione munita nuda pacta dici non possint, *l. 1. Cod. de pact. convent. &c.* Illud tamen vicissim certum est, quòd, si pacta dotalia limites dotis, ac donationis propter nuptias egrediantur, & de mutua successione disponant, prorsùs invalida, & irrita sint, *Hartm. Pistor. l. 4. quæst. 2. n. 24. Fachin. lib. 5. cap. 87. per text. express. in l. hæreditas. 5. Cod. de pact. convent.* per tritum juris axioma: Quòd hæreditas pactis non conferatur, *l. hæreditas Cod. de pact. convent. & l. 1. ff. de petit. hæredit.*

2 Quæritur autem ad hunc Art: primò, quot testes in pactis dotalibus, ut in omnem casum subsistant, necessarij sint? Et hæc quæstio duplici distinctione resolvitur. Prima desumitur ex præcedenti articulo, & altera ex præsenti: Vel enim pacta dotalia eriguntur coram magistratu ordinario, & in judicio, prout inter plebeas personas fieri debet, tunc nullis testibus opus est, cùm acta judicialia per se plenam fidem faciant: Vel eriguntur à civibus, aut personis nobilibus, & privilegiatis: Si inter cives eriguntur, dubium esse potest, an testes adhibendi sint, cùm articulus præcedens expressè disponat, ut instrumentum pactorum dotalium in gramatæa civica scribi, ingrossari, & in mundum redigi debeat, quæ solennitas videtur adhibitionem testium supplere: Sed verum esse putamus, quòd præter scripturam Gramatæi civici etiam testes adhiberi debeant. Ratio est, quia expeditio in Gramatæa civica ad hunc solummodò finem requiritur, ne aliqua imperitia, & inscitia subrepat, non ut instrumento veritas adhibeatur: Et hinc articulus præcedens subscriptionem, & sigillationem civibus extra ordinarij magistratus concursum non aliter admittit, nisi simul subscribant, & sigillent, qui pactis dotalibus intersunt, **ohne der Heyrats-Leuth Mitfertigung.**

3 Altera distinctio resultat ex præsenti articulo, an scilicet in pactis dotalibus celebretur merus actus inter vivos, vel an etiam dispositio fiat in casum mortis? Quando solummodò agitur de actu, vel contractu inter vivos, tunc secundùm articulum nostrum sufficiunt duo, vel tres testes, subintellige non ad substantiam, sive solennitatem actûs, sed ad ejus probationem, si enim de ipso actu, & contractu sine testibus peracto constet, eum validum esse, extra omne dubium est: Per rationem, quia omnes contractus, & conventiones civiles sola voluntate conficiuntur, *D. Rath. loc. sæpiùs cit. assert. 32.* Quando autem in pactis dotalibus dispositio fit de futura successione, aut participatione in casum mortis, adhibitio ad minimum quinque testium necessaria est; Per rationem, cùm omnis ultima voluntas ad minimum numerum quinque testium requirat.

4 Licèt igitur paulò ante dixerimus, pactis non dari hæreditatem, aut successionem, illud tamen ita intelligendum, nisi pactum degeneret in speciem ultimæ voluntatis, quod in instrumentis dotalibus plerùmque fit, quando novi conjuges de lucro dotis, vel contradotis in casum unius, vel alterius præmorientis inter se conveniunt, vel de tota, aut parte hæreditatis soluto cum, vel sine liberis matrimonio, superstiti obveniente disponunt.

5 Altera verò quæstio est, quæ inter DD. maximam controversiam movet, quando censeatur celebratus actus inter vivos, vel ultimæ voluntatis, sive mortis causâ? Communis sententia est, id maximè ex verbis instrumenti dotalis dijudicandum esse, si enim verba concepta sunt per modum ultimæ voluntatis, aut dispositionis mortis causâ, sine adhibitione quinque testium non subsistunt; Si autem concepta sunt per modum conventionis, donationis, aut contractûs, ad illorum subsistentiam nuda voluntas, de qua aliun-

aliunde constat, vel in hujus defectu ad probationem duorum, vel trium testium præsentia sufficit.

Hoc ipsum autem de Jure Communi controversum est, quando verba sensum ultimæ voluntatis, vel contractûs, aut conventionis habeant? Ad hoc distinguendum, *D. Rath. loc. cit. assert. 34.* & *Berlich. lib. 2. conclus. 51. n. 12. & seqq.* sic distinguunt: Aut enim in pactis dotalibus disponitur de universali hæreditate, & succesione, vel ejus certa, & determinata parte, V. G. de parte tertia, quarta, &c. vel tantùm de re quadam particulari supervivente conjugi obtingente? In primo casu Judicant, actum celebrari ultimæ voluntatis, & proinde numerum quinque testium necessarium esse, in altero casu, ubi de re particulari agitur, putant, celebrari nudum actum inter vivos, & consequenter duorum, vel trium testium præsentiam sufficere. Ex hac tamen Juris communis dispositione 6

Oritur tertia quæstio, quid si in dispositione rei particularis verba magìs intentionem ultimæ voluntatis, quàm contractum inter vivos importent, an nihilominùs in vim alicujus actus inter vivos accipienda sint? V. G. instrumentum dotale sic habet: Si ego sponsam meam præmoriar, eidem lego hoc vel illud prædium speciale: Anné hæc dispositio habenda sit pro actu inter vivos, vel ultimæ voluntatis? Et certè, cùm verbum lego, & verba Germanica, vermach/ oder verschaff ich/ ultimam voluntatẽ expressè importent, non aliter subsistunt, nisi quinque testes accedant: Ratio est, quia, si dispositio fit tantùm de re quadam certa, & particulari, præsumitur quidem (loquendo semper secundùm interpretationem juris communis, nam de jure statutario paulò post sequetur) in dubio fieri per actum inter vivos, at quando verba intentionem ultimæ voluntatis dilucidè demonstrant, præsumptio cedere debet veritati. 7

Rectè quidem dicit *D. Rath. loc. cit.* quòd ex Juris Communis dispositione non semper, quando de casu mortis mentio fit, actum debeamus habere pro actu ultimæ voluntatis, cùm etiam contractus inter vivos in diem, vel sub conditione fieri possint. V. G. Ego dono tibi fundum meum Cornelianum, si te præmoriar, vel fundus meus Cornelianus sit tibi post mortem meam venditus pro centum florenis. Hos enim actus indigere numero quinque testium nemo de Jure Communi sustinebit, cùm veri sint actus inter vivos in diem, vel sub conditione suspensi: Aliud autem est, quando verba dispositionis, lego, relinquo, mortis causâ dono, vel similia apponuntur, tunc enim magìs proprietas verborum sequenda, quàm alia violenta interpretatio ijs affigenda est. Diximus hactenùs, semper regulas propositas secundùm tenorem juris communis locum habere. 8

Quæritur autem quartò, cùm teste *And. Gail. lib. 2. observ. 126. n. 3. Mynsing. cent. 2. obs. 33.* & *Hartm. tit. 44. obs. 2. n. 8. & seq.* pactum mutuum non tantùm inter conjuges, sed etiam inter alias personas ex universali consuetudine Germaniæ valeat, ut puta, si inter duos, vel plures conventum sit, quòd alterutro sine liberis mortuo ad superstitem bona ejus perveniant: Per rationem, quia tale mutuum, sive vicissitudinarium pactum tollit sinistram illam suspicionem desiderandi mortem alterius, & in effectu pactum non est futuræ successionis, sed obligatio conditionalis, quæ eveniente conditione ad tempus conventionis retrotrahitur, & pro pura habetur: An omnia priùs dicta, & maximè hæc consuetudo etiam in Patria nostra obtineat? Quod planè asserere non audemus, cùm articulus noster expresè dicat, quòd in casu, quo in pactis dotalibus aliquid disponitur de morte conjugum, & eorum successione, von der Ehe-Leuth Todt-Fällen/ vnd was eines von deß anderen Guet erben soll/ quinque testes necessarij sint, ergò præsupponit articulus, quòd in casum mortis, inter conjuges per pactum nihil disponi possit, cùm pacta, & conventa non nisi duobus, vel 9

tribus

tribus teſtibus ad probationem indigeant, imò nuda voluntate conſtent, ſi aliunde probari poſſit, hic autem articulus in omni diſpoſitione, quæ effectum ad mortem differt, numerum quinque teſtium requirat.

10 Et hoc D. Rath in tantum extendit, ut, ſi pactis dotalibus de lucro dotis, & donationis propter nuptias, quæ vera materia pactorum dotalium eſt, inter conjuges in caſum mortis reciproca ſponſio, ſive conventio facta fuerit, neceſſarij ſint quinque teſtes, cùm articulus noſter non ſolummodò de pactis hæreditatis, vel ſucceſſionis, ſed generaliter de omni eo loquatur, quod ſuperſtes conjux ex morte alterius vigore pactorum dotalium lucratur. Idem *D. Rath. loc. cit. aſſert. 36.* Ubi denique addit, tametſi ſupra dixerimus, quòd per modum pacti ſuſtineri poſſit, ſi unus conjux alteri prædium aliquod certum, & particulare poſt mortem ſuam habendum deſignet, hoc tamen ſtatutis noſtris, & diſpoſitioni hujus articuli conforme non ſit, cùm, quoties aliquid confertur alteri in caſum mortis, ſive id fiat per verba ultimæ voluntatis, ſive per verba diſpoſitionis inter vivos, ſemper numerus quinque teſtium requiratur: Verba ſunt clara, im Fall aber derſelben weniger wären / ſo ſeynd die Heyrats-Abreden allein ſo vil die andere Pact / vnd Geding betrifft / aber der darin gedingten Erb-Fäll / oder Vermächtnuß halber die NB. erſt durch deß vorabgeſtorbenen Ehegemächts Todt-Fall bekräfftiget werden / nit gültig.

11 Dices, quòd articulus loquatur duntaxat, von denen Erb-Fällen / vnd Vermächtnuß / quæ ſunt verba ultimæ voluntatis, ut proinde, quæ in caſum mortis per pacta inter vivos dantur, in his verbis non videantur eſſe excluſa: Reſpondemus, verba textûs clara eſſe, quòd nec pacta, & conventa in inſtrumento dotali coram duobus, vel tribus teſtibus erecto valeant, quorum confirmatio confertur primùm in mortem unius, vel alterius conjugis, quod utique à Sereniſſimo Legislatore propterea ſic diſpoſitum eſt, ut inutiles diſputationes ſuper intellectu verborum evitentur.

12 Dicimus ergò concludendo, omnia, quæ in pactis dotalibus de ſucceſſione mutua conjugum cum, vel ſine liberis in univerſa hæreditate, vel in quota ejus, qui præmoritur, aut in re particulari, de lucro dotis, vel contradotis quibuſcúnque verbis diſpoſita ſint, ad validitatem numerum quinque teſtium requirant, quotieſcúnque effectus confertur in caſum mortis. Cautè igitur faciunt, prout univerſalis patriæ conſuetudo eſt, qui in pactis dotalibus ad minimum ſemper quinque teſtes adhibent, cùm aliàs, ſi pauciores teſtes adhibeantur, non niſi ea ſola pacta, & conventa valeant, quæ à caſu mortis præcisè abſtrahunt. Huic ſententiæ omninò videtur eſſe contrarius *D. Balthaſar ad hunc titulum reſolut. 16. n. 11.* Ubi D. Rath ex profeſſo refutat, & ſuſtinet, quòd conventiones in pactis dotalibus, de dote, & contradote ſemper habendæ ſint pro actibus inter vivos, & dicit, ita in Conſilio Aulico ſæpiùs judicatum, & ſingulari præjudicio 9. Octobris 1649. Confirmatum fuiſſe. Ego tunc temporis nondum eram in Conſilio Aulico, & ſic de illo præjudicio nullam informationem habeo. Diligenter quidem curavi inquiri, an res ſe ita habeat, ſed, cùm D. Balthaſar cauſam litigioſam non alleget, & in Cancellaria hic abuſus irrepſerit, ut Secretariorum protocolla ſaltem antiquitùs non fuerint aſſervata, modò dictum præjudicium inveniri non potuit. Nos putamus, rem facili diſtinctione componi poſſe: Aliud eſt enim, ſi in pactis dotalibus de dote, & contradote conveniatur de lucro dotis, vel contradotis. In primo caſu ſententia D. Balthaſar vera eſt, quòd conventio de dote, & contradote ſit merus actus inter vivos: V. G. ut hoc vel illud prædium ſit locò dotis, & hic vel ille fundus ſit reciprocè loco contradotis, vel, ut communiter fit, ut mille floreni marito actualiter in dotem numerentur, & ab eo alia mille in contradotem aſſignentur, & vel in re certa, & ſpecifica, vel in omnibus mariti bo-

nis generaliter assecurentur, in hoc casu nemo dubitat, numerum duorum vel trium testium sufficere, cùm sit merus actus inter vivos, & proinde etiam irrevocabilis: In altero verò casu, quando, V. G. conjuges inter se conveniunt, ut post mortem unius, vel alterius, superstiti dos, vel reciprocè contrados proprietariè cedat. Certè non aliter dici potest, quàm quòd talis conventio primùm confirmetur per mortem unius, vel alterius, si autem pactum, vel conventum in instrumento dotali inseritur, **das erst durch deß vorabgestorbenen Ehegemächts Todt-Fall bekräfftiget wird** / illud vigore hujus articuli prorsùs invalidum est, nisi numerus quinque testium adhibitus fuerit. Et hinc D. Rath non loquitur simpliciter de dispositione, quæ in pactis dotalibus ratione dotis, & contradotis fit, sed quæ fit de lucro dotis, aut contradotis in casum mortis: Nec obstant verba articuli, **Erb-Theil / vnnd Vermächtnuß** / quæ D. Balthasar in contrarium allegat, nam licèt lucrum dotis, vel contradotis in casum mortis delatum non possit dici quota hæreditatis, potest tamen dici hæreditaria portio, &, quia defertur in casum mortis, verè dici potest, **ein Vermächtnuß** / ut proinde vi hujus articuli quinque testium interventus necessarius sit, sicut, si quis instituitur in uno nummo, aut ipsi legatur res quæcúnque vilis, aut modica, potest dici, accipere **sein Erb-Theil** / vel accipere **sein Vermächtnuß** / ita, si maritus accipiat dotem in casum præmortuæ uxoris, vel uxor contradotem in casum præmortui mariti, rectè dicuntur accipere **ihr Vermächtnuß** / & hinc consequenter D. Rath ibidem quoque resolvit, quòd, tametsi supra diximus, si in pactis dotalibus alicui relinquatur res certa, & particularis, censeatur in dubio hoc relictum magìs accipere vi pacti, quàm vi ultimæ voluntatis, id tamen in Jure nostro statutario non procedat, quando res specialis expresse relicta est in casum mortis, ita ut suspendatur effectus, sive confirmatio hujus relicti, donec relinquens è vivis discedat. Agnovit id ipsum *D. Balthasar*, dum *loc. cit.* dicit, in dubio, quando mortis fit mentio, actum magìs haberi pro actu ultimæ voluntatis, quàm pro actu inter vivos, quò legislator respexisse videtur ad declinandas verborum rixas, cùm generaliter disponit, quòd in casibus à morte alterius dependentibus numerus quinque testium semper necessarius sit. Sed quid de morgengeba dicendum? Et quin illa debeatur per contractum inter vivos, nemo est, qui prudenter dubitare possit, cùm sponsa illam recipiat in præmium virginitatis, quod eidem primo mane post conscensum thorum conjugalem debetur, & propterea morgengeba vocatur, id est donum matutinum, licèt fortè in pactis dotalibus conventum fuerit, ut post mortem uxoris morgenatica redeat ad virum, tunc enim ejusmodi dispositio non minùs quàm cœteræ, de quibus diximus, quinque testium interventu opus habet.

Quid ergò dicendum est de vidualitio, quod in patria nostra à nobilibus, viduis superstitibus communiter constitui solet, annè talis constitutio pro actu ultimæ voluntatis, vel inter vivos censeri debeat, & an ad illũ quinque testium numerus requiratur, vel an duo, aut tres sufficiant? Difficultas ex eo oritur, quòd utique vidualitij effectus differatur in casum mortis mariti, sed D. Balthasaro libenter concedimus, pacta dotalitia, quatenùs respiciunt constitutionem vidualitij, vim actûs sive contractûs inter vivos habere: Ratio hæc est, quia obligatio illius statim ab initio pactorum dotalium in effectu, & efficaciâ est, nec dependet ab incerto casu, & effectu mortis, sicut priùs diximus, quando inter conjuges conventio fit de lucro dotis, vel contradotis, ubi obligatio unius, vel alterius primùm confirmatur morte subsecuta: In vidualitio autem nulla est reciprocatio obligationis, aut futuri eventus incerta exspectatio, sed maritus se ad habitationem, & sustentationem viduæ sine ulla mentione mortis simpliciter obliget, quæ obligatio per accidens extinguitur, si mulier marito præmoriatur. 13

Dices, nos ſupra dixiſſe,quòd vidualitium veniat in computationem *l. hac Edictali*, ſi maritus liberos ex priori matrimonio relinquat, ut proindè illam accipiat titulo lucrativo , & conſequenter causâ mortis : Reſpondemus, quòd accipiat quidem titulo lucrativo, non autem mortis causâ , ſed inter vivos, cùm ipſa obligatio ſecundùm priùs dicta non differatur ad mortem, ſed oriatur in ipſo die matrimonij , quo maritus vigilat uxori, ut in viduitate honeſtam ſuſtentationem habeat, ne in proprium ſuum, id eſt mariti, dedecus egere debeat , talem igitur præſentem, & efficacem obligationem ſub conditione vidualitatis ſuſpenſam ad cancellos ultimarum voluntatum redigere , aut eidem neceſſitatem quinque teſtium imponere, nullam rationem videmus. Vid. idem *Balthaſar. loc. cit. n. 13.* Ubi ita judicatum fuiſſe refert : Ipsâ enim naturâ ineſt conventioni, ſi meæ viduæ aliquid per pactum concedo , ſive promitto , quòd præmori debeam : Quod autem ipsâ naturâ ineſt, naturam actûs inter vivos non immutat.

14 Si ultimò quæratur , an pacta dotalia inter conjuges una , vel altera parte invita tolli , & revocari poſſint ? Ex prædictis facilis eſt Reſponſio: Vel enim agimus de pactis, & conventis, quæ valent per modum actûs inter vivos, & tunc certum eſt, quòd una, vel altera parte invita tolli, vel revocari non poſſint : Vel agimus de ijs , quæ valent in vim ultimæ voluntatis , & tunc etiam altera parte invita revocabilia ſunt , cùm omnis ultima voluntas ad extremum uſque ſpiritum ambulatoria ſit.

Dices, ex noſtra opinione ſequi, quòd pacta dotalia, quæ diſponunt reciprocè de lucro dotis, vel contradotis in caſum unius, vel alterius præmorientis conjugis, cùm ex noſtra opinione valeant in vim ultimæ voluntatis, & requirant quinque teſtes , ab alterutro conjuge altera parte prorsùs ignorante revocari, & infringi poſſint , quod propterea videtur prorsùs durum, & irrationabile , cùm unus conjugum facilè alterum decipere, & eo ignorante, dum fortè eſt in extremo vitæ periculo, hanc reciprocam diſpoſitionem clandeſtinè reſcindere , ſicque conſortem ſuperſtitem lucro, quod ſperabat, defraudare poſſit , quod videtur eſſe contra omnem bonam fidem : Reſpondemus, quando conjuges faciunt reciprocum teſtamentum, nunquid cuilibet liberum eſt, illud pro lubitu ſuo, & bona voluntate revocandi, & immutandi, item, ſi ambo conjuges faciunt ſeparata teſtamenta, & unus alteri ſcienter, & prudenter inſigne legatum relinquit, nonné quilibet eorum facultatem habet, legatum conſorti ſuo abrogandi ? Cur non idem de lucro dotis, & contradotis dici poſſit ? Cùm firmiter credamus, jura noſtra ſtatutaria hanc diſpoſitionem non niſi in vim ultimæ voluntatis admittere ; Firmiſſima autem Regula juris ſit, quòd omnis ultima voluntas ad extremum vitæ ſpiritum revocabilis ſit, nec poteſt alter conjugum, in cujus præjudicium revocatio facta eſt, de injuria queri, cùm etiam ipſe poteſtatem habuerit, reciprocam ſuam diſpoſitionem pro lubitu immutandi, ut malè ferre non poſſit, ſi patiatur à conſorte, quod eidem quoque facere potuiſſet.

Der Zwaintzigiſte Articul.

DJe Einred nit bezahlten oder erlegten Heyrat-Guets / kan auff zween weg beſchehen: Erſtlich/ wañ auff Abſterben deß Manns die hinderlaſſene Wittib jhr Heyrat-Guet begehrt / Dargegen andere deß Manns (welcher verſtorben oder ſonſten ſeine Güter auff die Gandt kommen) verhandene Glaubiger nit geſtändig ſeyn / daß die Frau dem Mann das Heyrat-Guet würcklich zugebracht: Von diſer Ein-

Einred ist im Gandt-Proceß / deß andern Tituls / vnd zwölfften Articuls geordnet / wie es soll gehalten werden.

Zum andern / kan dise Einred fürgebracht werdē / von dem Mann selbs oder seinen Erben / wann nemblich er oder dieselbige nit geständig seyn / daß die Frau das versprochene Heyrat-Guet jhme würcklich zugebracht: In disem Fall ist es also zuhalten: Nemblich vnnd wofern der Mann erst nach Auffrichtung deß Heyrat-Gedings / in einer sonderbahrer Quittung bekennt hätte / Daß er das zuvor versprochene Heyrat-Guet allberait empfangen / so bleibt es darbey / vnd mag wider solche Bekandtnuß / die Einred deß nit erlegten Heyrat-Guets nit statt haben / Ist aber dergleichen sonderbare Quittung nit verhanden / sonder der Mann hat allein in der Heyrats-Abred den Empfang deß Heyrat-Guets bekennt / vnd die Ehe-Leuth länger nit / dann zwey Jahr mit einander in der Ehe gelebt / So mag der Mann oder seine Erben / wie sich dann der Todt-Fall deß Manns oder deß Weibs begibt / noch in einem Jahr / von der Zeit an / daß die Ehe auffgelöst worden / zerechnen / die Einred deß nit empfangenen Heyrat-Guets fürwenden. Hätten aber die Ehe-Leuth mehr als zwey Jahr / vnnd doch nit gar vollkommentlich 10. Jahr in der Ehe mit einander gelebt / so kan der Mann oder seine Erben / innerhalb drey Monaten / von der Zeit an die Ehe / durch deß einen oder andern Todt auffgelöst worden / zerechnen / gesagte Einred auch gebrauchen. Wären aber die 10. Jahr / in denen die Ehe-Leuth in der Ehe gewesen / völlig erstreckt / so ist alsdann die Einred deß nit erlegten Heyrat-Guets gäntzlich erloschen. Und diß alles hat auch statt / wann nit durch den Todt / sonder in anderweg die Ehe gescheyden würdet / Wie auß dem fünfften vnd sechsten Articul dises Tituls mit mehrerem zuvernemmen.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit differentia inter exceptionem non numeratæ dotis, quæ opponitur creditoribus, & quæ opponitur uxori?*
2. *Quando uxor illationem dotis probare debeat?*
3. *Quot annis oppositio non numeratæ dotis duret?*
4. *Quæ sit distinctio inter dotem confessam, & constitutam?*
5. *Quibus casibus exceptio non numeratæ dotis deficiat?*
6. *In quibus casibus apocha mariti fidem faciat?*
7. *An geminata confessio illationem probet?*
8. *Quid si confessio illatæ dotis instrumento dotali simul accedat?*
9. *Quatenus mariti confessio præjudicet creditoribus, & in quibus circumstantijs?*
10. *Quid si mariti confessioni de dote recepta renunciatio exceptionis non numeratæ dotis accedat?*
11. *Quid si renunciatio esset jurata?*
12. *An talis jurata renunciatio etiam præjudicet creditoribus?*
13. *An subscriptio contestis, quæ requiritur cum apocha mariti, per alias præsumptiones possit suppleri?*
14. *Quid si maritus docere possit, se tantùm super renunciatione simulatè jurâsse?*
15. *Quid si fecerit renunciationem donandi animo?*

Rectè articulus noster præmittit, magnam differentiam esse inter exceptionem, non numeratæ dotis, quæ opponitur à creditoribus, si bona mariti 1

riti ob nimium æs alienum ad ſubhaſtationem deveniant, & inter exceptionem non numeratæ dotis, quæ opponitur ab ipſo marito, vel ejus hæredibus contra uxorem.

De prima ſpecie diximus *Tit. 2. Artic. 12.* in dem Gandt-Proceß / ubi pluribus demonſtravimus, creditorum cauſam exceptionem non numeratæ dotis opponentium longè favorabiliorem eſſe, quàm cauſam mariti, vel hæredum ejus, quò Lectorem remittimus.

2 De altera ſpecie nunc pauca addemus, ſi igitur inter maritum, & uxorem ejus, vel ſoluto matrimonio per mortem mariti inter hæredes ejus, & viduam lis oriatur, quâ mulier dotem ſuam repetit, maritus verò, vel hæredes contradicant, negando, dotis illationem unquam factam fuiſſe, tunc mulieri incumbit probatio, & prout in Proceſſu Edictali diximus, illationem probari poſſe per teſtes, vel per inſtrumentum publicum, ita nullum dubium eſt, quin etiam in hoc caſu, quo maritus, vel ejus hæredes illationem dotis negant, à muliere per teſtes, aut inſtrumentum publicum rectè convinci poſſint, quia hi modi probandi tanquam legitimi nunquam cenſentur remoti.

Tertius verò modus probationis per propriam adverſæ partis confeſſionem in illatione dotis patitur ſuas difficultates propter facilitatis præſumptionem, quâ ſponſus, ut muliere potiatur, facillimè cenſetur confiteri, ſibi dotem numeratam eſſe, quæ tantùm dicta, vel promiſſa, nequaquam autem data, aut actualiter numerata fuit, *l. ult. Cod. de dote cauta non numerata.* Quapropter datur marito ejúſque hæredibus adversùs temerè emiſſam cautionem exceptio non numeratæ dotis.

3 Et hæc exceptio antiquitùs ſemper competebat marito, quoúſque duravit matrimonium, tametſi longiſſimo tempore 30. vel plurium annorum durâſſet, poſt ſolutum verò matrimonium à marito vel hæredibus ejus intra anni ſpatium opponi debuit, quod Juſtinianus in *Novell. 100. cap. 1. & 2.* & in Auth: *quòd locum Cod. de dote cauta non numerata* poſtea immutavit, & ſtatuit, ſi matrimonium duraverit tantùm per biennium, ut maritus, & hæredes ejus exceptionem non numeratæ dotis intra anni ſpatium opponere debeant, & in hoc jus antiquum confirmatum fuit, ſi verò matrimonium duraverit ultra biennium, ſed non ultra decennium, ut marito vel hæredibus ejus opponenda ſit exceptio non numeratæ dotis intra tres menſes, denique ſi matrimonium duraverit ultra decennium, ut querela non numeratæ dotis penitus expiret. Et cum hac novella Juſtiniani conſtitutione convenit etiam diſpoſitio Artic: noſtri. Ut autem tempora hæc à Juſtiniano præfixa extinctionem hujus exceptionis de non numerata dote operentur, neceſſe eſt, ut in inſtrumento dotali confeſſio de recepta dote intervenerit, juxta verba, **da der Mann in der Heyrats-Abred den Empfang deß Heyratguets bekennt**: Ex quo ſequitur, ſi in inſtrumento dotali de nuda conſtitutione, & promiſſione dotis mentio facta fuerit, nulla autem de dotis receptione, ſive numeratione, quòd tempora à Juſtiniano præfixa nullam operationem habeant, ſed quòd exceptioni non numeratæ dotis ſemper locus ſit: Ratio eſt, quia aliud eſt, dotem eſſe conſtitutam, & dotem eſſe confeſſam,
4 ſi enim confeſſioni accedant tempora à Juſtiniano præfixa, præſumitur maritus dotem actualiter recepiſſe, & confeſſionem ejus in inſtrumento dotali factam veram, & nullo modo ſimulatam eſſe: Aliud eſt, ſi in inſtrumento dotali nuda promiſſio dotis contineatur, tunc enim manet in nudis terminis promiſſionis, & per conſequens marito, vel hæredibus ejus per longiſſimum temporis ſpatium jus negandæ ſolutionis, ſive numerationis in ſalvo manet.

Dices, quòd Juſtinianus in novella 100. prædicta tempora excludendæ exceptionis non numeratæ dotis ſimpliciter conſtituat, nec inter dotem pro-

promissam, aut confessam distinctionem faciat, ut proinde ex sola cohabitatione videatur exceptio dotis non receptæ extingui. Sed, quia articulus noster expresse confessionem in instrumento dotali factam requirit, eidem omninò standum est, quod planè etiam juri communi conforme censemus, quia textus in *l. in dotibus. 2. Cod. de dot. caut. non num.* expresse præsupponit, in instrumento dotali more pessimo conscribi, dotes datas esse, cùm adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantùm subsecuta sit. Si igitur antiquæ legis Justinianeæ, quâ post solutum matrimonium opponendæ exceptioni non numeratæ dotis annus præfigebatur, respectus fuit ad dotis receptæ confessionem, etiam recentiores leges, in quibus temporum mutatio facta est, cum hoc respectu intelligi debent, cùm enim exceptio non numeratæ dotis ex ea præsumptione originem duxerit, quòd sponsus in instrumento dotali ex cupidine potiundæ uxoris censeatur dotis receptionem confiteri, quæ tamen ad ejus manus nunquam devenit, per se clarum est, si in instrumento dotali nuda promissio, & nulla confessio dotis solutæ contineatur, huic præcautioni locum non esse.

Sunt igitur in articulo nostro duo casus comprehensi, quibus deficit exceptio non numeratæ pecuniæ. 1. Si dotis receptio in instrumento dotali fuit confessa, & accedat decennalis cohabitatio conjugalis. 2. Si post matrimonium contractum, instrumento dotali de recepta dote separata mariti apocha superveniat, & ratio hujus rei est, quia in confessione post matrimonium contractum cessat præsumptio facilitatis, quâ maritus potiundæ sponsæ causâ censetur confiteri receptionem, & illationem dotis, quæ revera non est: Cessante autem causa, cessat etiam beneficium exceptionis propter illam concessum. 5

Dubium esse potest, cùm articulus noster simpliciter de apocha mariti mentionem faciat, num cujuslibet privata scriptura pro validitate ejusmodi apochæ sufficiens sit: Ratio dubitandi est, cùm plebejorum hominum obligationes, & scripturæ fieri debeant coram ordinario magistratu, ut latè deduximus *ad Art. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Sed, quia ille articulus solummodò loquitur de obligationibus hypothecarijs, putamus, omninò distinguendum esse inter personas nobiles, & in dignitate constitutas, quibus jus super proprijs actibus, & contractibus instrumenta conficiendi, & sigillandi competit, & inter cives, & prorsùs plebejos homines rurales. Apochæ personarum nobilium, & privilegiatarum sub propriæ manus subscriptione, & sigillatione ad effectum hujus articuli omninò subsistunt: Ruralium hominum conditio talis est, ut necessariò ad judiciales apochas erigendas teneantur, cùm ipsi nec scribendi scientiam, nec ullum sigillationis usum habeant, prout *ad dict. Artic. 12. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß/ diximus. De civibus major difficultas est, an talis apocha, quæ confessionem receptæ dotis continet, cum instrumento dotali facta à personâ civicâ sub solius manus subscriptione, & sigillatione, sine decennali cohabitatione illationem, & numerationem dotis sufficienter probet? Et hoc videtur propterea dubium, cùm personæ civicæ, tametsi pacta dotalia adhibitis testibus erigere, & subsignare possint, tamen juxta *Art. 18. hujus Tit.* obligationem habeant, ut curent ea in gramatæa civitatensi concipi, ingrossari, & in mundum redigi, ergò idem videtur observandum in erectione apochæ sive quietantiæ super dotis receptione: Sed, quia personæ civicæ ex communi usu patriæ nostræ non prohibentur, se propriâ singraphâ personaliter obligare, imò etiam juxta *Artic. 21. ejusdem Tit.* deß Gandt-Proceß/ certo modo intervenientibus testibus hypothecarias obligationes privatas (quæ tamen publicis minoris efficaciæ sunt, & postponuntur) expedire, nobis nullum dubium est, quòd eorum apocha de recepta dote dotali instrumento priùs facto accedens ex parte uxoris actualem receptionem con- 6

tra maritum, & hæredes ejus plenè probet. Vid. quæ diximus ad ſæpè *dict. Art. 12.* deß Gandt-Proceß / cùm utique plus ſit, rem poſſe obligare, quàm ab obligatione liberare.

7 Deducitur tamen ex modò dictis, quòd illa quæſtio, an exceptioni non numeratæ dotis locus ſit, quando confeſſio dotis fuit geminata, & ex intervallo repetita, in Patria noſtra nullam utilitatem, & effectum habeat, nam, cùm ſimplex apocha mariti de dote recepta poſt matrimonium pro uxore contra confitentem, & ejus hæredes plenè probet, de geminata, & cum vel ſine intervallo repetita confeſſione ulteriùs diſquirendum non eſt.

Dices, quòd ſaltem geminata confeſſio probationem ſufficientem facere debeat adversùs creditores. E. G. Si maritus in pactis dotalibus ſolutionem, & numerationem dotis confeſſus fuerit, & hanc ipſam confeſſionem poſt matrimonium contractum, & præſumptionem facilitatis pro conſequenda ſponſa repetierit? Reſpondemus, quòd nec hæc repetita ſive geminata, per ſeparatam apocham ſimul cum inſtrumento dotali facta confeſſio valeat, niſi apocham adhuc alius teſtis ſubſcripſerit, & ſigillaverit, qui juris ſigillandi capax eſt, prout expreſsè habetur in *Artic. 12. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / ibi in verbis, ſo kan ſie weder mit dem Heyrats-Brieff noch jhres Manns Quittung die würckliche Erlegung deß Heyrat-Guets wider deß Manns Glaubiger / vnd zu Nachthail vnd Abbruch derenſelben Schuld-Forderungen nit beweiſen / es habe dann neben dem Mann noch ein Sigel-mäſſiger Mann mitgefertiget / ꝛc.

8 Ex quibus verbis ſatìs clarè ſequitur, confeſſionem in inſtrumento dotali factam, conjunctam ſimul cum apocha ex intervallo erecta, & ſic repetitam, & geminatam nullius valoris, & momenti eſſe, niſi, ut articulus addit, ſimul cum marito apocham alius teſtis omni exceptione major ſignaverit, & ſigillaverit; Proinde cavendum eſt ab eo, quod *D. Balthaſar. loc. cit. ex Gomez. Valaſc. Coſtn.*, *& Molina* tanquam Hyſpanicis auctoribus in contrarium adfert, cùm ſingulæ Provinciæ ſuas proprias conſtitutiones habeant, quarum tenor potiùs quàm auctoritas DD. obſervandus eſt.

9 Oppones, quòd verba modò allegata: Weder mit dem Heyrats-Brieff noch jhres Manns Quittung / ꝛc. non de eo caſu intelligenda ſint, quando in ipſis pactis dotalibus ſive in inſtrumento dotali facta eſt confeſſio dotis receptæ, ſed tantùm de eo caſu, quando in pactis dotalibus dos ſimpliciter fuit conſtituta, & promiſſa. Reſpondeo, ſi articulus modò allegatus ita intelligendus eſſet, ſequeretur manifeſtè, quòd ſimplex confeſſio de dote illatâ, & receptâ poſt matrimonium facta etiam contra creditores plenam probationem faceret, quod tamen ex probatiſſimis auctoribus ad ſæpiùs allegatum *Articulum 12.* reprobavimus, cùm creditoribus contra mariti confeſſionem de dote recepta duplex exceptio competat, utpote facilitatis pro potiunda ſponſa, & ſimulationis pro defraudandis creditoribus. Prima exceptio competit contra confeſſionem in inſtrumento dotali contentam, altera contra ſeparatam apocham: Nihil igitur prodeſt geminatio, ubi ſingulæ ſpeciales confeſſiones per ſpeciales exceptiones eliduntur, putamus igitur, ſimpliciter verum eſſe, verba articuli noſtri ſic eſſe intelligenda, ut nec inſtrumentum dotale nec apocha ſeparata ex intervallo, & poſt matrimonium contractum data, nec diviſim nec conjunctim valeant, tametſi in utroque confeſſio receptæ dotis comprehendatur. Aliud eſt, ſi maritus poſt matrimonium contractum apocham de numeratione dotis datam biennij tempore elapſo iterum de novo repetat, tunc enim faciliùs admittere poſſemus, confeſſionem per geminationem actûs etiam contra creditores validam eſſe, ad ſimilitudinem eorum, quæ ſupra de geminata mulieris interceſſione pro extraneo, & de geminato ejus conſenſu ad alienandum fundum contrado-

talem

talem præstito diximus, sed, quia articulus noster hujus repetitæ, & geminatæ confessionis nullam mentionem facit, sed simpliciter requirit, ut maritus dotis illationem per duos testes exquisitissimè probet, vel ut ipsius apocha sit ab alio teste jus sigillandi habente subscripta, talem geminationem planè insufficientem esse judicamus, per rationem, quia maritus eadem facilitate, quâ pro defraudandis creditoribus primam apocham dat, posset illam centies repetere. Nec allegata exempla de intercessione mulieris, aut repetito ejus consensu ad alienandum fundum contradotalem, quidquam ad rem faciunt; per illam enim geminationem mulier sibi tantùm præjudicat: Si autem admitteremus validitatem geminationis in confessione mariti de recepta dote, id præjudicaret creditoribus, quod absurdum esse nemo non intelligit.

Idem judicium est de illa quæstione, an confessio mariti de recepta dote valida sit, quando simul exceptioni non numeratæ dotis renuntiavit, nam, cùm apocha mariti data post instrumentum dotale, etiam sine renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, pro uxore contra maritum, & hæredes ejus valida sit, frustranea quæstio est, an per renunciationem convalidetur: Si dicas, sermonem non esse de separata apocha post matrimonij contractum erecta, sed de ipso instrumento dotali, in quo maritus confitetur receptionem dotis, & simul renunciat exceptioni non factæ numerationis, & omnibus alijs juris beneficijs: Et Respondemus, hanc confessionem in pactis dotalibus contentam etiam cum renunciatione invalidam esse, quia præsumitur maritus eadem facilitate renunciationem fecisse, quâ confessionem fecit. Si autem quæstio non sit de uxore dotem repetente, sed de creditoribus solutionem dotis negantibus, tunc nec instrumentum dotale, nec separata apocha mariti confessionem dotis continens etiam accedente renunciatione quidquam valet, nisi apocha ab alio jus sigillandi habente simul subscripta, & subsignata sit, cùm articulus noster hoc pro validitate confessionis contra creditores pro substantia quasi, & validitate actûs requirat. Non tamen negamus, si Notarius in instrumento dotali cum testibus adhibitis assereret, se numerationi actuali interfuisse: Aut si in pactis dotalibus sine interventu notarij erectis soli testes subscripti, & subsignati solutionis attestationem facerent, dubium esse non posse, quin dotis illatio sufficienter probata esset, non quidem propter confessionem mariti, sed propter Notarij, & testium auctoritatem, & fidem. 10

Imò ampliùs dicimus, si confessio mariti de receptione dotis, facta cum renunciatione exceptionis non numeratæ pecuniæ, esset jurata, quòd nihilominùs contra creditores sufficientem probationem non faceret, ut demonstravimus **in dem Gandt-Proceß** / *Tit. 2. Art. 12.* Quidquid alij in contrarium dicant. Vid. *D. Gail. lib. 2. obs. 81. n. 9.* Licèt enim juramentum servari debeat, quotiescúnque sine dispendio salutis æternæ servari potest, hoc tamen tantùm obtinet, quando agitur inter uxorem, & inter maritum, aut hæredes ejus: Si enim simplex confessio in separata apocha post contractum matrimonium facta pro uxore contra maritum, hæredésque ejus valida est, multò magìs valida erit cum juramento. Inquies, quæstionem esse de confessione receptæ dotis in ipso instrumento dotali cum juramento asserta, anné contra mulierem dotem repetentem maritus nihilominùs exceptionem non numeratæ dotis opponere possit? Et Respondemus, quòd non: Cùm confessio jurata non censeatur fieri ex facilitate, sed deliberato animo, ut proinde juramentum, sicut excludit causam hujus exceptionis, ita etiam ipsam exceptionem penitus elidat. *Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 439. n. 8.* 11

Aliud est dicendum, quando res agitur cum creditoribus suum repetentibus, quibus mariti jurata confessio in suum, uxoris, & liberorum commodum, 12

modum, favorem, & utilitatem facta præjudicare non potest, rectè igitur dicendum est, juramentum à jurante servandum esse in proprium præjudicium, contra uxorem, non verò in sui commodum contra creditores: Iniquissimum enim esset, si propter dotis juratam confessionem creditores in Processu Edictali mulieri cedere deberent, quæ fortè marito nec obulum attulit. Vid. quæ diximus ad sæpiùs alleg: *Art. 12. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß.

13 Quæres, cùm articulus modò citatus præter apocham mariti separatam ad plenam probationem contra creditores adhuc alterius contestis subscriptionem, & sigillationem requirat, an ea per alias præsumptiones suppleri possit, V. G. præsumptiones, & indicia urgentia? Et videtur dicendum, prout jam priùs monuimus, consigillatoris officium per præsumptiones, & indicia suppleri non posse, cùm quasi de substantia, & solennitate in hoc actu introducta sit, ita ut per æquipollens suppleri non possit, quia tamen articulus probationem receptæ dotis per duos testes admittit, & insuper expressè disponit, ut cum apocha mariti unius testis capacis accessio receptionem dotis plenè probet, non ambigimus, quin defectus testis per alia adminicula urgentia, & efficacia suppleri possit, prout in Summario Processu *ad Tit. 7. Art. 19.* fusiùs deduximus, semiplenam probationem, quæ per unum testem omni exceptione majorem fit, etiam alijs modis per indicia, conjecturas, & præsumptiones perfici posse. *D. Balthasar. loc. cit.* putat, sufficere, si probari possit, maritum partem dotis recepisse, tunc enim ipsius confessio de dote recepta præsumptionem inducit, quòd totam receperit, cùm regulariter particularis solutio in consequentiam universalem importet, de quo tamen nos in confessione dotis receptæ contra creditores subsistimus, cùm maritus studio possit partem confessæ dotis recipere, ut per receptionis probationem creditores in reliquo defraudaret: Et hinc diximus, urgentia, & efficacia indicia, conjecturas, & præsumptiones requiri, quæ suppleant auctoritatem consigillatoris, vel alterius testis omni exceptione majoris. Certè receptionem partis, quæ æquè simulatè fieri potest, ac confessio de receptione totius, apud me tantam auctoritatem non habet, ut creditoribus jus suum abrogare, & intervertere possit.

14 Diximus marito, qui juratam confessionem de receptione dotis fecit, non competere exceptionem non numeratæ dotis contra uxorem, sed quid si paratus sit, probare testibus, quòd revera dotem non receperit, sed tantùm simulatè juraverit, estné ad probationem admittendus? Et benè dicit D. Balthasar, maritum quidem audiendum, sed propter periurium egregiè puniendũ esse, prout etiam simplicem apocham suam, in qua dotis receptionem confessus est, intra 30. annos condicere potest, si negativam, dotem realiter non fuisse numeratam, testibus probare velit.

15 Quid si autem maritus confessionem de recepta dote donandi animo fecerit, & hoc ex apocha constante matrimonio data probari possit, anné ipsi nihilominùs competit exceptio non numeratæ dotis? Et Respondemus, quòd illâ opus non habeat, cùm donationes inter virum, & uxorem constante matrimonio factæ invalidæ sint: Si autem maritus apocham, & confessionem suam donandi animo factam non revocaverit, morte confirmatur, ita ut hæredibus ejus exceptio non numeratæ dotis ampliùs non competat, cùm mulier illam jure donationis morte mariti confirmatæ excludere possit.

Ultimò denique hæc omnia, quæ de exceptione non numeratæ dotis dicta sunt, non solùm locum habent, quando matrimonium morte solutum est, sed etiam, quando solvitur ex alia causa, de quibus *Artic. 5. & 6. hoc Tit.* diximus, quò Lectorem remittimus.

Deß II. Tituls

Von Gebrauch vnd Freyheit der Morgen-Gaab.

Ersten Articul.

WEr seiner Haußfrauen ein Morgengab geben will / hat er ligend Guet / so soll er jhr zaigen / warauff Sie die haben soll. Beschehe es aber nit / sonderen er verwise jhr die Morgengab auff allen seinen Güteren in gemain / gegenwärtigen vnd künfftigen / sollen dieselben samentlich der Frauen / von dem Ehelichen Beylåger an / verpfåndt seyn / so lang vnnd vil er jhr die Morgengab mit jhrem guten Willen vnnd Gefallen / auff einem gewissen Guet oder Stuck versichert / alsdann seynd andere seine Güter / der Morgengab halben wider frey. Wåre aber der Frauen ein sonderbares Guet zur Morgengab aigenthumblich übergeben / vnd dieselbe nit nur darauff verschriben worden / so hat sie auf deß Manns Absterben solch Guet hindan zunemmen / vnnd als jhr aigen Guet / doch den ålteren Glaubigern die von Rechts wegen den Vorgang haben / ohne Schaden / jnhåndig zubehalten. Beschehe jhr aber daran Bruch / soll sie den Abgang bey anderen jhres Manns Güteren / wie recht ist / zesuchen haben.

SUMMARIA.

1. *Quid sit morgengeba?*
2. *Quot modis possit constitui?*
3. *Quid si fuerit constituta in re certa, an impediat alienationem?*
4. *Quid si fuerit in genere tantùm constituta?*
5. *An uxor pro morgengeba tacitam hypothecam habeat?*
6. & 7. *A quo die hypotheca incipiat?*
8. *Quid si res pro morgengeba fuerit proprietariè assignata?*
9. & 10. *An morgengebâ in re certa constitutâ extinguatur jus tacitæ hypothecæ?*
11. *Quid de morgengeba viduæ dicendum?*
12. *An determinatio morgengebæ primùm post matrimonium consumatum fieri debeat?*
13. *An Sponsus minor rem immobilem in morgengebam dare possit?*

IUs morgenaticæ ex antiquissimis juribus Patriæ nostræ est, cùm in primo libello statutorum Provincialium, qui solùm 28. capitibus constabat, integrum caput de morgengeba contineatur. Quid autem morgengeba sit, jam supra *ad Art. 1. Tit. 1. Quæst. 5.* dictum est, quòd sit donum matutinum à marito in compensationem virginitatis sponsæ suæ post conjugalis thori primum consensum dari solitum. Potest autem morgengeba constitui, vel in re certa mobili, aut immobili, vel in quantitate pecuniæ, quam maritus generaliter in omnibus bonis suis, vel in re certa, & specifica designat, & assecurat. Secundùm constitutionem hujus articuli magìs approbatur constitutio morgengebæ in re certa, & immobili, ubi articulus noster utitur verbis, hat er ligendt Guet / so soll er jhr zaigen / warauff sie die (id est, Morgengab) haben soll: Imò in antiquissimo libello statutorum Bavaricorum statim in *1.* §. *cap. 12.* expresè prohibitum fuit, ne constitutio 1 2

morgengebæ fiat in omnibus bonis mariti, ſed tantùm in certa quadam re,
3 quæ debuit pro morgengeba ſpecificè deſignari: Et hinc in *Artic. 9. præced. Tit.* diſponitur, quòd, ſicut maritus de bonis ſuis nihil alienare poteſt, quando uxori pro dote, & contradote in genere ſunt obligata, ita etiam conſtitutio morgengebæ generaliter tantùm in bonis mariti aſſecurata impediat bonorum mariti alienationem, ut proinde utrique parti magìs conſultum ſit, deſignationem morgenaticæ fieri in re certa, & ſpecifica, quàm tantùm generaliter in omnibus bonis mariti. Marito propterea; Ut facta aſſecuratione morgengebæ in certis, & ſpecificis bonis, de reliquis bonis morgenaticâ non affectis liberam diſponendi poteſtatem habeat, expreſsè enim dicit articulus, quòd, aſſecuratione morgengebæ in certo bono, ſive prædio facta, cœtera mariti bona ratione morgengebæ, iterum libera ſint, uxori autem propterea magìs conſultum eſt, ut eò minùs per alienationem jure
4 ſuo defraudari poſſit, imò, ſi maritus incipit facultatibus labi, vel ex prodigalitate ſua, vel ex infortunio, poteſt uxor juxta *Art. 8. præced. Tit.* expreſsè petere, ut ſibi morgengeba, pro qua mariti bona in genere tantùm obligata ſunt, aſſecuretur in re certa, & ſpecifica, ut eò faciliùs ſarta tecta conſervare, & jus ſuum in ſalvo habere poſſit. Qui articulus, licèt tantùm loquatur de dote, & contradote, longè fortiori tamen jure de morgengeba intelligi poteſt, cùm aliàs regulariter uxori pro dote, & contradote conſtante matrimonio repetenda actio non detur, quam tamen uxor pro morgengeba habet, cùm illam ſolo nocturno concubitu pro pretio virginitatis lucretur. Aliqua tamen circa morgengebæ conſtitutionem ex hoc articulo advertenda ſunt.

5 Primum eſt, quòd uxor pro morgengeba in bonis mariti generaliter obligatis tacitam hypothecam habeat, de quo jam diximus *ad Art. 11. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß: Sine tamen prælatione ante alios creditores anteriorem hypothecam ſive tacitam, ſive expreſſam habentes.

6 Secundum eſt, quòd iſta hypotheca tacita non incipiat à die contracti matrimonij, cùm matrimonium etiam inter abſentes, imò & inter impuberes contrahi poſſit, ſed à tempore primi concubitûs, von dem Ehelichen Beylager an: Ratio eſt, quia morgengeba conſtituitur pro prœmio virginitatis, ſicut igitur ejus obligatio non naſcitur ante conjugalis thori conſcenſionem, ita nec oritur jus tacitæ hypothecæ huic obligationi annexum.

7 Ex quo ſequitur, ſi poſt matrimonium ratum ſponſa ſecundùm *Cap. ex publico. x. de converſ. conjug.* impetret ſpatium bimeſtre, vel aliud quodcunque deliberandi de ingreſſu religionis, & propterea concubitum, ſive conſumationem matrimonij differat, quòd ei nulla debeatur morgenatica, ſi deliberatione finita religionem ingreſſa fuerit: Si autem poſt deliberationem in matrimonio perſtitit, quòd obligatio morgenaticæ primùm à die conſumationis matrimonij incipiat, &, ſi tempore deliberationis moreretur, hæredibus illius prorsùs nihil juris ad perſequendam morgenaticam competeret.

Tertium eſt, quòd maritus, qui ſemel morgengebam generaliter in omnibus bonis ſuis aſſecuravit, invita uxore reſilire, & aſſignationem in re certa, & ſpecifica facere non poſſit: Ratio eſt clara, quia uxor à tempore primi concubitus generalem hypothecam in omnibus mariti bonis acquiſivit, quæ eidem ſine ſua voluntate aufferri, aut immutari non poteſt: Deinde jam ſupra diximus, quòd pacta dotalia quoad morgengebam valeant in vim pacti, pacta autem, & conventa inter vivos altera parte invita tolli non poſſunt: Hinc articulus dicit, So lang / vnnd vil er jhr die Morgen-Gaab nit mit jhrem gueten Willen / vnnd Gefallen auff einem gewiſen Guet / oder Stuck verſicheret / ergò à contrario ſenſu ſequitur, quòd aſ-

ſecuratio in certo bono abſque uxoris bona voluntate, & beneplacito fieri non poſſit.

Advertendum eſt quartò, quòd, ſi ſtatim ab initio in pactis dotalibus dos conſtituatur ſuper re certa, ſpecifica, & determinata, diſtinguendum ſit, an illa res uxori pro dote proprietariè data, & aſſignata ſit, vel an illa res ſpecifica, & determinata ſecuritatis tantùm causâ in pactum, & ſtipulationem venerit: In primo caſu uxor domina effecta rem illam morgenaticam, ut propriam recipere poteſt, neque poſt mortem mariti in Proceſſu Edictali in concurſum creditorum, & generalem diſcuſſionem obligata eſt, ut jam ſupra in Proceſſu Edictali ad *dict. Artic. 11. Tit. 2.* diximus. Niſi, ut præſens articulus dicit, creditores ſint, qui in re morgenatica antiquius jus hypothecæ habent, doch den älteren Glaubigeren die von Rechts wegen den Vorgang haben / ohne Schaden: Et hoc intelligendum eſt de hypothecarijs ſive expreſſam, ſive tacitam anteriorem hypothecam habentibus, quia morgenatica privilegium prælationis non habet, ergò mulier in re tali morgenatica illis cedere debet. Nec quidquam obſtat, quòd maritus eidem proprietatem rei morgenaticæ aſſignaverit, quoniam maritus creditoribus antiquius jus habentibus per talem aſſignationem præjudicare non potuit. 8

Advertendum tamen eſt quintò, magnum dubium eſſe poſſe, an morgengebâ in re certa conſtitutâ extinguatur hypotheca tacita, & legalis, quam præſens, & *Art. 11. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / generaliter in omnibus bonis mariti præſentibus, & futuris uxori pro morgenatica tribuit? Et videtur dicendum, quòd ſic, quia articulus claris verbis dicit, quòd, aſſecuratione in re certa, & determinata cum uxoris bona voluntate, & beneplacito facta, alia bona mariti ratione morgengebæ iterum libera ſint, alsdann seynd andere seine Güter der Morgengab halber wider frey. Ad quod meliùs declarandum, ſciendum eſt, quòd morgengeba, quæ conſtituitur generaliter in bonis mariti, V. G. dicendo, uxori meæ ex omnibus bonis meis pro morgenatica trecentos philipæos aſſigno, conſequatur duplex privilegium, primum tacitæ, ſive legalis hypothecæ à die primi concubitus in omnibus bonis mariti, ſecundum privilegium eſt, ut maritus in præjudicium uxoris nihil de bonis pro morgenatica generaliter obligatis ſine præſcitu, & conſenſu uxoris alienare poſſit, ita ut alienatio ſit ipſo jure nulla, ut de dote, & donatione propter nuptias plenè exſplicavimus *ad Art. 8. Tit. præced.* Si igitur præſupponas, aſſignationem morgenaticæ priùs ex omnibus bonis mariti factam cum bona voluntate, & beneplacito uxoris mutatam, & aſſecurationem ejus in re certa, & ſpecifica conſtitutam eſſe, tunc morgengeba amittit quidem ſecundum privilegium, & marito libera poteſtas conceditur, de reliquis bonis ſuis pro libitu diſponendi, manet tamen nihilominùs morgenaticæ alterum ſive primum privilegium tacitæ, ſive legalis hypothecæ, ita, ut ſi res illa particularis, & certa, quæ pro morgengebæ aſſecuratione data eſt, caſu fortuito pereat, uxor morgenaticam jure hypothecæ legalis in alijs bonis mariti perſequi poſsit, & ita interpretati ſumus allegatum *Art. 9. præced. Tit.* & tenorem hujus noſtri articuli ſimiliter interpretamur ex mente D. Rath præceptoris quondam mei ſubtiliſsimi; Quod etiam ipſa verba finalia hujus noſtri articuli clarè confirmare videntur in verbis, beſchehe jhr aber daran Bruch / ſoll ſie den Abgang bey anderen jhres Mañs Güteren zuſuechen haben / id eſt, ſi uxor morgengebam ſibi aſsignatam ex re illa certa, & particulari, quæ aſſecurationis causâ conſtituta eſt, conſequi non poſsit, puta, ſi res illa à creditoribus antiquioribus evicta fuerit, aut perierit, quòd defectum in alijs mariti bonis prætendere poſſit. 9

10 Dices, hoc tantùm intelligendum esse de bonis, quæ adhuc apud maritum extant, & non quæ ab eodem post datam assecurationem in re certa, alienata sunt: Respondemus, si hypotheca legalis post assignationem in re certa mansit adhuc in bonis à marito non alienatis, ergò etiam remansit in alienatis, cùm nulla ratio differentiæ dari possit, ita ut in uxoris libertate sit, utrùm morgenaticam suam in rebus adhuc penes maritum existentibus, vel alienatis persequi velit, cùm hæc sit natura actionis hypothecariæ, ut contra quemlibet possessorem rerum hypothecatarum in solidum detur, prout ista omnia *loc. cit.* fusiùs deduximus.

An etiam viduæ debeatur morgengeba, & an illa, ubi ex consuetudine viduis dari solita est, habeat privilegia veræ morgengebæ, de quibus in hoc articulo diximus, jam satìs deduximus *ad Art. 1. præced. Tit. Quæst. 6.* quò Lectorem remittimus.

11 Sed hîc addendo quæritur, si ex consuetudine hujus, vel alterius loci debeatur etiam viduis morgenatica, & quidem cum privilegio hypothecæ, an obligatio, prout *ad Art. 11. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / ratione dotis, & contradotis diximus, incipiat à die nuptiarum, vel primùm à tempore concubitûs: Ratio dubitandi est, quòd in hoc articulo expressè determinetur, obligatoriam hypothecam morgengebæ pro prœmio virginitatis primùm incipere à die concubitûs, cùm autem vidua prœmium virginitatis petere non possit, quia virginitatem marito non adfert, ergò potiùs videtur morgenatica viduæ simul cum dote, & contradote suam obligationem inchoare à die nuptiarum sive desponsationis, præsertim cùm morgenatica viduæ in locis, ubi in usu est, vocetur, ein Verfrauen / quasi dicas, prœmium desponsationis, ut ita obligationis initium sumere videatur à die desponsationis. Sed hoc non attento, putamus, hujus obligationis originem esse à primo concubitu in prœmium communicatæ pudicitiæ vidualis, si ergò vidua ante concubitum præmoriatur, aut religionem ingrediatur, ipsa mulier, vel ejus hæredes jus petendæ morgenaticæ non habent.

Qualis determinatio morgenaticæ fieri debeat, si in pactis dotalibus nihil desuper conventum fuerit, similiter diximus *loc. cit. quæst. 4.*

12 Ultimò quæritur, an primùm post erectum instrumentum dotale, & matrimonium consummatum determinatio morgengebæ fieri possit? Ratio dubitandi est, quia constitutio morgengebæ donatio est, vocatur enim donum, sive donatio matutina, donatio autem inter conjuges constante matrimonio fieri non potest: Et Respondemus, cùm ipsa pacta dotalia ex integro matrimonio constante fieri non prohibeantur, multò minùs prohiberi debet constitutio morgenaticæ tanquam pars pactorum dotalium. Nec obstat donationis inter conjuges prohibitio, nam id intelligendum est de donatione voluntaria, non necessaria. Adeò autem morgenaticæ constitutio necessitatis est, ut si in pactis dotalibus intermittatur, debeat à Judice suppleri, ergò multò magìs suppleri potest ab ipso marito.

13 Hoc autem notandum est, tametsi dixerimus, vigore hujus articuli morgengebam posse constitui in re immobili, vel mobili, vel in certa quantitate pecuniæ, quòd tamen, si sponsus adhuc minor sit, rem immobilem sine decreto judicis in morgengebam dare non possit: Ratio est, quia bona minorum immobilia sine decreto judicis alienari non possunt, *l. lex quæ. Cod. de administ. tut. l. prædia. Cod. de præd. min.* prout supra ad *Art. 16. Tit. 1.* de uxore minorenni diximus, quòd marito ad alienandam rem immobilem sine decreto judiciali consensum præstare nequeat.

Der Andere Articul.

Es mag kein Mann auff seinem Lehen / seinem Weib Morgengab geben / ohne seines Lehen-Herrn Willen / doch wo es Beutel-Lehen wären / soll es der Herr nit waigeren.

SUMMARIA.

1. An morgengeba in feudis constitui possit?
2. An hæredes uxoris saltem in fructibus feudi pro morgengeba actionem habeant?
3. Quid si maritus mortuus fuerit, an uxor in fructibus actionem habeat?
4. & 5. Quid dicendum in feudis bursatitis?
6. An tacita hypotheca mulieris in feudis bursaticis locum habeat?

VNica quæstio proponitur in hoc articulo, an maritus uxori suæ morgengebam in feudis constituere possit? Et distinguit articulus inter feuda recta, & feuda bursatica, die Beuttel-Lehen. In feudis rectis constitutio morgengebæ sine consensu domini facta inutilis est, in feudis autem bursaticis debet quidem consensus domini requiri, sed dominus eum recusare non potest, concordat antiquum Jus Bavaricum *dict. cap. 12. §. 2.* Ubi dicitur, Es mag kein Mann auff seinen Lehen seinem Weib Morgengab geben / ohn seines Lehen-Herrn Hand: Ratio est, quia morgengebæ datio est vera alienatio, maximè quando in re certa fit, quæ mulieri proprietariè assignatur, omnis autem alienatio in feudis sine consensu domini prohibita est, *Art. 3. & 4. Tit. 11.* & *Art. 3. Tit. 12.* der Land-Recht / quòd autem statutorum antiquorum dispositio hanc ipsam distinctionem inter feuda recta, & bursatica agnoscant, apparet ex §. *7. dict. cap. 12.* Ubi disponitur, wann deß Lehen-Herrn Hand säummig / ut Princeps terræ illud sua manu, & suis litteris supplere debeat, so soll er es thuen mit deß Land-Herrn Hand / und Brieff / quæ verba utique intelligi debent de feudis tantùm bursaticis, in quibus dominus feudi sine rationabili causa consensum suum ad constitutionem morgengebæ denegare non potest, aut Dominus territorialis supplere debet. 1

Sed quæstio est, si maritus uxori contra prohibitionem juris sine consensu Domini feudalis morgengebam in bonis feudalibus constituerit, & uxor præmoriatur, an saltem hæredibus uxoris in fructibus feudi pro morgengeba actio competat? Et Respondemus cum distinctione, vel enim ipse fundus feudalis uxori proprietariè in morgengebam constitutus est, & tunc constitutio ipso jure est nulla, imò feudum fit caducum, & ad dominum revertitur, ita ut nec uxor, nec maritus quidquam in illo prætendere possint, si autem fundus feudalis tantùm mulieri pro securitate dotis assignatus est, tunc utique hæredes uxoris in fructibus feudi pro consequenda quantitate assignata morgengebæ persecutionem habent, per rationem, quia fructus feudi feudales non sunt, sed ipsius vasalli proprij. Vid: ea, quæ diximus ad *Art. 4. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß. Ubi hanc materiam latè discussimus. 2

Quando autem maritus præmoritur, & non ipse fundus feudalis in morgengebam datus est, sed tantùm securitatis causâ pro morgengeba assignatus, uxori in fructibus ejus nulla actio competit: Ratio est, quia extincto jure datoris, extinguitur etiam jus acceptatoris, nec sufficit, si mulier habuerit pro assecuratione morgengebæ consensum Domini feudalis, quia talis consensus proximis agnatis successoribus in feudo præjudicare non potest. 3

teſt. Neceſſarium igitur eſt, ut, ſi quis uxori ſuæ in bonis feudalibus ratione morgengebæ firmam aſſecurationem conſtituere velit, habeat non ſolùm ipſius domini, verùm etiam ipſorum agnatorum conſenſum, *cap. 1. de prohib. alien. feud. per Frider. in uſib. feud. Gail. lib. 2. obſ. 157. n. 3.*

4 Hæc autem intelligenda tantummodò ſunt de feudo recto, & non de feudo burſatico, quamvìs enim nec illud ſine conſenſu Domini alienabile ſit, tamen pro omni debito in executionem deduci poteſt, juxta *prædict. Art. 4. Tit. 11.* deß Summariſchen Proceß. Ergò etiam pro debito conſtitutæ morgengebæ, prout omnia *loc. cit.* pleniùs exſplicavimus.

5 Quid ſi autem maritus nulla pacta dotalia erexerit, nec uxori ſuæ ullam morgenaticam conſtituerit, ſed in teſtamento ſuo ex feudis burſaticis pro morgengeba certam partem pecuniæ ſine conſenſu Domini feudi legaverit, anné feuda burſatica ratione talis legati in executionem deduci poſſunt? Ratio dubitandi videtur, quia de jure noſtro ſtatutario feuda burſatica per ultimam voluntatem in alios transferri non poſſunt, ſi expreſſus Domini feudalis conſenſus non acceſſerit, juxta *Artic. 4. Tit. 11.* der Land-Recht / ita ut in caſu omiſſi conſenſus Domini feudalis feudum burſaticum non quidem ad Dominum, ſed ad proximos hæredes vaſalli deveniat: Sed hoc non attento, putamus, morgengebam ex bono burſatico legatam omninò ſubſiſtere: Ratio eſt, quia morgengeba, tametſi non conſtituta fuerit, in obligatione eſt, ſicut ad *Artic. 1. Tit. 1.* diximus, omiſſa conſtitutione morgengebæ judicis officio incumbere, ut illam proprio motu determinet: Non accedit igitur uxori hoc legatum titulo gratuito, ſed oneroſo pro prœmio virginitatis tanquam debitum: Quid igitur prohibet, ejus executionem in feudis burſaticis fieri poſſe, inſtar aliorum debitorum, quæ à vaſallo ſine conſenſu Domini contracta ſunt?

6 Diximus hactenùs de ſimplici obligatione morgengebæ in feudo burſatico, Interim tamen alia, & difficilior quæſtio oritur, an ſimiliter tacita, & legalis hypotheca, quæ uxori ratione morgengebæ competit, locum habeat in feudis burſaticis, ſi fuerit ſine conſenſu Domini conſtituta? Hanc controverſiam exactè diſcuſſimus in *ſemicent. noſtra. 1. controv. 32* quò recurrendum eſt, & quia ibi concluſimus, hypothecam legalem in feudis burſaticis ſine Domini conſenſu locum habere, hinc ſequitur, tametſi Vaſallus, qui feudum burſaticum etiam alijs debitis oneravit, in executionem deduci poſſit, juxta priùs dicta, & fuſiùs deducta in *Art. 4. Tit. 11.* deß Summariſchen Proceß / quòd tamen mulier ratione morgengebæ illis omnibus præferatur: Ratio eſt, quia morgengeba tacitâ, & legali hypothecâ donata eſt, ſi autem Dominus ad contrahenda alia debita non conſenſit, tametſi perſonalis obligatio fuerit orta, nulla tamen orta eſt realis, ſive hypothecaria obligatio, tametſi Vaſallus ſua feuda burſatica centies oppignorâſſet. Si verò ponamus, ad aliorum quoque debitorum contractionem conſenſum acceſſiſſe, & à vaſallo oppignorationem factam eſſe, ſecundùm prioritatem temporis judicandum eſt, quia uxor ratione morgengebæ, ut jam ſæpiùs diximus, jus prælationis non habet.

Der Dritte Articul.

Es kan auch kein Frau ſich ihrer Morgengab verzeyhen / dann mit Brieffl icher Urkundt; Es hat auch ihres Haußwürths Inſigel an der Urkundt kein Krafft / es hangen dann andere Inſigel daran / Und wer ſolche Brieff von einer Frauen dermaſſen fürbringt / ſo ſoll ihr Widerred ferrer nit Krafft haben.

SUM-

SUMMARIA.

1. *An uxor morgengebæ renunciare possit?*
2. *An mariti sigillum, & subscriptio quoque requiratur?*
3. *Quot consigillatores requirantur?*
4. *Quid si nullus testis subscriptus sit, sed renunciatio per duos testes oretenus probari possit?*
5. *Quid dicendum de plebeis hominibus?*

IN hoc articulo statuitur, ut uxor morgengebæ renunciare non possit, nisi in scriptis, & adhibitis consigillatoribus, tametsi ad litteras renunciatorias uxoris etiam maritus suum sigillum appenderit: Desumptus est iste articulus ex antiquis statutis Bavaricis, *dict. cap. 12. §. 5.* Ubi dicitur, **wir haben auch erfunden vmb Morgengab / daß sich kein Frau jhrer Morgengab nit verzeyhen mag / dann mit Urkundt / mit Brieffen: Es hat auch jhres Würths Insigel an dem Urkundt kein Krafft / es hangen dann andere Insigel daran.** Hujus rei ratio est, ne uxor per blanditias mariti inconsideratè ad renunciandum inducatur: Et hæc est iterum differentia à Jure communi, quia ex dispositione Juris communis quilibet favori vel beneficio pro se introducto simplici voluntate, & verbo oris renunciare potest, *l. si quis. Cod. de pactis.* Sed rectè articulus addit, quòd appensio sigilli maritalis nihil ad rem faciat, cùm ipse in propria causa testis esse non possit, adeóque aliorum testium subscriptiones, & sigilla necessaria sint, ut constare possit, uxorem non ex facilitate quadam, & imprudentia, sed deliberato animo in renunciationem consensisse. Quot autem testes, & consigillatores requirantur, articulus non exprimit, & ideò dicendum, quòd in hoc actu renunciationis, sicut in alijs omnibus actibus inter vivos, duo, vel tres testes sufficiant, juxta commune axioma, quòd in ore duorum, vel trium stet omne verbum, & secundùm text: in *l. ubi numerus. ff. de testibus.* Generalis enim est regula, ubi numerus testium non exprimitur, quòd duo sufficiant.

Diff. 1 2

3 Dices, in sequenti articulo ad alienationem fundi morgenatici tantùm unus consigillator requiritur, ergò etiam unus sufficit ad renunciationem morgenaticæ, præsertim cùm articulus iste numerum non exprimat: Sed Respondemus, quòd in renunciatione versetur majus periculum mulieris, quàm in venditione, aut alienatione prædij morgenatici, renunciatio enim in mariti commodum fit, & ideò mulier præsumitur blanditijs inducta, hinc est, quòd appensio sigilli maritalis in renunciatione inutilis sit, in alienatione verò vigore sequentis articuli omninò necessaria: Deinde in renunciatione mulier totum jus suum prodigit, in alienatione verò pecuniam pro re recipit, &, si maritus pecuniam in suos usus consumat, uxori reliquum est, ut constitutionem morgengebæ in alia re mariti petere possit, manet igitur firmum, quòd ad minimum duo testes aut sigillatores adhibere necesse sit: Vid. *dicta ad Art. seq.*

4 Sed quæstio est, an de necessitate, & solennitate hujus actus sit, ut testes instrumento mulieris simul subscripserint, sigillaverint, vel an mulieris instrumentum separatum valeat, si per duos testes renunciatio mulieris deliberato animo, & in præsentia testium facta esse, probari possit? Respondemus, id satis dubium esse, juxta verba, **es hangen dann andere Insigel daran /** quæ videntur requirere consigillationem instrumenti mulieris: Verùm, quia judicamus, hanc consigillationem tantùm probationis causâ requiri, probatio autem per viva testimonia æquiparetur instrumentali, ideò vix dubitare possumus, renunciationem mulieris in scriptis factam efficacem esse, si vivis testimonijs duorum testium sine inductione, plena, & deliberata voluntate facta esse probari possit.

Quid

5 Quid autem dicendum de plebeis hominibus, qui erectionem instrumentorum non habent, nec ea subscribere, aut sigillare possunt? Respondemus juxta ea, quæ de dotis, contradotis, & morgengebæ constitutione dicta sunt, quòd renunciatio fieri debeat judicialiter, cùm unumquódque eo modo solvatur, quo ligatum est, & hinc, licèt articulus expresse requirat, ut renunciatio ab uxore fiat in scriptis, & instrumentaliter, omninò tamen certum existimamus, si summa morgenaticæ non excedat quinquaginta florenos, quòd sufficiat, eam protocollo inseri, plùs enim est debitum contrahere, quàm dissolvere, atqui obligatio morgenaticæ quinquaginta florenos non excedens valet, si protocollo inserta fuerit, ergo etiam hujus obligationis dissolutio, & renunciatio: Oportet enim leges legibus concordare.

Der Vierdte Articul.

Wo ein Mann ein Guet verkauffen oder versetzen will / darauff sein Haußfrau jhr Morgengab hat / deß soll Er nit Macht haben / dann mit seiner Haußfrauen Wissen vnnd gutem Willen / vnnd daß sie neben jhrem Ehe-Würth / einen anderen der in frembden Sachen zefertigen befuegt / vmb das Insigel bitte / wie recht ist. Wo aber solches dermassen nit beschicht / so soll der Kauff der Frauen ohne Schaden seyn. Hätte aber der Mann solches Guet ohne seiner Haußfrauen Willen / vnd gehörter Mitfertigung verkaufft / doch sie dessen Wissen gehabt / vnd es in Jahr vnd Tag nit geandet / soll der Kauff kräfftig seyn / doch der Frauen bevorstehen / von dem Mann zu begehren / daß er jhr auff einem anderen Stuck die Morgengab verweise / welches er auch zuthun schuldig ist.

SUMMARIA.

1. *An maritus jus habeat alienandi fundum, aut aliam rem quamcúnque morgenaticâ affectam?*
2. *Quid si morgengeba in re certa sit constituta, an marito adimat potestatem?*
3. *Quid si morgengeba priùs in omnibus bonis obligata transferatur postmodùm in rem certam?*
4. *An præstatio consensûs in scriptis fieri debeat?*
5. & 6. *Quid si maritus rem pro morgenatica obligatam sine consensu uxoris alienaverit, & uxor per annale spatium tacuerit, an hic annus currat à tempore scientiæ?*
7. *Cur marito detur tempus quinquenij, & uxori unius solùm anni?*
8. *An pro præstando consensu uxoris requiratur consigillator pro solennitate, vel tantùm pro probatione?*
9. *An mulieris consensus tacitus sufficiat?*
10. *Quid si uxor ad alienandam rem morgenaticam consensum suum repetitis vicibus dederit?*
11. *An ad alienandam contradotem mulieris in scriptis consensus requiratur?*
12. *Quomodò dos, contrados, & morgengeba alienabiles sint?*
13. *Re morgenali alienata tenetur maritus aliam substituere?*
14. *Quid si autem maritus nihil aliud ampliùs habeat?*

PRiùs dictum est, quomodò uxor morgengebæ renunciare possit, nunc in hoc articulo statuitur, quomodò res morgenatica alienari possit, circa quam dispositionem aliqua notanda sunt.

Pri-

Primum eſt, quòd Regula ſit Generalis, marito jus alienandi fundum, aut rem quamcúnque morgenaticâ affectam ſine conſenſu, aut voluntate uxoris non competere: In Verbis, deß soll Er nit Macht haben. Eſt igitur talis alienatio nulla, ut ſupra jam declaravimus, quia adimit marito poteſtatem alienationis. 1

Et quamvìs ſecundò, *Artic. 4. Tit. 45.* in der Reformation, & §. *6. Cap. 12.* in dem alten Land-Recht-Buech / tantùm loquantur de prohibita venditione, idem tamen dicendum eſt de quavis alia ſpecie alienationis, cùm eadem ſubſit cauſa prohibitionis.

Quin imò tertiò, articulus noſter hoc etiam ad oppignorationem extendit, cùm oppignoratio quoque ſpecies alienationis ſit.

Ulteriùs quartò, tametſi fundus proprietariè in dotem datus adhuc magìs inalienabilis ſit, quàm ſi dos in fundo tantùm conſtituta, & aſſecurata fuit, per rationem, quia in caſu proprietariæ traditionis uxor dominium conſequitur, in caſu verò aſſecurationis dominium tanquam radix liberæ poteſtatis ad alienandum apud maritum manet, nihilominùs tamen marito etiam in tali bono, quod ſolùm onere hypothecæ, & aſſecurationis pro morgengeba affectum eſt, ſine uxoris præſcitu, & bona voluntate alienandi poteſtas non competit: Probat hoc manifeſtè articulus noſter, quia non loquitur de bono proprietariè in dotem dato, ſed de bono, ſuper quo morgengeba conſtituta eſt, darauff sein Haußfrau die Morgengab hat: Et in antiquo libello, vnnd ein Frau ihr Morgengab darauff hat / cùm hæc verba ſolam conſtitutionem, & aſſecurationem morgengebæ per modum crediti importent, & non actualem rei proprietariè in morgengebam datæ translationem.

Ex quo ſequitur quintò, ſi morgengeba non in re certa, & ſpecifica, ſed in omnibus mariti bonis conſtituta, & aſſecurata fuit (prout vigore primi articuli hodie, ſecus ac de jure antiquo, fieri poteſt) quòd marito poteſtas adempta ſit, de omnibus bonis ſuis aliquid alienandi: Ratio eſt, quia, ſi ſpecialis hypothecatio adimit marito poteſtatem, rem ſpecialem alienandi, ergò etiam generalis hypothecatio eidem licentiam alienationis omnium bonorum adimere debet, cùm generali hypothecationi eadem vis obligandi inſit, quàm ſpeciali. Vid. quæ diximus, ad *Art. 9.* de dote, & contradote, quæ, ſi in omnibus bonis mariti aſſecuratæ ſunt, marito manus ligant, ut nihil de bonis ſuis mobilibus, & immobilibus ſine permiſſu, & voluntate uxoris alienare, pro annua penſione obligare, vel hypothecare poſſit, quod ſimiliter in morgengeba locum habere, demonſtrat articulus noſter, & maximè *Art. 1. hujus Tit.* Ubi dicitur, quòd, ſi maritus morgengebam in omnibus ſuis bonis aſſecuratam poſtmodùm cum bona voluntate uxoris transferat in rem certam, & ſpecialem, reliqua ipſius bona iterum à morgenatica fiant libera, ergò priùs pro morgengeba ita fuerunt obligata, ut marito in omnibus bonis ſuis nullum jus alienandi competeret: Sed, quia in *cit. Art. 9.* quædam exceptiones comprehenduntur, nullum dubium eſt, quin etiam in morgengeba locum inveniant, cùm utique cauſa dotis, & cauſa contradotis cauſâ morgenaticæ favorabiliores ſint. 2 3

Sextò notandum eſt, præſtationem conſenſûs ad alienandum ſimiliter in ſcriptis faciendam eſſe, ſicut in præcedente articulo diximus de renunciatione: Ratio eſt, quia articulus dicit, quòd uxor pro conſigillatione alium rogare debeat, qui jus ſigillandi in re aliena habet, ergò præſupponit articulus, etiam uxoris inſtrumentum, & ſigillationem requiri, quod clarius affirmat *Art. 4. Tit. 45.* der Reformation, ubi dicit, quòd in alienatione rei morgenaticâ affectæ uxor præter maritum etiam alium pro ſigillo rogare debeat cum addito, wie im negsten Articul gesetzt ist / atqui in proximo articulo præſupponitur inſtrumentalis, & in ſcriptis facta renunciatio 4

uxoris, & quidem tanquam principale, & ſubſtantiale requiſitum, conſigillatio verò tanquam accidentale, ergò idem de alienatione hac in parte dicendum eſt, quod dictum eſt in priori articulo de renunciatione.

5 Si tamen ſeptimò maritus rem pro morgenatica obligatam etiam ſine uxoris præſcitu, & conſenſu alienaverit, uxori incumbit, ut alienationi mariti intra annum, & diem contradicat, & rem alienatam repetat, non quidem per modum annalis præſcriptionis, id eſt, ut is, in quem res morgenatica alienata eſt, ſe jure præſcriptionis defendere poſſit, ſed, quia uxor per integrum anni ſpatium tacendô, præſumitur, in alienationem conſenſiſſe, juxta ea, quæ diximus ad *Art. 16. Tit. præced. Limit. 8.*

6 Sed octavò notandum, quòd hæc taciturnitas computanda ſit primùm à tempore ſcientiæ, quo mulieri innotuit, rem morgenaticâ affectam à marito alienatam fuiſſe, in verbis articuli, **doch ſie deſſen Wiſſen gehabt /** quomodò enim præſumptio conſensûs fieri poteſt, niſi à die ſcientiæ?

7 Quæres nonò, quare in *cit. Art. 16. Tit. præced.* marito à tempore ſcientiæ concedatur integrum quinquennium, ut contravenire poſſit alienationibus uxoris, quas maritô inſciô fecit in rebus ſuis, id eſt uxoris proprijs; & tamen uxori tantùm præfigatur annus, & dies à tempore notitiæ ad contraveniendum alienationi rei . nere morgenaticæ affectæ, cùm tamen uxoribus, tanquam perſonis imbecillibus, videatur majus tempus indulgendum eſſe? Certè fatemur, nos hujus rei vix dare poſſe rationem, multa enim legibus conſtituta ſunt, quorum rationem aliam dare non poſſumus, quàm legislatoris voluntatem. Fortè tamen id propterea factum eſt, quia mulieres plerúmque aſtutiores ſunt, quàm mariti, ita ut actiones ſuas meliùs tegere, & celare poſſint, vel certè, quia in alienatione rerum ad mulierem pertinentium majus verſatur præjudicium viri, quàm uxoris in alienatione rei morgenaticâ affectæ, quia morgenatica plerúmque eſt modici pretij, & tertiam partem dotis non excedens: Deinde uxor poſt alienationem rei morgenaticæ poteſt ſe indemnem ſervare, ſi juxta articulum noſtrum petat, ut maritus ſibi morgengebam in alia re aſſignet, & vitium alienationis reſarciat: Denique uxori alienationis revocatio ſolùm conceditur tanquam creditrici, marito autem jure poteſtatis maritalis, quod videtur potius eſſe, quàm jus crediti.

8 Decimò, hîc iterum quæri poteſt, an pro præſtando conſenſu uxoris conſigillatoris acceſſus requiratur pro neceſſitate, & ſolennitate, vel tantùm locò probationis ad excludendam ſuſpicionem de mulieris fragilitate, & imprudentia, vel inductionis, aut circumventionis? *D. Balthaſar. reſolut. 4. ad hunc Tit.* conſigillatoris officium pro ſubſtantia requirit, nos in præcedenti articulo de renunciatione contrarium ſuſtinuimus, per rationem, quòd probatio, omnia ab uxore bona fide, & deliberato animo cum prudentia, & circumſpectione, atque ſine omni inductione, aut circumventione facta eſſe, æquè fieri poſſit per teſtes ſeparatos, ac per conſigillatores uxoris, ſi tamen, benevole Lector, contrariam ſententiam amplectaris, tibi non adverſabor, cùm in præcedenti articulo jam dixerim, hanc quæſtionem
9 valdè dubiam eſſe: Sed dicat mihi D. Balthaſar, ſi conſigillatoris officium ad præſtationem conſensûs ab uxore in ſcriptis requiſiti de ſubſtantia eſt, cur ipſe multùm diſputat, an mulieris tacitus conſenſus ſufficiat, V. G. ſi præſens ſit, & non contradicat? Cùm ad tacitum conſenſum nec mulieris inſtrumentô opus ſit, nec conſigillatoris officium accedere poſſit: Deinde, ſi maritus rem morgenaticâ affectam nihilominùs alienaverit, & uxor à tempore ſcientiæ ad alienationem per integrum annum, & diem tacuerit, ex diſpoſitione hujus articuli convalidatur alienatio, quia præſumitur uxor alienationem approbâſſe, & ratihabuiſſe; Quomodò autem poteſt annalis

ista

ista taciturnitas operari consensum, si ad præstationem consensûs alterius consigillatio substantialiter est necessaria?

Ulteriùs, in alienatione fundi morgenatici tantùm unus consigillator necessarius est: Nunquid igitur foret absurdum, si enixa voluntas mulieris possit probari per duos testes, vel plures, quòd eorum auctoritas, & fides minor esset, quàm unius consigillatoris? Item à plebeis hominibus, qui nec scribere, nec sigillare possunt, & in omnibus ejusmodi actibus ad ordinarium magistratum remittuntur, ubi instrumentorum erectio, vel protocollatio pro modo quantitatis, de qua agitur, fieri debet, hæc solennitas consigillatoris observari non posset, cùm in judicialibus nulli consigillatores admittantur, sed soli sigillo magistratûs plena fides adhibeatur.

Denique quæro, an si uxor ad alienandam rem morgenaticam consensum suum repetitis vicibus per intervallum dederit, & id testibus probari possit, an ejusmodi geminatio, vel triplicatio actum alienationis convalidet? Ex D. Balthasaris opinione debet dici, geminatum, aut triplicatum, vel sæpiùs repetitum consensum semper nullum esse ex defectu solennitatis, quia præsupponitur nullus consigillator accessisse. Quàm autem hoc absurdum sit, ex eo apparet, quia geminatio consensûs sufficiens est, ut contrados à marito in præjudicium consentientis uxoris alienari possit, si igitur contrados ob geminatum consensum mulieris alienabilis est, multò magis ob geminationem consensûs morgengeba alienabilis erit, cùm contrados longè majoris momenti sit, quàm morgengeba, quia contrados debet esse æqualis doti, morgengeba verò plerúmque tantùm pro tertia parte dotis constituitur. 10

Dices, si in renunciatione, & alienatione consigillatorum, vel consigillatoris adhibitio non est de necessitate, & solennitate, sequitur, quòd nec mulieris scriptura ad renunciationem faciendam, vel consensum alienationis præstandum sit de necessitate, & substantia actûs, sed nos contrarium in præcedenti articulo admisimus, ergò debemus etiam admittere, consigillatoris, sive consigillatorum officium de necessitate, & solennitate esse: Respondemus negando Consequentiam, ideò enim mulieris renunciatio, vel præstatio consensûs in scriptis requiritur, ut de illius enixa voluntate constet, & ne facilè blanditijs, & verbosis persuasionibus mariti ad damnificationem inducatur, quæ ratio in consigillatoribus non militat, sed illorum subscriptio, & consigillatio tantùm fidei causâ apponitur, quæ utique etiam alio modo, & per viva testimonia suppleri potest.

Instabis ulteriùs, exemplum de contradote propterea nihil ad rem facere, cùm nullibi inveniamus, ad alienandum fundum contradotalem mulieris consensum in scriptis requiri, qui tamen in alienationem rei morgenaticæ vi hujus articuli omninò necessarius est, ut ex hinc appareat, quòd legislatores antiqui, & novissimus mulieri potiùs voluerint consulere in morgengeba, quàm in contradote conservanda. Respondemus, quòd de Jure communi simplex mulieris consensus ad alienandam rem contradotalem prorsùs nullus sit, & invalidus, sive sit datus nudis verbis, sive in scriptis cum, vel sine testibus *text. in Novell. 61. cap. 1. verf. 2.* Quæ dispositio in jure nostro statutario non reperitur immutata; Est igitur in contradote uxori magìs cautum, quàm in morgengeba, cùm simplex nudus consensus mulieris, quomodocúnque datus sit, semper maneat invalidus, & inutilis, in morgengeba autem semper validus est, si in scriptis fuerit datus, & ab uno consigillatore roboratus. 11

Concludimus ergò in compendio, dotalem fundum prorsùs esse inalienabilem, tametsi mulier centies consentiat, contradotalem verò, per duplicatum consensum mulieris post intervallum adhibitum, fieri alienabilem, si mulieri ex alijs bonis mariti pro contradote alienata satisfactio fieri possit, 12

Rem verò morgenaticâ affectam alienari posse cum consensu uxoris in scriptis dato, & uno ad minimum consigillatore roborato, vel certè, si eo deficiente mulieris enixa, & deliberata voluntas etiam testibus probari, & sic instrumentum ejus vivis quoque testimonijs corroborari possit: Interim tamen cum ijs non litigabimus, qui mordicus defendere velint, unius consigillatoris fidem, (cùm ipsius sigillatio de solennitate esse præsupponatur) majoris fidei esse, quàm duorum, vel plurium testium viva testimonia, quod tamen planè paradoxum esse videatur.

13 Ultimò addit articulus noster, quòd alienata re morgenatica maritus obligatus sit, ad instantiam uxoris aliam rem substituere, in qua uxori morgengeba assignetur, & assecuretur.

14 Quid si autem maritus nihil aliud habeat, in quo assignatio, & assecuratio morgengebæ fieri possit? Et videtur dicendum, quòd in casu inopiæ mariti alienatio rei morgenaticæ nulla sit, & uxori semper integrum maneat, ut possit rem alienatam persequi, & revocare, per *text. in Novell. 61. cap. 1. vers. 3.* ubi statuitur, quòd, si mulier pro alienatione contradotis in re immobili consistentis per intervallum geminatum suum consensum dederit, valeat quidem alienatio, dum aliæ res sunt, ut inquit textus, ex quibus posibile est, mulieri satisfieri pro re, vel rebus immobilibus, quæ in antenuptiali donatione continentur, & quæ ab alio detinentur, propter alienationis, aut suppositionis modum. Alioquin, si nihil aliud supersit, neque sic læsionem sustinere mulierem permittimus: Sed, licèt secundò, vel frequenter consentiat, causa ad intercesionis feratur rationem (id est ut alienatio mulieri non præjudicet) & sit omninò ei lucrum sub cautela positum. Si ergò res antenuptiali donatione, sive contradote affecta post legitimam alienationem repetito uxoris consensu factam revocari potest, ubi mulieri in alijs mariti bonis æquivalens satisfactio præstari non potest, ergò etiam res morgenaticâ affecta post alienationem legitimam revocabilis est, quando mulieri ex alijs mariti bonis pro morgengeba satisfactio fieri nequit, cùm æqualia sint privilegia contradotis, & morgenaticæ: Verùm, cùm articulus noster de hoc nihil dicat, veremur, id, quod de contradote in *dicta Novell. 61.* statutum est, ad morgengebam extendere, cùm nostra opinione contrados favorabilior sit morgengebâ, utpote quia constituitur pro securitate dotis, cujus omnium maximus favor in jure est.

Der Fünffte Articul.

Es soll ein jegliche Frau / die / wie vorstehet / bemorgengabt würdet / alle die Recht haben / die jhr Ehe-Würth an dem Guet / das jhr zu Morgengab geben ist / gehabt hat / Doch soll der Ehe-Würth der Nützung sein Leben-lang davon gewältig seyn. Es wäre dann / daß die Frau solche Morgengab verschafft / oder vergeben hätte / Wie im nachgehenden sibenden Articul mehrers geordnet ist.

SUMMARIA.

1. Quid uxor juris habeat in bono morgenatico?
2. Quid si proprietariè data fuerit?
3. An marito remaneat usufructus?

1 IN hoc articulo statuitur, quòd uxor in bono sibi pro morgengeba assignato debeat omnia illa jura habere, quæ priùs habuit ipse maritus, quod sic intelligi debet, si bonum uxori proprietariè in morgengebam datum sit, nam hoc modo maritus omne jus suum in uxorem transfert, si autem certa quantitas pro morgengeba assignata, & bonum solummodò securitatis

causâ

causâ morgenaticâ affectum est, tunc uxor non consequitur omnia jura mariti, cùm dominium penes maritum maneat, & uxor pro morgenatica mera creditrix sit, per assignationem boni nil aliud, nisi jus taci tæ hypothecæ consecuta.

Tametsi autem, ut diximus, re in morgengebam proprietariè datâ, uxor consequatur plenum dominium cum omnibus juribus eô modô, quo maritus habuit, tamen remanet marito ususfructus rei morgenaticæ ad dies vitæ, nisi uxor rem morgenaticam vel per actum inter vivos, aut per actum ultimæ voluntatis in alium transtulerit, de quo sequetur in *Artic.* 7. ut ita in uxoris potestate sit, adimendi, si velit, marito usumfructum, modò rem proprietariam alienet; Et sic marito in effectu ususfructus ad dies vitæ tantùm conditionaliter competit, si scilicet res morgenatica in dominio, & potestate mulieris permanserit. 2 3

Der Sechste Articul.

Wann ein Frau ein Guet / nach ihres Ehe-Würths Todt / in rechter Nutz vnd Gewer / ohn all rechtlich Anspruch / für aigen vnd nit Lehen zu Morgengab besitzt / vnnd daß der Mann ihr solches Guet zur Morgengab geben hat / erzeugen mag / oder erzeugt hat / darbey soll sie füran rühwigklich bleiben vnd gelassen werden / allermassen wie sie die in Nutz vnnd Gewer jnnen hat / ohne alle deß Manns Erben Hinderung vnnd Eintrag / sie hab vmb die Morgengab Brieff oder nit; Deßgleichen soll es gehalten werden / wo das Guet Lehen wäre / vnnd ihr das mit deß Lehen-Herrns Bewilligung vermacht / oder verschriben ist.

SUMMARIA.

1. *An ad constitutionem morgenaticæ scripturâ opus sit?*
2. *An mulier, quæ in possessione morgengebæ est, deturbari possit?*
3. *Quid si res morgenatica non sit allodialis, sed feudalis?*
4. *Quid si possessio mulieris sit litigiosa?*
5. *Si maritus adhuc vivat, an hæredes mulierem deturbare possint?*
6. *Quid si alij rem morgenaticam, ut alienam, prætendant?*
7. *Quid si in re feudali consensus Domini deficiat?*
8. *Quid si morgenatica non proprietariè data sit, sed solummodò pro securitate?*
9. *Quid si talis res fuerit aliena?*
10. *Quid si à marito jam præscripta?*
11. *An uxor præscriptionem cæptam complere possit?*
12. *Quæ circa morgengebam in novis nostris statutis mutata sint?*
13. *An antiquitùs probatio morgengebæ fieri potuerit per Juramentum?*
14. *Quid si mulier per annum, & diem in possessione morgenaticæ fuerit?*
15. *Quare hoc moderno jure correctum sit?*

QUamvìs in prioribus duobus articulis dixerimus, ad renunciationem morgenaticæ, & præstandum consensum pro alienatione requiri mulieris scripturam, ac communis praxis secum ferat, ut in pactis dotalibus, quæ in scriptis erigi solent, de morgengeba non minùs, quàm de dote, & contradote conventio fiat, ex hoc tamen articulo discimus 1. ad constitutionem morgenaticæ scripturâ opus non esse, juxta verba, Sie hab 1

vmb die Morgengab Brieff / oder nit. Sed quòd constitutio morgenaticæ etiam testibus probari possit, juxta verba: Und daß der Mann jhr solches Guet zur Morgengab geben hat / erzeugen mag / oder erzeugt hat.

2 Discimus secundò, quòd, si mulier in possessione alicujus rei constituta sit, quam probare potest, sibi in morgengebam à marito datam esse, ex possessione deturbari non possit.

3 Discimus tertiò, necessarium tamen esse, ut res, quam pro morgenatica accepit, allodialis sit, nam, cùm paulò antè dixerimus, in feudo sine consensu Domini constitutionem morgenaticæ fieri non posse, clarè sequitur, quòd uxori rem morgenaticam possidenti incumbat probatio, quòd allodialis sit, vel, quòd ad ejus constitutionem pro morgenatica consensus Domini feudalis accesserit.

4 Discimus quartò, quòd mulier debeat esse in quieta possessione juxta verba, ohn alle rechtliche Anspruch. Nam si possessio litigiosa sit, justam uxori manutenendi auctoritatem non præstat.

5 Discimus quintò, quòd articulus noster tantùm loquatur de uxore morgengebam possidente post mortem mariti, in verbis: Nach jhres Ehe-Würths Todt: Ratio est, quia vivente marito uxori super morgenatica litigium esse non potest, cùm marito ususfructus rei morgenaticæ competat, ut in priori articulo explicavimus, & propterea

6 Additur sextò, quòd debeat uxor in possessione permanere, ohne alle deß Manns Erben Hinderung vnd Eintrag: Quasi dicamus, hæredibus mariti jus non esse, rem, quam uxor à marito in morgengebam accepit, & post ejus mortem in quieta possessione habet, persequendi.

7 Quòd si autem, septimò, non ipsi hæredes mariti, sed extranei veniant, & rem morgenaticam, ut alienam prætendant, & vindicent, tunc uxor nullum privilegium habet, sed rem morgenaticam ut alienam repetentibus respondere, & non solam posseßionem allegare, sed legitimam præscriptionem docere debet.

8 Prout similiter, octavò, in re feudali morgenatica, deficiente consensu Domini sola posseßio uxorem contra dominum non relevat.

9 Et quamvis, nonò, hic articulus propriè tantùm loquatur de re, quæ uxori proprietariè in morgengebam data est, tamen idem dicendum, si mulier post mortem mariti in posseßione sit ejusmodi rei, in qua morgenatica solùm pro securitate constituta est, nam, cùm mulieri pro morgengeba competat jus tacitæ sive legalis hypothecæ, utique in posseßione contra hæredes manutenenda est, quia hypothecario creditori jus retentionis competit, si
10 verò res morgenatica pro assecuratione uxori data sit aliena, Domino eam vindicanti cedere debet, & in reliquis bonis mariti pro supplenda morgenatica actionem hypothecariam habet.

11 Nisi decimò præsupponas, maritum rem illam, quam uxori in morgengebam dedit, licèt aliena fuerit, ante mortem præscripsisse, Er hab vor seinem Todt Nutz vnd Gewer ersessen: Dubium enim non est, quin præscriptio mariti bona fide completa uxori prosit; Nam priùs jam diximus, quòd mulier in constituta morgenatica omnia illa jura habeat, quæ antea marito competebant; Sic loquitur §. *8. cap. 12. in antiquo libello Statutorum Bavaricorum.* Es soll ein jedlich Frau / die bemorgengabt wird / all die Gewer haben / die jhr Würth gehabt hat an der Morgengab.

12 Si autem, undecimò, maritus rem alienam poßidens, & uxori in morgengebam aßignans, præscriptionem legitimè non complevit, uxor, quæ similiter in bona fide est, præscriptionem complere potest, cùm, supposita utriúsque bona fide, tempora præscriptionis inter singulares successores non minùs conjungantur, quàm in successoribus universalibus, *Articulo 7. Tit. 9.* der Land-Recht.

Tria

Tria tamen animadvertimus, in novis noſtris ſtatutis Bavaricis circa hunc titulum de jure morgengebæ immutata eſſe. Primum eſt, quòd antiquitùs mulier morgengebam ſuam juramento probare potuerit, juxta *Artic. 7. Tit. 45.* der Reformation. Ubi dicitur, ſi mulier morgengebam ſuam confirmare velit, ut compareat coram judicio, & dextram manum ſuam ſuper ubera ponat, jurètque, quòd maritus ſibi illam morgengebam dederit pro honore virginitatis, vmb die höchſte Ehr die jhr GOtt je gab / de qua tamen probatione per juramentum articulus noſter nihil dicit, ſed ſimpliciter probationem requirit, quæ in dubio intelligi debet de probatione ordinaria, & legitima, non de privilegiata, quæ fit per juramentum. 13

Secundum eſt, quòd de jure antiquo, der Reformation, vnd deß alten Land-Rechts-Buechs / ſi mulier poſt mortem mariti per annum, & diem fuit in poſſeſſione rei morgenaticæ, plenā ſecuritatem contra quoſcúnque conſecuta fuerit, juxta verba: Wann ein Frau ein Guet zur Morgengab beſitzt / nach jhres Ehe-Würths Todt / in rechter Nutz vnd Gewer / Jahr vnd Tag ohn all rechtlich Anſprach iſt / ꝛc. deß ſoll ſie genieſſen gegen männiglich. Vid. §. *10. cap. 12.* deß alten Rechts-Buech. Ubi ferè eadem habentur; cùm tamen in novis ſtatutis verba, gegen männiglich / ſive contra quoſcúnque non reperiantur, ſed tantùm hæredum mariti mentio fiat, qui utique, ut præmiſimus, idem jus non habent, quod extraneo competit, qui rem ſuam uxori in morgengebam aſſignatam tanquam alienam jure proprietatis repetit, & vindicat. 14

Tertium eſt, quòd noſtra ſtatuta nova de annali iſto tempore præſcriptionis, von der Erſitzung / Nutz vnd Gewer jnner Jahr vnd Tag / prorsùs nihil habeant, imò verò potiùs contrarium diſponant in verbis: Wann ein Frau ein Guet / nach jhres Ehe-Würths Todt / in NB. rechter Nutz vnd Gewer beſitzt / ꝛc. quæ utique non annalem, ſed legitimam, & conſuetam uſucapionem ſive præſcriptionem important, imò, ſi res agitur inter hæredes, & mulierem, quæ probare poteſt, rem, de qua lis eſt, ſibi à marito in morgenaticam datam fuiſſe, non requiritur, ut per annum, & diem in poſſeſſione fuerit, ſed ſi ipſo tempore mortis mariti eam in ſua poteſtate habeat, retinere poteſt, prout *Tit. 2. Art. 14.* deß Gandt-Proceß / de dote diximus. Nam, vel res morgenatica proprietariè uxori aſſignata eſt, vel tantùm in aſſecurationem data, ſi prius, uxor tanquam domina utique rem ſuam retinendi jus habet, ſi poſterius, creditrix eſt cum jure hypothecæ, hypothecarius autem poſſeſſor non minùs jus retentionis habet, quàm ipſe Dominus, fruſtra ergò de tempore quæritur, an uxor in annali poſſeſſione fuerit, cùm ratione ſuarum prætenſionum, wegen jhrer Weiblichen Sprüch / vnd Forderung / inter quas morgengeba præcipuè connumeratur, tanquam domina vel creditrix ſemper hæredibus mariti potior ſit. 15

Der Sibendte Articul.

Es mag ein jegliche Frau jhr Morgengab verſchaffen / oder geben einem jhrem Freund / zu milten oder Gottſeeligen Wercken / oder wem ſie will / daran ſoll ſie weder jhr Ehe-Würth / noch Kinder / noch jemand anderer nit jrren / betrencken oder hinderen. Verſchaffte oder vergeb Sie aber die nit / ſoll dieſelbige ihren Erben / doch erſt nach deß Manns Todt / folgen / es wären dann zwiſchen jhnen den Ehe-Leuthen ſondere Geding / darbey ſoll es bleiben.

SUMMARIA.

1. An uxor morgengebam ſuam mortis causâ relinquere poſſit?

2. An etiam de morgengeba inter vivos diſponere?

3. Quid si morgenaticam acceperit proprietariè, & quid si acceperit in certa quantitate pecuniæ assignatam?
4. An maritus teneatur ad interesse moræ, si morgenaticam in certa pecunia assignatam non solvat?
5. Quid si non fuerit petita?
6. An maritus alienationem morgengebæ impedire possit?
7. 8. 9. 10. & 11. Et quare non?
12. Quam hæc controversia utilitatem habeat?
13. Quid si mulier de morgenatica inter vivis nihil disposuerit?
14. An morgengeba redeat ad maritum, vel ad hæredes uxoris?
15. An uxor minorennis ad alienandam rem morgenaticâ affectam indigeat decreto judicis?

1 IN antiquo libello statutorum Bavaricorum §. ultimo uxori de morgengeba sola dispositio per ultimam voluntatem sive mortis causâ permissa fuit, in verbis: Es mag ein jeglich Frau zu jhren letzten Zeiten jhr Morgengab verschaffen einem jhrem Freund / oder durch GOtt / was sie schafft / daran soll sie weder jhr Würth noch Kind/ noch Freund/ noch jemand ander irren/ noch bekrencken / noch hinderen. Cujus rei ratio fuit, quòd marito juxta §. *8. ejusd. cap.* ususfructus morgengebæ ad dies vitæ fuerit reservatus; In reformatione
2 verò *Art. 8. Tit. 45.* uxori licentia facta est, de morgengeba etiam inter vivos disponendi in verbis: Es mag ein jegliche Frau die Morgengab verschaffen oder geben. Verbum, einem geben / sive dare, actum inter vivos denotat, *Schneidew. in Instit. de testa. ord. n. 24.* ad principium. In quibus terminis etiam articulus noster loquitur; Et hoc quidem exiguam difficultatem habet, si uxori res quædam specifica, & certa in morgengebam proprietariè data sit, nam, cùm statim post primum concubitum ejusmodi rei morgenaticæ traditæ domina effecta sit, utique illam non tantùm per ultimam voluntatem, sed etiam per actus inter vivos in alios pro lubitu transferre po-
3 test, cùm libera potestas alienationis effectus sit dominij. Sed, quando pro morgengeba certa quantitas pecuniaria fuit constituta, &, vel in re certa, vel in omnibus mariti bonis assignata, videtur mulieri tanquam creditrici jus alienandi non competere, cùm marito non solùm ex jure antiquo, sed etiam ex jure novissimo præsertim *Art. 5. hujus Tit.* ususfructus morgenaticæ ad dies vitæ competat, quid autem ei proderit usus fructus, si uxor morgenaticam etiam in sola pecunia constitutam, & in bonis mariti vel generaliter vel specialiter assecuratam statim primo die post concubitum per actum inter vivos alienare possit, & maritus pati debeat, ut statim quasi in medio festorum nuptialium extraneus quidam cum sacco paratus veniat, & prœmium virginitatis exigat? Verùm, quia articulus simpliciter de morgengeba in genere loquitur, nec inter bonum proprietariè aut tantùm securitatis causâ pro morgenatica assignatum distinguit, putamus, in utróque casu uxori liberam potestatem competere, eam pro lubitu suo titulo ultimæ voluntatis vel inter vivos in alios transferendi: Et, quia per se juris est, quòd nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habeat, sequitur, si bonum morgenaticum uxori proprietariè datum est, quòd illa proprietatem, & dominium, si autem tantùm assecurationis loco tanquam creditrici datum est, tantùm jus crediti in alium transferre possit.

4 Quæres, quando uxor jus crediti in alium transtulit, & maritus eidem ad petitionem satisfactionem non præstat, an ad interesse moræ teneatur? Ratio dubitandi est, quia, si uxor alienationem non fecisset, marito usus fructus, ut priùs explicavimus, competijsset, si ergò uxor jus exigendi interesse moræ non habuit, ergò etiam per alienationem in alium transferre non potuit: Sed verius est, maritum tertio omninò ad præstationem interesse moræ obligatum esse: Ratio est, quia, ut diximus, per alienationem uxoris sive inter vivos sive mortis causâ factam extinguitur jus usus fructûs

marito

marito in re morgenatica competens, & ipse obligatus est ad præstandam rem morgenaticam illi, in quem ab uxore alienata esse præsupponitur, si igitur ad petitionem legitimè factam maritus in mora solvendi est, non minùs quàm in alijs contractibus bonæ fidei ad interesse moræ obligatus manet.

Diximus ad petitionem, nam, si is in quem alienatio morgengebæ facta est, eam à marito constante matrimonio non petierit, putamus, maritum à præstatione usurarum liberum esse, cùm interesse moræ non debeantur, nisi post interpellationem. 5

Dices, maritum facilè alienationem morgenaticæ impedire, & illius, 6 in quem alienatio facta est, actionem eludere posse, cùm juxta *Artic. 16. præced. Tit.* uxor nihil de rebus suis, & juribus quibuscúnque sine præscitu, & consensu viri alienare possit, sive igitur morgengeba proprietariè data, sive securitatis causâ constituta fuerit, potest maritus per dissensum suum utriúsque alienationem enervare. Ad hoc respondet *D. Balthas. ad h. t. resolut. 5. n. 2.* quòd, licèt uxor morgengebam sine consensu viri alienare non possit, viro tamen eundem præstandi necessitas incumbat; Citat ad hoc articulum nostrum 7. qui tamen de hac necessitate præstandi consensûs nihil dicit, sed in his terminis loquitur: Quòd uxorem neque maritus, neque liberi, nec quisquam alius impedire possit, aut debeat, quo minùs de morgengeba sua pro libitu, sive inter vivos, sive mortis causâ disponat, Daran soll Sie weder jhr Ehe-Würth / noch Kinder / noch jemandt anderer nit jrren / befrencken / oder hinderen: Quæ verba nostra opinione plenissimam, & ita à mariti potestate independentem libertatem tribuunt, ut uxor in alienatione morgenaticæ nec mariti præscitu, nec consensu opus habeat, & alienatio morgengebæ, de qua hic articulus disponit, sit verissima exceptio à regula in *cit. Artic. 16. præced. Tit.* comprehensa; Rationes, quæ nos ad hanc assertionem movent, sequentes sunt: Primò, quòd ista verba jam 7 fuerint usurpata in antiquo libello statutorum Bavaricorum *in* §. *ultimo. cap. 12.* cùm tamen tunc temporis nihil inveniatur statutum de necessitate consensûs maritalis, si mulier de rebus suis proprijs aliquid alienare voluerit, quare ergò hanc antiquissimam legem ad *prædict. Artic. 16.* restringere, & uxori necessitatem impetrandi consensus maritalis imponere volumus?

Objicies, prout nobis contigit, ineptum esse, ut exceptio sit antiquior regulâ, & filia matre: Respondemus, nihil novi esse, ut ex antiquis legibus fiant exceptiones pro novis, quod plurimis exemplis, si opus esset, demonstrari posset: Nostra autem intentio tantùm in hoc consistit, ut dispositionem juris nostri statutarij de libera mulieris potestate alienandi rem morgenaticam doceamus antiquiorem esse prohibitione illa, quæ in *Art. 16. Tit. 1.* mulieri de non alienandis rebus suis proprijs sine mariti consensu facta est. Si consequenter antiquior, & in dicto *Artic. 16.* non correcta est, manet in suo vigore, sive postmodùm eam separatam constitutionem, sive exceptionem à nova regula voces, de verbis enim non disputamus, nec cum sophystis nobis quidquam negotij est.

Secundò, ipsa verba legis in novis constitutionibus de hoc, quòd uxor 8 nec morgengebam sine consensu viri alienare possit, vir autem consensum dare teneatur, prorsùs nihil dicunt, quod autem lex non dicit, nec nos dicere debemus.

Præsertim, cùm tertiò, morgengeba ab alijs uxoris bonis longè aliam rationem habeat, cùm mulier sua propria bona, quæ aliundè habet, marito afferat, & ejus administrationi committat, quæ subjectio operatur hunc effectum, ut sine mariti consensu de ijs nihil disponere possit: At morgengebam accipit uxor à marito, & illa transit in potestatem uxoris, ut de ea non minùs disponere possit, quàm de bonis suis receptitijs, quæ mariti administrationi nunquam commisit.

9 Quartò, articulus noster conjungit libertatem alienationis uxori permissæ, sive disponat mortis causâ, sive inter vivos: Atqui, si de rebus suis proprijs disponit mortis causâ, mariti consensu opus non habet, *dict. Art. 16. Tit. 1.* ergò neque opus habet, si disponat per actum inter vivos.

10 Quintò, juxta articulum nostrũ, & antiquorum statutorum dispositionẽ conditio mariti, liberorum, consanguineorum, & aliorum parificantur, sicut igitur mulier ad alienandam rem morgenaticam per actum ultimæ voluntatis, aut inter vivos, nec consensum liberorum, consanguineorũ, aut cujuscúnque alterius necessarium habet, ita nec ipsius mariti.

11 Denique sextò, ipsa repetita verba, **irren / kräncken / hinderen /** manifestè important, nullum respectum ad mariti consensum habendum esse: Verbum **kräncken** enim ex sua natura designat molestiam facere, nunquid autem uxori molestissimum esset, si ad alienandam morgengebam, quam pretiosissimo Cleinodio virginitatis suæ (ut antiqua statuta loquuntur) sibi comparavit, primùm mariti consensum emendicare, & ita conjugalem amorem recenter auspicatum, si non omninò prostituere, saltem torvis mariti oculis exponere deberet? Concludimus igitur, alienationem morgenaticæ ab uxore fieri posse sine ullo mariti præscitu, consensu, aut voluntate.

12 Quæres, quam hæc controversia utilitatem habeat, cùm videatur unum, & idem esse, sine mariti consensu posse alienare: Vel illum debere quidem requiri, sed non posse denegari? Respondemus, cuilibet considеranti facilè appariturum, quanti inter utrúmque casum intersit, nam primò, si ponamus, mulierem morgenaticam inscio marito alienâsse, ex D. Balthas. sententia alienatio juxta dispositionem *Art. 16. Tit. præced.*, ut ibidem fusiùs explicavimus, est ipso jure nulla, igitur muliere præmortua ab hæredibus mulieris, & marito revocabilis est; Ab hæredibus quidem quoad proprietatem, à marito verò quoad usumfructum, prout paulò post explicabimus, quid autem exinde sequi potest, nisi inutiles lites, & jurgia? Deinde secundò, mulieres ex natura sua timidæ sunt, & præsumuntur, ob reverentiam erga maritum facere, quod aliàs intermitterent. Quis ergò potestatem uxoribus de libera alienatione morgenaticæ tam favorabiliter concessam in tam arctos cancellos restringere vellet, ut potiùs eâ cariturae sint, quàm per requisitionem maritalis consensûs conjugalia fribuscula (ut J. C. vocat) excitaturæ?

13 Antiquitùs disputatio erat, si uxor de morgenatica nec inter vivos nec mortis causâ aliquid disposuerit, an illa debeat ad maritum redire, vel an cedat hæredibus uxoris? In pactis dotalibus plerúmque disponitur, **daß die Morgengab / wann das Weib darmit kein Verordnung gethan / wider auff den Stammen fallen soll / worvon Sie herkommen /** quæ pacta in articulo nostro omninò approbantur, si verò in pactis dotalibus nihil dispositum reperitur, nec eam uxor per ultimam voluntatem, aut inter vivos alteri personæ reliquerit, secundùm ordinationem hujus articuli morgenatica transit ad hæ-
14 redes uxoris, semper enim res censetur ei relicta, si contraria dispositio non fiat, qui hæres est ab intestato, vel ex testamento, sive ad quem alia bona defuncti perveniunt, *l. 1. §. sciendum. ff. de legatis. 3.* Marito autem remanet ususfructus ad dies vitæ, ut per consequens universalis successor deterioris conditionis sit, quàm singularis, cùm, ut paulò ante dictum, per particularem alienationem mulieris inter vivos vel mortis causâ extinguatur ususfructus mariti.

15 Ultimò quæstio esse potest, an uxor, si adhuc minorennis sit, ad alienandam morgenaticam in re immobili consistentem decreto Judicis opus habeat? Et Respondemus, quòd sic, tametsi enim mariti consensu non indigeat, ut modò probavimus, tamen, cùm in omni alienatione rerum immobilium ad minorennes pertinentium de Jure communi, & statutario de-

cretum

cretum judicis requiratur, nec hac in parte morgenatica ullibi excipiatur, meritò in regula subsistendum est: Ratio autem, quare decretum judicis necessarium putemus, non autem consensum mariti, est ista, quia decretum judicis introductum est in favorem minorennis ætatis, & consequenter in favorem uxoris, consensus autem mariti de Jure nostro statutario præcisè introductus est in favorem mariti: Nulla ergò est bona illatio: Uxor tenetur ad alienationem rei morgenaticæ decretum Judicis minorenni ætati concessum adhibere, ergò etiam consensum mariti, cùm consensus mariti respiciat tantùm ejus privatam, non verò pupillaris ætatis, & boni publici utilitatem. Vide, quæ supra dixerimus ad *Art. 16. Tit. 1.* ubi probavimus, si uxor ad alienationem rerum suarum Paraphernalium marito consensum impertiat, quòd marito alienatio non sit permissa, nisi simul cum causæ cognitione decretum Judicis accedat.

Deß III. Tituls

Vom Vätterlichen Gewalt vnd Nutznieſſung Mütterlichen Guets.

Erster Articul.

DEr Vätterlich Gewalt ist ein Recht / welches ein Vatter / oder Anherr / so dem Römischen Reich vnderworffen / gegen seinen Ehe-leiblichen Kinderen / oder Sohns Kinderen vnd Enigklein / oder auch angewünschten Kinderen / zu Latein adoptivi genannt / hat / daß dieselbige / ohn sein Bewilligung / von jemanden kein Gelt / oder anders / für sich selbs / entlehnen / noch vor Gericht erscheinen / auch kein ordentlich Testament / wann der Vatter gar darein bewilliget / machen / sonderen allein mit seiner Bewilligung ein Schanckung von Todts wegen thun könden. Item vnnd daß der Vatter die Nutznieſſung hat / in seiner Kinder angefallenem Mütterlichem / oder anderem Guet / Außgenommen / was ein Kind durch Krieg / oder Lehrung freyer Künsten erobert / zu Latein peculium Castrense, vel quasi Castrense genannt / von welchen Gütern sie dann auch vnverhindert deß Vätterlichen Gewalts testirn könden / In massen im 11. Articul 34. Tituls auch versehen ist. Es seyn auch noch andere Würckungen deß Vätterlichen Gewalts / in gemainen Rechten außgetruckt.

SUMMARIA.

1. *Quid sit Patria potestas?*
2. *An etiam illa competat avo, vel proavo?*
3. *Cur tantùm Civibus Romani Imperij patria potestas competat?*
4. *An etiam Judæi, & Saraceni in Sacro Imperio habitantes patriæ potestatis capaces sint?*
5. & 6. *An patria potestas etiam se extendat ad liberos illegitimos?*
7. *Quid dicendum de liberis adoptivis?*
8. *Quid de liberis legitimatis?*
9. *Per subsequens matrimonium?*
10. *Quinā sint effectus patriæ potestatis?*
11. *An filiusfamiliâs mutuum accipere possit?*
12. *Quid contineat mandatum S. C. Macedoniani?*
13. *An filiusfamiliâs contrahere possit extra causam mutui?*

14. An S. C. Macedonianum tantùm comprehendat pecuniam mutuò datam, vel etiam alias res mutuò datas contineat?
15. Quid si quis S. C. fraudem facere velit?
16. Quid si filijfamiliâs contractus in mutuum abjerit?
17. Quid si filiofamiliâs res mutuò data fuerit, ut illam venderet?
18. An res filiofamiliâs mutuò dari possit, etiam de Jure Bavarico?
19. An contractus mutui cum filiofamiliâs celebratus sit ipso Jure nullus?
20. An exceptio S. C. Macedoniani etiam alijs personis competat?
21. Quid si aliquis pro filiofamiliâs invito fidejusserit?
22. Quid si filiusfamiliâs se patremfamiliâs simulaverit?
23. & 24. Quid si filius in talem causam rem mutuam acceperit, quæ parenti incumbit?
25. Vel quæ in patris causam impensa est?
26. Quid si filiusfamiliâs paterfamiliâs factus aliquid de mutuo solverit?
27. Quid si patris consensus accesserit?
28. An etiam tacitus patris consensus ad hoc sufficiat?
29. Quid si filiusfamiliâs non pro se, sed pro alio mutuum accipiat?
30. An filius alteri filiofamiliâs mutuum dare possit?
31. An talis pecuniam mutuò datam vindicare possit?
32. Quid si pecunia consumpta fuerit?
33. An filiusfamiliâs exceptioni S. C. Macedoniani renunciare possit?
34. Quid si talis cum juramento renunciationem fecerit?
35. An tale juramentum etiam fidejussori, & patrifamiliâs præjudicet?
36. Quot sint peculiorum genera?
37. An filius teneatur ex mutuo in peculio castrensi, vel quasi?
38. An in adventitio?
39. Quid si juramentum accesserit?
40. An in bonis profectitijs accedente renunciatione jurata?
41. Quid si filiusfamiliâs cum minorenni contraxerit, & ècontra minorennis cum filiofamiliâs contractum fecerit?
42. An filiusfamiliâs sine patris consensu in judicio comparere possit?
43. An requiratur consensus expressus?
44. Qui sint casus, in quibus filius consensu patris non opus habeat?
45. Quomodò filius cum, vel sine consensu hæreditatem adire possit?
46. An filiusfamiliâs testamentum facere possit?
47. Et quare non?
48. An si patris consensus accedat?
49. An saltem cum consensu parentis ad pias causas testari possit?
50. Quid si filiusfamiliâs de bonis adventitijs cum patris expresso consensu ad pias causas testamentum fecerit?

1 QUid sit Patria potestas, declarat præsens articulus potiùs per modum descriptionis, sive circumscriptionis, quàm per modum definitionis, definitio enim fit per causas, descriptio ab effectu. Nos proponemus articulum istum in verbis formalibus, & postmodùm sine inutili excursione singulas ejus particulas compendiosè exsplicabimus. Est igitur Patria potestas jus quoddam, quod pater, vel avus, qui Romano Imperio subjectus est, adversùs legitimos suos liberos, & nepotes, vel etiam adoptivos habet, ut illi sine suo consensu neque pecuniam, aut aliud quidquam pro se mutuò accipere, nec coram judicio comparere, nec solenne testamentum, tametsi pater consentiat, erigere, verùm solummodò cum patris voluntate donationem mortis causâ facere possint: Præterea, ut pater usumfructum habeat in liberorum suorum maternis, aut alijs bonis, &c.

2 Ex hac igitur sive definitione, sive descriptione sequitur primò, jus Patriæ potestatis non solùm ipsi patri in filios, filiásque, sed etiam avo, & proavo in nepotes, neptes, pronepotes, & proneptes competere: Ratio est, quia, quamdiu avus vivit, pater liberos suos in sua potestate habere non potest, cùm ipse adhuc sit sub potestate avi, tanquam patris sui: Similiter dicen-

dicendum est de proavo, qui avum adhuc sub sua potestate habet, nam tunc, & pater, & reliqui descendentes, nepotes, & neptes, proavi potestati subjecti sunt, quamvis hoc raro contingat, cùm inverso naturæ ordine generationes ad tertiam progeniem vix pertingant. Continentur igitur sub nomine liberorum in hoc articulo omnes descendentes sexûs masculini, & muliebris, sub nomine verò Patris, ascendentes progenitores, masculini tantùm generis, ita, ut superiores progenitores in gradu inferiores in patria potestate excludant: Cujus rei ratio est, quòd is, ut diximus, qui sui juris ipse non est, alium in potestate sua habere non possit: Hinc, si ponas, proavum vivere, nec avus, nec pater liberos tertiæ generationis in sua potestate habent, sed ad patriam potestatem proavi pertinent. Diximus, masculini generis, quia liberi sub potestate mulierum non sunt: Rationes videri possunt apud DD. qui scribunt ad *Tit. 9. Inst. de Patria potest.*

Sequitur secundò, quòd hoc jus Patriæ potestatis tantùm ijs competat, 3
qui Romano Imperio subjecti sunt, quamvis enim reverentia, & obedientia, quæ à liberis parentibus utriúsque sexûs proximioribus, & remotioribus debetur, juris gentium, naturalis, & juris divini sit, juxta præceptum decalogi: Honora patrem, & matrem tuam, tamen quoad effectus, de quibus hîc agimus, jus patriæ potestatis est juris civilis, & propterea requiritur, ut quis Imperio Romano subjectus sit: Quamvis deplumatâ aquilâ potestas nunc ferè in omnibus locis inter Christianos, si non Jure Romanorum, saltem jure locali observetur, prout aliæ leges, ab Imperatoribus singulari prudentia, & justitia constitutæ in regnis, & Provincijs Imperio non subjectis receptæ sunt.

Quæres, an ergò Judæi, vel Saraceni, qui in Imperio Romano habi- 4
tant, Patriæ potestatis capaces sint? Ratio dubitandi est, quia articulus noster nihil aliud requirit, quàm ut quis Romano Imperio subjectus sit, daß er dem Römischen Reich underworffen / sed omnes ejusmodi homines Judæi, Saraceni, peregrini, pagani, quamdiu in Imperio sunt, ejusdem potestati, & jurisdictioni subjiciuntur; Ergò: Respondemus, prædictas personas quidem Imperio subesse, sed Juribus Patriæ potestatis carere, quia cives Romani non sunt, & eorum subjectio potiùs servilis est, quàm libera, & civilis, quæ privilegia civibus Romanis indulta non meretur. Vid. *Herm. Stam. de Servit. Person. lib. 1. tit. 5. cap. 1. n. 21.*

Sequitur tertiò, quòd nec pater, & avus in descendentes liberos ex filiabus, & neptibus patriam potestatem habeant, cùm hi suorum progenitorum masculini generis personis subjecti sint.

Sequitur quartò, jus Patriæ potestatis se extra liberos, aut nepotes le- 5
gitimos non extendere. Plures hujus rei rationes sunt, quæ videri possunt, apud *D. Manzium. Inst. de Patr. potest.* §. *Nuptiæ. 1.* quas hîc repetere nolumus; Diximus legitimos: Hinc

Sequitur quintò. Quòd nec spurij, nec alij ex prohibito concubitu, 6
V. G. incæstu, adulterio, &c. nati sub patria potestate sint: Ratio est, quia articulus requirit, ut liberi sint ex justo matrimonio nati, Eheliche Kinder: Prima enim causa patriæ potestatis sunt justæ, & legitimæ nuptiæ, quibus deficientibus etiam jus patriæ potestatis tanquam effectus deficit. Quæ autem sint justæ, ac legitimæ nuptiæ, ex dispositione Juris Canonici dependet, & proinde, cùm Consilium Tridentinum, *Seß. 24. de Reform. matrim. cap. 1.* matrimonium clandestinum improbet, pater in liberos exinde natos effectus patriæ potestatis non habet.

Sequitur sextò, etiam liberos adoptivos, die angewünschte Kinder / in 7
patria potestate esse, transit enim filius arrogatus, sive adoptivus in potestatem arrogatoris cum omnibus suis bonis, ac liberis, *l. paterfamiliâs l. arrogatio. ff. de adopt.* §. *in plurimis Inst. de adopt.* per quam arrogator effectus pa-

patriæ potestatis consequitur, non minùs, quàm in liberos legitimos habet; Et hic est secundus modus acquirendæ patriæ potestatis.

8 Sed, quid dicendum est de liberis legitimatis? Communiter quidem dicunt, quòd legitimatus per rescriptum principis, vel alium habentem legitimandi potestatem consequatur jura Patriæ potestatis, de quo tamen nos valdè dubitamus, ut pleniùs *Tit. 39.* ubi legitimationis propria sedes est, dicturi sumus; Interim hunc, quem tertium modum consequendæ patriæ potestatis constituunt, in suspenso sinimus: Certè, si jura nostra statutaria omnes legitimatos patriæ potestati subjectos esse voluissent, quis credat, quòd articulus noster in exacta descriptione effectuum Patriæ potestatis illorum non meminisset?

9 Excipiendi tamen sunt legitimati per subsequens matrimonium, quia illi in omnibus, & per omnia, jura legitimorum liberorum habent, & sub verbo der Ehe-leiblichen Kinder / continentur, *cap. 1. cap. tanta. x. qui filii sint legit.* Qui plura de legitimatione per consequens matrimonium scire desiderat, adeat Theologos, & Canonistas; Nostra intentio non est, illam materiam hîc occasionaliter motam fusiùs examinandi.

10 Habemus nunc primam partem hujus descriptionis, quæ videtur esse à priori: Nunc sequitur altera pars à posteriori, quinam sint patriæ potestatis effectus?

11 Et præcipuus quidem est, ut filiusfamiliâs nec pecuniam, nec aliam rem sine patris consensu mutuam accipere possit. Hæc est materia S. C. Macedoniani, qui plura de illo scire volunt, videant DD. qui scribunt ad *titulos Cod. & ff. de S. C. Macedon.* & ad *Tit. 7. §. illud propriè. 7. Inst. quod cum eo, qui in alien. &c.* Nobis breviter aliqua ad intellectum nostri articuli annotanda sunt.

12 Primum est, quòd S. C. Macedonianum prohibuerit mutuas pecunias illis dari, qui in potestate parentis sunt, & ei, qui crediderit, denegatur actio, tam adversùs ipsum filium, filiámve, nepotem, neptémve, quàm adversùs patrem, avúmve, quæ ideò Senatus prospexit, quia sæpè onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur: Inquit *text. in dict. §. 7. Tit. 7. Inst. quod cum eo &c.* Quæ causa est hujus prohibitionis.

13 Hinc annotandum est secundò, quòd S. C. Macedonianum tantùm loquatur de mutuo, si quis igitur filiofamiliâs aliquid vendat, vel cum eo alio modo contrahat, S. C. Macedonianum non offendit, *juxta text. in l. si quis. 2. §. is autem. 3. ff. de S. C. Macedoniano:* Is autem, inquit textus, solus S. Consultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamiliâs dedit, non qui aliàs contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit, sola enim pecuniæ datio perniciosa parentibus eorum visa est, quia pecunia instrumentum est ad omnem luxum idoneum, ac verè dicitur irritamentum malorum. *Manz. ad dict. Tit. 7. §. 7. n. 9.*

14 Annotandum est tertiò, prohibitionem S. C. Macedoniani tantùm factam esse ad pecuniam mutuò datam, non ad res alias, hinc, si quis filiofamiliâs frumentum, oleum, vinum, aut alias res fungibiles mutuò det, in S. C. Macedonianum non peccat: Ratio per se clara est, quia res aliæ mutuò datæ non adeò facilè sunt consumptibiles, sicut pecunia.

15 Nisi, quod pro quarto annotandum est, quis S. Consulto fraudem facere vellet, *dict. l. si quis. 3. §. is autem. 3. Vers. quod ita ff. ad S. C. Macedon.* Quod ita demum, inquit textus, dicendum erit, si non fraus S. Consulto sit cogitata, ut, qui credere non potuit, magìs ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. Hoc est, si quis vendat aliquid filio, & cum eo conveniat, ut pretium habeat locò pecuniæ mutuatæ.

Anno-

Annotandum tamen est quintò, quòd, si contractus emptionis, aut alius cum filiofamiliâs bona fide sit initus, ex postfacto verò eo solutionem pretij differente inter contrahentes convenerit, ut pretium abeat in creditum, & mutuum, S. Consulto locus non sit, nam, licèt cœperit esse mutua pecunia, tamen, quia pecuniæ numeratio non concurrit, cessat S. Consultum. Cùm origo potiùs obligationis, ut dicit *Wesenb. in paratit. ad h. t. n 6.* quàm titulus actionis considerandus sit. 16

Similiter, tametsi pro annotatione sexta jam dixerimus, de Jure communi S. C. Macedonianum solùm ad pecuniam mutuò datam restringi, tamen, si filiofamiliâs quæcúnque aliæ res in fraudem legis mutuò datæ sint ad hunc finem, ut eas alienare, & pecuniæ locò uti possit, S. Consultum omninò locum habet, cùm fraus omne beneficium legis excludat, de quo tamen nobis disputandum non est, cùm, 17

Quod pro septimo annotandum, articulus noster expressam differentiam à Jure communi contineat, quia non solùm filiofamiliâs mutuum in pecunia numerata, sed in qualibet alia re interdicit, in verbis, **daß dieselbige** (id est, **die Kinder**) **ohne sein**/ id est, **deß Vattern Bewilligung von niemanden kein Gelt**/ **oder** NB. **anders entlehnen mögen**: Frustra igitur inquirimus, quo animo mutuum in alia re, quàm pecunia factum sit, cùm mutuum in alijs rebus tam parùm virtute hujus Artic: fieri possit, quàm in pecunia numerata. 18 *Diff.*

Annotandum est octavò, quòd verba ista, **daß dieselbige**/ id est, **die Kinder kein Gelt**/ **oder anders entlehnen köndten**/ non sic intelligenda sint, quasi contractus mutui à filiofamiliâs celebratus sit ipso jure nullus: Oritur enim ex contractu mutui à filiofamiliâs celebrati naturalis, & civilis obligatio, *l. sed si. 9. §. fin. & l. sequenti. ff. ad S. C. Macedonianum*, & sic creditor de jure actionem habet, positâ enim causâ, ponitur etiam effectus, sed hæc actio inefficax est, & per exceptionem S. C. Macedoniani perpetuò eliditur: Proinde creditor in effectu nullam actionem habere videtur, juxta Regulam: Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest. 112. ff. de R. J. Manzius. Tit. 7. §. 7. n. 14. Inst. quod cum eo, &c.* 19

Annotandum est nonò, quòd exceptione S. C. Macedoniani non tantùm uti possit ipse filiusfamiliâs mutuò accipiens, sed etiam hæres ejus, & pater, ac etiam patris hæres, & fidejussor filij, *l. 1. l. 7. §. 10. & l. 9. §. 3. ff. & l. 5. Cod. de S. C. Macedoniano*, nisi fortè fidejussor pro filiofamiliâs invito, vel animo donandi intercesserit, aut se ipsum principalem constituerit, *l. 9. §. 3. ff. eod.* imò nec vindicatio datur extantis pecuniæ in peculio, *l. 9. §. 2. ff. eod.* Ratio est, quia per contractum mutui transfertur Dominium pecuniæ in accipientem, nec pignus pro mutuo datum quidquam proficit, ratio est, quia corruente principali, corruit & accessorium: Nisi filius, aut pater ex illa pecunia fuerit locupletior factus, *gloss. in dict. l. 9. litt. K. Ant. Perez. ad S. C. Macedonianum. n. 1.* 20 21

Annotandum est decimò, quosdam casus esse, in quibus exceptio S. C. Macedoniani cessat. Primus est, si filiusfamiliâs se patremfamiliâs simulavit, & mutuans non vana simplicitate, nec juris ignorantiâ deceptus credidit, propter mendacium enim ei exceptio S. Consulti denegatur, *l. si filius. 1. Cod. & l. si quis. 3. in princ. ff. ad S. C. Macedon.* Et multò magìs cessabit S. C. si filiusfamilâs non solùm se patremfamiliâs dixerit, sed publicè etiam pro patrefamiliâs gesserit, *dict. l. 3. in prin. ff. eod.* quia communis opinio justam excusationem creditori præbet. Secundus casus est, si filius in talem causam pecuniam mutuam accepit, quæ oneribus parentis incumbit. V. G. Pro sumptibus studiorum, pro dotanda filia, &c. *l. item si. 7. §. quod dicitur. 13. ff. eod.* Si tamen, ut Juris-Consultus dicit, probabilem modum in 22 23 24

in mutua pecunia non excessit, sed eam quantitatem accepit, quam pater
25 solebat subministrare. Tertius casus est, si pecunia à filiofamiliâs mutuò accepta in necessariam patris causam impensa est, E. C. si debitum patris solvit, quod nulla exceptione submoveri potuit, *dict. l. 7. §. 14. ff. eodem.*
26 Quartus casus, si filius paterfamiliâs factus solverit partem mutui, cessabit S. Consultum, nec solutum repeti potest, *dict. l. 7. §. hoc amplius. 15. ff. eod. Vid. plura in Colleg. Argentorat. ad hunc tit. de S. C. Macedoniano.*

27 Annotandum est undecimò, denegari tantummodò creditori efficacem actionem, si filiusfamiliâs pecuniam, aut aliam rem sine præscitu, & consensu patris mutuò acceperit; Articulus noster, in verbis, ohne sein (id est, deß Vatters) Bewilligung; Si igitur consensus patris accesserit, tam ipse filius actione mutui, quàm pater de peculio actione de peculio efficaciter conveniri possunt, *l. 2. 4. & 5. Cod. ad S. C. Macedon. l. 7. §. 15. l. 12. & l. 16. ff. eod.* Ratio est, quia tunc pater actione quod jussu conveniri potest, imò etiam fidejussori denegatur beneficium S. C. Macedoniani, si ex voluntate patris fidejussit, quia totus contractus à patre videbitur comprobatus,
28 inquit *textus in l. sed si. 9. §. non solum. 3. ff. eod.* Et hoc in tantum verum est, ut etiam tacitus patris consensus sufficiat. V. G. Si actui mutuationis interfuit, & non contradixit. *Manz. loc. cit. n. 36.* quia tacens semper habetur pro consentiente, quando actui interfuit, quem sua contradictione impedire potuit, ut supra exsplicavimus, & licèt antiquitus differentia inter Juris-Consultos fuerit, an pater contractum mutui sine sua voluntate initum ex postfacto ratihabere possit, tamen Justinianus in *l. ult. Cod. ad S. C. Macedon.* hanc veterum ambiguitatem sustulit: Per rationem, quòd ratihabitio subsequens idem operetur, quod operatur consensus antecedens. Vid. *D. Bassus. in decis. suis, decis. 17. per totum.* Ubi hanc legem solidè exsplicat; Nec ad hoc, ut pater mutuum à filiofamiliâs contractum censeatur ratihabere, requiritur verbalis, & expressa ratihabitionis formula, sed sufficit etiam realis, & tacita, E. C. si pater, ut inquit textus in *l. item. 7. §. hoc amplius. 15. ff. ad S. C. Macedon.* solvere cœperit, quod filiusfamiliâs mutuum sumpserit, quia per solutionem partis censetur agnovisse totum debitum, quamvìs alij contra expressum textum legis hoc supervacanea subtilitate in dubium vocent.

29 Annotandum est duodecimò, ex textu articuli nostri filiumfamiliâs tunc tantùm juvari S. C. Macedoniano, si pro se, & non pro alio pecuniam mutuò sumpserit, wann die Kinder etwas für sich selbst entlehnen / nam si pro alijs rem mutuam accipiant, cessat ratio legis, quæ S. C. Macedonianum induxit, scilicet cùm filijfamiliâs sæpè ære alieno creditarum pecuniarum onerati, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiarentur *Tit. 7. §. 7. Inst. quod cum eo &c.*

30 His igitur ad litteram textûs nostri sic exsplicatis, aliquæ adhuc quæstiones, quasi quotidie recurrentes, superaddendæ sunt.

Prima est, si filiusfamiliâs alteri filiofamiliâs mutuum dederit, an tale mutuum subsistat? Et certum est, quòd non: Si enim mutuum filiofamiliâs datum ab homine, qui prorsùs sui juris est, inscio patre non subsistit, multò minùs subsistet, si datum fuerit ab alio, qui sui juris non est, id èst à filiofamiliâs. Sed, quia priùs diximus, mutuanti rei vindicationem non competere, tametsi pecunia mutuata adhuc in peculio extet, eò quòd mutuum ipso jure subsistat, & pecuniæ mutuatæ dominium in mutuatarium
31 transeat, igitur non immeritò quæritur, an, si filiusfamiliâs alteri filiofamiliâs mutuaverit, non saltem ipse, vel pater ejus pecuniam mutuatam adhuc extantem vindicare possit? Et dicimus, quòd sic: *Per text. in l. si quis. 3. §. proinde. 2. Vers. si filiusfamiliâs.* Eò quòd pecunia mutuata non sit, ut ibidem verba formalia Juris-Consulti sonant, quasi dicat, quia nullum mu-

tuum

tuum contractum est: non enim perdere ei peculium pater concedit, in-
quit textus, cùm ei peculij administrationem permittit. Et ideò Julianus di-
cit, vindicationem nummorum patri superesse. Quid si autem nummi con- 32
sumpti sint? Patri dabitur condictio sine causa, *juxta glossam ibidem in*
litt. M.

Secunda quæstio est, an filiusfamiliâs exceptioni S. C. Macedoniani 33
renunciare possit? Et satis planum esse videtur, simplicem renunciationem
inutilem esse; Eò quòd S. C. Macedonianum non solùm in favorem filij,
sed principaliter in favorem patris, & Reipublicæ introductum sit. *D. Bas-*
sus. loc. cit. n. 18. Fachin. controv. juris. lib. 4. cap. 61.

Sed, quid si ad renunciationem juramentum filijfamiliâs accesserit? 34
Quidam putant tale juramentum prorsùs non subsistere, ut videre est apud
Perez. ad hunc tit. n. 17. Bacchov. ad Threutl. volum. 1. Disput. 20. Thes. 7.
litt. D. Cavall. quæst. 776. Enenckel. de privil. parent. privil. 12. cap. 3. n. 5.
Alij autem volunt, quòd tale juramentum absolutè sit efficax. *Bassus. dict.*
decis. 17. n. 18. Ubi Lessij, Molinæ, & Laimani auctoritates adducit. Alij
quasdam distinctiones adducunt, quæ non multum ad rem faciunt: Si i-
gitur affirmativam sententiam tanquam probabiliorem, quòd jurata renun-
ciatio exceptionem S. C. Macedoniani excludat, retineamus,

Quæstio tertia est, an hoc juramentum à filiofamiliâs præstitum etiam 35
fidejussori jurantis, & patrifamiliâs in peculio præjudicet?

Ad hanc quæstionem resolvendam sciendum est, tria esse peculiorum 36
genera. Primum dicitur profectitium, quod pater ipse concedit filio suo,
ad hoc, ut cum illo negotietur, & dicitur profectitium, eò quòd prove-
niat, sive proficiscatur de bonis paternis; Alterum dicitur adventitium,
quod filio aliundè, quàm à patre obtingit, V. G. ex successione matris,
avi, cognatorum, &c. Vel ex donatione, aut qualicúnque prospera for-
tuna. Tertium appellatur castrense, vel quasi castrense, quod filiofami-
liâs accedit ex armata, vel togata militia, de quibus omnibus videri possunt
DD. ad Tit. 6. §. 10. Inst. de act. de peculio. Et siquidem filiofamiliâs pecu- 37
lium castrense, vel quasi castrense superest, non est dubium, quin ex mu-
tuo semper obligetur, sive nulla fuerit facta renunciatio, sive fuerit facta
simpliciter, aut juratò: Ratio est, quia in castrensi, vel quasi castrensi
habetur pro patrefamiliâs, proinde ex mutuo efficaciter obligatur, & exce-
ptioni S. C. Macedoniani locus non est: Quod attinet ad peculium adven- 38
titium, patri competit usufructus, de quo paulò post plura dicentur, nec
filiusfamiliâs quoad hæc bona adventitia à patria potestate liber est: Ex
quo sequitur, quòd mutuum accipiendo sine voluntate, & consensu patris,
efficaciter se non obliget, sed S. C. Macedoniano locus sit; Ne filius mu-
tuâ pecuniâ malè utendo ante diem patrios inquirat in annos; Nihilomi- 39
nùs, si à filiofamiliâs mutuum accipiente jurata renunciatio S. C. Macedo-
niani facta sit, putamus, eum efficaciter obligari, nec exceptione S. C. Ma-
cedoniani in bonis adventitijs uti posse: Ratio clara est, quia juramentum
servandum est, quamdiu servari potest sine dispendio salutis æternæ, ut
jam sæpiùs diximus: Sed in proposito casu, quando filiofamiliâs bona ad-
ventitia supersunt, juramentum servari potest, cùm præsupponantur bona
adventitia in ejus potestate, & dominio esse. In bonis profectitijs major 40
difficultas est; Nam pater, ut paulò antè audivimus, illa non concedit
filio ad perdendum, sed ad administrandum, & quia exceptio S. C. Mace-
doniani non solùm ipsi filio, sed etiam patri concessum est, ut actione de
peculio non teneatur, videtur satis apertum esse, filiumfamiliâs per renun-
ciationem juratam patri præjudicare non potuisse, quilibet enim ex suo ju-
ramento non alteri, sed sibi soli præjudicat, ut diximus supra ad *Tit. 1.*
Art. 16. quòd mulieris alienatio jurata de bonis suis paraphernalibus facta

marito nihil præjudicet. His tamen non obstantibus existimamus, filiofamiliâs pecuniam mutuò cum renunciatione jurata accipiente, etiam patrem actione de peculio obligatum esse: Ratio manifesta est, quia præsupponimus, filium ipsum ex obligatione mutui cum jurata renunciatione contracta efficaciter obligari, si ergò filius obligatur principaliter, pater jure prætorio actione de peculio obligatus est in subsidium: Sicut jam priùs diximus, filijfamiliâs obligationem ex mutuo efficacem esse, si se patremfamiliâs mentitus fuerit. Si ergò obligatio per mendacium efficax facta, patrem in peculio obligat, multò magis obligabit juramentum filij: Præsupposito semper hoc fundamento, quòd juramentum filij accedens obligationem mutui efficacem reddat, & exceptionem S. Consulti excludat: Nec quidquam est, quòd pater conqueratur, cùm ipse ultra non teneatur, quàm in peculio est, & ipsi libera potestas sit, peculium revocandi, quoties ipsi de mala administratione filij suspicio est, *DD. ad dict. §. 10. Inst. de peculio.*

De fidejussore nulla potest esse disceptatio, fidejussio enim obligatio accessoria est, ad filijfamiliâs contractum juratum: Si ergò subsistit contractus principalis filij, etiam subsistit obligatio fidejussoria; Et ex his

41 Pro quæstione quarta, quid de filiofamiliâs mutuante, & mutuatario dicendum sit, si vel utèrque, vel unus ex illis minorennis sit; Facilis est Responsio: Nam, si minorennis cum filiofamiliâs majore contraxerit, & Julianus, & Marcellus scribit, minorem in integrum restitui posse, ut magìs ætatis ratio, quàm S. Consulti habeatur, *l. verum. 11. §. planè. 7. ff. de minoribus.* sive igitur mutuans, sive mutuatarius minorennis sit, contra contractum mutui restituitur in integrum, & proinde S. C. Macedoniani beneficio locus non est. Si autem utèrque tam mutuans, quàm mutuatarius filiusfamiliâs in minore ætate fuerit, compensatur beneficium restitutionis, quia privilegiatus contra privilegiatum eodem privilegio uti non potest, ex quo sequitur, quòd filiusfamiliâs minor ab alio filiofamiliâs minore mutuum accipiens beneficio S. C. Macedoniani juvetur. Vid. *D. Bassus. loc. cit. n. 4.* Qui plura de hac materia S. C. Macedoniani videre desiderat, consulat *D. Arnold. Rath. in thes. suis, ad dict. S. C. Macedonian. Enenckel. de privil. parent. & liber. privil. 7. & 12. D. Bassum. in dict. decis. 17. Besold. in delib. fol. 94. & seqq. & alios ab ijs citatos.*

42 Secundus effectus est patriæ potestatis, quòd filiusfamiliâs sine patris consensu in judicio comparere non possit, juxta *text. hujus Artic.* Noch vor Gericht erscheinen / ubi subintelligenda sunt verba præcedentia, ohne sein (deß Vatters) Bewilligung / qui termini ad utrúmque se extendunt, id est, ut filiusfamiliâs sine patris voluntate, & assensu nec mutuum suscipere, nec in judicio comparere possit: Ratio hujus rei est, quia filiusfamiliâs non habet integram personam, & patris interest, ne se filius in præjudicium suum litibus immisceat, cùm patri, ut diximus, in peculio profectitio jus proprietatis, in peculio verò adventitio usufructus competat.

Et hoc in tantum extendendum est, ut filius neque agendo, neque defendendo justam personam standi in judicio habeat, quia semper ei deficit integritas personæ, & consensus parentis adeò necessarius est, ut ex defectu illius judicium nullum sit: Et licèt quidam ex DD. hujus opinionis sint, illum debere intervenire ante litis contestationem, nec ratificationem subsecutam ullius valoris esse, juxta regulam, de qua supra diximus, quòd ratihabitio non retrotrahatur, quæ primùm intervenit post tempus constitutum re ampliùs non integra. Vid. *Faber. Tit. 20. lib. 4. defin. 1. ad S. C. Macedon.* de hoc tamen nos subsistimus, & cum *Hieron. de Cævall. quæst. 327.* libentiùs consensum patris in omni parte judicij admittimus, quia nullam præfinitionem temporis in articulo nostro reperimus, &, ut sæpiùs diximus, aliâs regulare sit, ratihabitionem subsequentem retrotrahi ad tempus con-

sensûs

sensûs antecedentis, *dict. l. si filiusfamiliâs. fin. Cod. ad S. C. Macedon.* Similiter, tametsi DD. communiter consensum expressum requirant viva voce, vel per procuratorem, aut epistolam interpositum, tamen, quod supra jam de mutuo probabile judicavimus, etiamnum affirmamus, tacitum consensum sufficere, si per talem actum exsplicetur, ex quo nulla alia conjectura sumi potest, quàm quòd litigium filijfamiliâs cum bona voluntate patris agatur: V. G. Si pater in judicio filio assistat, aut eidem procuratorem adjungat, producta subscribat, &c. Imò, si fuerit præsens, & non contradicat, haberi debet pro consentiente, cùm facilè sua contradictione totum litigium, sive judicium impedire potuisset. 43

Sunt tamen quidam casus, in quibus filiusfamiliâs Patris consensu ad judicium opus non habet. Primus est, in peculio castrensi, vel quasi, quia in eo reputatur pro patrefamiliâs. Secundus est, in causis spiritualibus beneficialibus, aut ab his dependentibus: In hujusmodi enim litibus, ut inquit *cap. si annum. 3. de Judicijs in 6.* quanquam in potestate patris existas, nec aliàs absque ipsius assensu in judicio regulariter esse possis, ejus tamen (cùm de his se intromittere non habeat) nequaquam requiri debebit assensus. Tertius est, si filiusfamiliâs non pro se, sed pro alio in judicio compareat. Quartus est, si filiusfamiliâs criminaliter accuset, vel accusetur, & alijs quibusdam causis, de quibus videri potest *D. Balthasar. ad hunc Tit. resol. 1. n. 54. ad finem.* An autem, & quomodò filiusfamiliâs cum, vel sine consensu patris hæreditatem sibi delatam adire, vel recusare possit. *Vid. elegans text. in l. cùm non solùm. 8. Cod. de bonis, quæ liber. &c.* 44 45

Tertius Patriæ potestatis effectus est, ut filiusfamiliâs ne quidem cum voluntate, & consensu patris testamentum facere possit, in verbis, **auch kein ordentlich Testament / wann der Vatter gar darein bewilliget / machen könne.** Convenit hæc dispositio cum textu in *l. 6. ff. qui testam. fac. poss.* quia, ut inquit textus, qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet, adeò, ut, quamvis pater ei permittat, nihilò magìs tamen, id est, non ideò magìs, ut glossa exsplicat ibidem in verb: nihilò magìs, de jure testari possit, *DD. ad lib. 2. tit. 12. Inst. quib. non est permiss. &c.* Ubi textus inquit, non tamen omnibus licet facere testamentum, statim enim hi, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeò quidem, ut, quamvis parentes ei permiserint, nihilò magìs jure testari possint: Hujus rei principalis ratio hæc est, quia filiusfamiliâs non habet integritatē personæ: Lege enim *12. Tabul.* jus testandi ad solos patresfamiliâs restrictū est: In verbis paterfamiliâs, uti legâsset, ita jus esto. *Perez. ad dict. tit. Cod. qui testam. fac. poss. n. 8.* Filiusfamiliâs autem familiam non habet, sed ipse est de familia patris, vel avi; Nec quidquam patris permissio ad rem facit, cùm testamenti factio sit juris publici, quod privatorum dispensationi subjacere non debet: Vid. quæ fusè scripsit *D. Caspar. Manz. in tract. de testam. tit. 2. quæst. 2. per totum.* 46 47 48

Et hoc in tantum extenditur, ut filius ne tunc quidem testari possit, quando habet peculium, sive id sit profectitium, sive adventitium, sive patri debeatur ususfructus, sive non, adeóque tametsi patri ususfructus ademptus, & in tali peculio adventitio filiofamiliâs plenum dominium simul cum usufructu addictum sit, *l. nemo. 11. Cod. qui testam. fac. poss. Crassus. §. testamentum. quæst. 23. n. 2. Julius Clar. §. testamentum. quæst. 18. n. 2. Perez. loc. cit. n. 8. Manz. loc. cit. de testament. tit. 2. & Inst. quib. non est permiss. ad Vers. adeò quidem. n. 14. cum seqq.* Ratio hujus est, quia ad testamenti factionem non sufficit, habere bona cum omni, & pleno dominio ac libera administratione, sed, ut dictum, principaliter requiritur integritas status, quam nec dominium, nec administratio rerum tribuit, sed sola solutio à potestate patria, de quo in sequenti articulo.

 Sed,

49 Sed, quid si filius cum patris voluntate, & consensu testamentum ad pias causas faciat, anné illud sustinebitur? *Perez. loc. cit.* de jure civili nullum esse dicit: Alij diversas distinctiones adferunt, quæ videri possunt apud *D. Balthasar. loc. cit. n. 57.* Verissima tamen opinio est, quòd ejusmodi testamentum ad pias causas conditum omninò valeat, *cap. licèt de sepulturis in 6.* Ubi dicitur, quòd filiusfamiliâs pro anima sua præter patris assensum nihil judicare, id est in ultima voluntate relinquere possit, ergò à contrario sensu cum patris assensu aliquid pro anima sua judicare, & relinquere potest, & quia hæc dispositio conscientiam concernit, & in relictis ad causas pias fori Ecclesiastici judicium attendi debet, putamus, testamentum filijfamiliâs cum patris voluntate pro anima sua conditum omninò servandum esse.

50 Diximus, de testamento cum voluntate patris condito, prout *text. in dict. cap. licèt* expresse assensum patris requirit: Quid si igitur filiusfamiliâs sine consensu patris ad pias causas testatus sit, anné saltem valebit quoad ea bona adventitia, quæ adempto patri usufructu plenissimo jure dominij filio acquisita sunt? Et videtur dicendum, etiam in illis patris consensum ad testandum necessarium esse, ob sequentes rationes. 1. Quia paulò antè diximus, filiofamiliâs in bonis etiam pleno jure ad se pertinentibus testamenti factionem non competere, eò quòd ipsi obstet integritas statûs, & patriæ potestatis auctoritas. 2. Quòd dictum *cap. licèt. de sepult. in 6.* ad hunc effectum, ut filijfamiliâs ultima dispositio pro anima valeat, patris assensum simpliciter requirat, & solum peculium castrense, vel quasi excipiat, quia in illis filiusfamiliâs pro patrefamiliâs habetur, ergò omne aliud peculium censetur exclusisse, unius enim inclusio alterius est exclusio: E contra verò videtur intentio Pontificis *dict. cap. licèt:* solùm hæc fuisse, ne per testamentum filijfamiliâs sine assensu patris factum eidem præjudicetur, quia autem pater in bonis filij adventitijs, quæ ei pleno jure obveniunt, nec usumfructum habet, nec ullum præjudicium per testamentum filij generatur, satìs probabile videtur, testamentum à filiofamiliâs pro pia causa factum in bonis adventitijs pleno jure ad se pertinentibus patris assensu non indigere, quia in dubijs juris semper pro pia causa respondendum est. Nos pro nostra opinione primæ sententiæ accedimus: Tametsi enim patris quoad usumfructum talium bonorum adventitiorum nihil intersit, qualecúnque testamentum filiusfamiliâs faciat, tamen, quia *prædict. text. in cap. licèt.* de usufructu paterno nullam mentionem facit, sed potiùs, ut nobis videtur, ad auctoritatem, & patriam potestatem conservandam suum respectum habet, meritò standum est juri civili hac in parte per jus Canonicum non correcto: Præsertim, cùm in hoc etiam patris versetur utilitas, quòd is filiofamiliâs sine testamento ad pias causas decedente, vel jure peculij, vel suo modo jure hæreditatis cum defuncti fratribus, & sororibus successurus esset: Cujus quæstionis examinatio hujus loci non est.

Continuatio

SUMMARIORUM.

51. An testamentum filij confirmetur, si postea paterfamiliâs efficiatur?

52. An donationem mortis causâ facere possit cum consensu patris?

53. Quid si filius tale codicillum relinquens tempore mortis paterf. sit?

54. An filiusfamiliâs legatum facere possit?

55. An paterfamiliâs filium suum ad actum testandi emancipare?

56. An supremus territorij Princeps filiumfamiliâs in præjudicium patris facere possit testabilem?

57. & 58. Quid in re testamentaria nomine peculij castrensis, vel quasi comprehendatur?

59. An

59. An Clerici, & Sacerdotes, aut aliæ personæ Ecclesiasticæ filijfamiliâs peculium castrense, vel quasi habeant?
60. An Clerici, & Sacerdotes de bonis Ecclesiæ testari possint?
61. An pater in bonis filij à Principe acquisitis usumfructum acquirat?
62. An filiusfamilias testari possit de bonis ab uxore sua prædefuncta acquisitis?
63. Bona adventitia filijfamiliâs an acquirantur patri?
64. 67. & 68. Quæ excipiantur?
65. Quid si pater cum alijs liberis in unius defuncti hæreditate succedat?
66. Quid si pater divortium fecerit?
69. Quid si filiusfamiliâs aliquam hæreditatem invito patre adierit?
70. Quid si servus filio acquiratur ad hunc finem, ut eum manumittat?
71. Quid si filiofamiliâs legatur ususfructus, vel aliud jus personale?
72. & 73. An patri in feudis filijfamiliâs acquiratur usufructus?
74. An pater coercitionem in liberos habeat?
75. An illos in domum disciplinarem, ins Zucht-Hauß / *mittere possit?*
76. An filius sine consensu parentis uxorem ducere possit?
77. An pater injuriam filio factam remittere possit?
78. Quomodò pater in bonis filij administrationem habeat?
79. An pater ad administrationem bonorum filij speciale decretum judicis, aut ordinarij magistratûs necessariò habere debeat?
80. Quid si filio aliquid relictum sit hac expressa conditione, ut pater ad illud nullam omninò administrationem habeat?
81. An filiusfamiliâs hæreditatem in quoscúnque hæredes transmittat?
82. & 83. Quæ & qualis sit differentia inter filium suum, & inter filium emancipatum quoad successionem?
84. Quomodo verum sit, quòd inter filium, & patrem non oriatur obligatio?
85. Quid si juramentum accesserit?
86. Quomodò pater filijs tutores, & curatores dare possit?
87. Quomodò leges quædam antiquæ de patria potestate abolitæ sint?

Sed, quid si filiusfamiliâs cum, vel sine patris consensu testamentum fecerit ad causam piam, vel profanam, an confirmetur, si postea quovis modo legitimo paterfamiliâs efficiatur? Et communis est Responsio, tractu temporis non convalescere, quod ab initio nullum fuit, *cap. non firmatur. de R. J. in 6. textus clarus est in l. si filiusfamiliâs. 19. ff. qui testam. fac. poss.* Ubi dicitur, si filiusfamiliâs, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, & signaverit, secundùm eas bonorum possessio dari non potest, licèt filiusfamiliâs sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullæ sunt tabulæ testamenti, quas is fecit, qui testamenti factionem, & facultatem non habuerit; Et hoc etiam intelligendum de testamento filijfamiliâs ad piam causam sine consensu parentis condito, quia, ut diximus, etiam Jure Canonico testamentum filijfamiliâs nullum est, si est conditum absque consensu parentis, ergò similiter ex postfacto, tametsi patriam potestatem legitimè excesserit, non convalescit. 51

Quamvìs autem, ut modò diximus, filiofamiliâs etiam cum consensu patris testamenti factio interdicta sit, tamen articulus eidem permittit, ut cum consensu patris donationem mortis causâ facere possit, quod Juri communi convenit, *in l. tam is. 25. §. filiusfamiliâs. 1. ff. de mort. caus. donat.* Ubi dicitur: Filiusfamiliâs, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris: Tamen mortis causâ donare patre permittente potest: Ejus rei ratio est, quia donatio mortis causâ contractus magìs, & privati juris est, ut proinde rectè parentes juri suo renunciare possint, in quorum gratiam donandi licentia filijsfamiliâs denegata fuit. *Perez. ad dict. tit. Cod. qui testam. fac. poss. n. 8.* 52

53 Sed quæres, cùm donatio mortis causâ ſit actus ultimæ voluntatis, tametſi aliqualiter ad contractum accedat, an etiam in alijs actibus ultimæ voluntatis, qui non per ſolenne teſtamentum, ſed per Codicillum fiunt, utpote legatis, & fideicommiſſis filiusfamiliâs aliquid cum voluntate patris relinquere poſſit? Ratio dubitandi ex textu articuli hæc eſt, quòd tantùm filiofamiliâs confectio teſtamenti ſolennis prohibeatur, in Verb: **kein ordentlich Teſtament / ꝛc.** ergò à contrario ſenſu alias ultimas voluntates minùs ſolennes admittere videtur: Sed Reſpondetur, quòd filiusfamiliâs etiam cum conſenſu parentis nec titulo legati, aut fideicommiſſi aliquid relinquere poſſit, ita ſentit gloſſa *ad dict. l. 25. ff. de mort. cauſ. donat. litt. M.* Ratio antiquitus clara fuit, quia legata, & fideicommiſſa in teſtamento relinquebantur, teſtamenta autem, ut modò diximus, filijsfamiliâs interdicta fuerunt, ergò etiam legatorum, & fideicommiſſorum relictio: Et qùamvìs hodierno jure legata, & fideicommiſſa in Codicillis coram quinque teſtibus relinqui poſſint, §. *noſtro autem Inſt. de legat.* tamen *gloſſ. in dict. l. 25.* benè dicit, licèt ſit diminuta ſolennitas quoad numerum teſtium, & voluntatis ſolennitatem, quòd tamen nihil in ſolennitate perſonæ condentis ultimam voluntatem inveniatur diminutū, unde meritò ſtandum veteri juri: Quod approbare videntur noſtra ſtatuta Bavarica, in verbis, **ſonderen allein mit ſeiner deß Vattern Bewilligung ein Schanckung von Todts wegen thuen köndte /** ubi notetur particula taxativa (**allein**) quæ omnem aliam ultimam voluntatem præter donationem mortis causâ excludit.

54 Hoc tamen ſingulariter notandum, ſi filiusfamiliâs non ſolenne quoddam teſtamentum, ſed codicillum cum, vel ſine voluntate patris fecerit, & in eo legata, aut fideicommiſſa conſtituerit, quòd illa omninò valeant, ſi filiusfamiliâs tempore mortis ſui juris fuerit: Eò quòd validitas in codicillis, legatis, & fideicommiſſis reſpectum ſuum habeat ad tempus mortis, unde, etſi ab initio ob defectum patriæ poteſtatis legata, & fideicommiſſa in codicillis relicta non ſubſiſtant, valent tamen, ſi filius tempore mortis ſui juris ſit, *l. conficiuntur. 8.* §. *ſi poſt. 3. ff. de jure Codicill. Enenckel. de privil. parent. privil. 16. cap. 1. n. 6. & cap. 2. n. 3.*

55 Probavimus modò, filiumfamiliâs nec cum, nec ſine conſenſu parentis teſtamentum facere, aut codicillare poſſe, niſi codicillus ad nudas donationes mortis causâ reſtrictus ſit, tunc enim patris voluntate convalidatur, quidquid *D. Rath. in diſſert. ſua. de potiſſ. differ. Jur. aſſert. 40.* ſubtiliter in contrarium diſputet. Sed nunc quæſtio eſt, an pater filium ad actum teſtandi, vel codicillandi, ita emancipare poſſit, ut in cœteris actibus tamen patriæ poteſtati ſubſit? Et Reſpondetur, quòd non, quia ſicut nemo pro parte liber, & pro parte ſervus eſſe poteſt, ita neque pro parte paterfamiliâs, & pro parte filiusfamiliâs eſſe poterit, *l. ſi tibi. ff. de Adoption. Enenckel. de privil. parent. privil. 16. cap. 3. n. 7.*

56 Quid ſi autem ſupremus princeps diſpenſaverit, ut filiusfamiliâs teſtamenti faciendi capax ſit? Et dicimus, id ſupremum principem in præjudicium patris facere non poſſe, aut non debere: Ratio eſt, quia nec ipſe ſummus Pontifex in *dict. cap. licèt. de ſepult. in 6.* teſtamentum à filiofamiliâs pro anima ſua, & ſic ad piam cauſam factum approbare voluit, niſi factum fuerit cum conſenſu parentis, tametſi enim teſtamenti factio juris publici ſit, & in eo ſupremus princeps diſpenſare poſſit, tamen jus patri quæſitum invito adimere nequit, aut certè, reſcriptum habebitur pro ob, & ſubreptitio.

57 De caſtrenſi, aut quaſi caſtrenſi peculio, de quo ſæpiùs diximus, & paulò poſt in textu articuli ſequetur, nullum eſt dubium, quin filiofamiliâs teſtamenti factio competat, quia in his peculijs habetur pro patrefamiliâs. Sed in hoc aliqui ſubſiſtunt, quid nomine peculij quaſi caſtrenſis contineatur? Nos paucis dicimus, peculium quaſi caſtrenſe eſſe, quod filius

ex

ex aliquo officio, aut functione publica consequitur. Et sub hoc schemate numerantur omnia salaria Aulicorum ministrorum, Consiliariorum, Secretariorum, Registratorum, præfectorum Provincialium, actuariorum, & aliarum personarum, quæ pro functionibus publicis stipendia merentur: Excluduntur autem omnes illi, qui principibus, & reipublicæ servilia officia præstant, ut sunt murarij, scrinarij, & alij ejusmodi opifices mæchanici: Licèt enim sibi arrogent nomen publici quasi officij, cùm se vocent, **Hof-Maurer / Hof-Schreiner**: Id tamen nihil ad rem facit, cùm sua opificia solius quæstûs causâ exerceant. Imò rectè quoque à privilegio peculij quasi castrensis excluduntur etiam alij opifices, qui propter præstantiam artis suæ majorem sibi arrogantiam faciunt, ut sunt pictores, lapicidæ, sculptores, &c. qui plerúmque sua annua salaria habent, & nihilominùs opera sua principibus non gratis, sed æstimatò expediunt, & excessivo pretio vendunt, quoniam harum personarum functiones nihil ad reipublicæ gubernationem conferunt. Multò minùs hoc privilegio gaudebunt cantores, cytharædi, saltrices, & quicùnque alij hujus fœcis sunt, tametsi enim ex publico salarentur, nullam tamen publicam administrationem, & functionem habent, & proinde privilegio quasi castrensis peculij digni non sunt, benè describit has personas *Artic. 11. Tit. 34.* sub Rubr. **Welche Persohnen nit könden Testament machen** / ubi filiusfamiliâs ratione illorum bonorum, **so sie im Krieg / oder durch Lehrung freyer Künsten / Verwaltung eines Standts oder Ambts / aigne Geschicklichkeit / vnnd daher rührende redliche Besoldung überkommen** / testamenti factio permittitur, ergò reliquæ à testamenti factione excluduntur. De advocatis aliqui dubitant, sed quia modò *alleg. Artic. 11.* illos in specie etiam includit, cùm officium eorum sit quasi publicum, quamvìs hodierno tempore ex publico ampliùs non salarentur, ijsdem hoc privilegium non invidemus: Sed illud ad Procuratores, Notarios, rabulas forenses, **die gemaine Vorsprecher / Baurenkönig / vnd Stuellschreiber** / qui servilia opera præstant, extendere, nimis absonum esset. 58

De Clericis, & Sacerdotibus habemus textum clarum in *l. Sacrosanctæ. 32. Cod. de Episc. & Cler.* quòd ipsi etiam in parentum potestate constituti lucra occasione clericatûs provenientia pro peculio quasi castrensi capiant, & pro lubitu de ijs tam inter vivos, quàm per ultimam voluntatem disponere possint: Ea, inquit textus, quæcùnque in eodem Clericatûs gradu, locóque viventes acquirere, & habere potuerint, etiamsi in patris, avíque, aut proavi potestate constituti sint, & adhuc superstites habeantur, de his, si quando eis libitum fuerit, testandi, vel donandi, vel quolibet alio titulo alienandi libera eis facultate concessa, &c. Quod postea in Auth: *præsbiteros* ita extensum fuit, ut clerici res quolibet modo ad dominium eorum venientes habere in sua potestate possint ad similitudinem castrensium peculiorum, & donare, cui volunt, secundùm leges, & in his testari, licèt sub parentum potestate sint, ut sunt verba formalia dict: Auth: *præsbiteros. Cod. de Episc. & Cler.* Ut proinde proventus Ecclesiastici habeantur, ut citata *l. 22.* loquitur, pro bonis proprijs Cleri, proventus autem aliunde Clericis obvenientes habentur pro quasi castrensibus, prout etiam hos textus sic explicat *Covar. tom. 1. de testam. cap. 9. n. 2. cum seqq.* Ita ut patri, tametsi filius Sacerdos, sive Clericus per sacerdotium à patria potestate non liberetur, in bonis post Clericatum filio, sive ratione Clericatûs, sive aliunde ex hæreditate, vel alia qualicùnque prospera fortuna obvenientibus, ususfructus non acquiratur. *Covar. ibidem.* quia, ut textus inquit, ad similitudinem castrensium peculiorum sunt, imò quoad hunc effectum non solùm Sacerdotes, Præsbiteri, Diaconi, Subdiaconi, Cantores, & Lectores, sed etiam aliæ personæ minoribus ordinibus præditæ (exceptâ primâ tonsurâ, 59

râ, quæ ordo dici non poteſt. *Covar. loc. cit. n. 4.*) ſub nomine Clericorum contineantur dict: Auth: *præsbiteros. Cod. de Epiſc. & Cler.*

60 Hanc facultatem tamen teſtandi, & diſponendi de bonis poſt ordinationem acquiſitis *Juſtin. in Novell. 131. cap. 13.* Epiſcopis iterum ademit, & jus Pontificium poſtmodùm ad reliquum quoque Clerum extendit, ita, ut illi de bonis, Eccleſiæ occaſione acquiſitis, ſeu de fructibus bonorum Eccleſiaſticorum teſtari non liceat. *cap. 7. x. de teſtamentis*, cùm æquum ſit, quod Eccleſiæ occaſione profectum eſt, ad eam redire, tum etiam, ut Eccleſiaſtici ab inſatiabili opes congerendi cupiditate arceantur, & in vita liberalitatem erga pauperes exercere ſtudeant: Quamvìs hæc optima diſpoſitio generali quaſi conſuetudine iterum ſublata ſit. *Perez. in Cod. ad tit. de Epiſc. & Cler. n. 14. in fine.*

61 Adhuc unus inſignis caſus, quo patria poteſtas excluditur, & eidem uſusfructus non acquiritur, eſt in bonis à liberalitate principis provenientibus, juxta *text. in l. cùm multa. 7. Cod. de bonis, quæ liberis*: Si quis igitur, inquit textus, à Sereniſſimo Principe, vel à pijſſima Auguſta, ſive maſculus, ſive fœmina donationes ſit conſecutus, vel conſecuta, ſive mobilium, ſive immobilium, ſive ſe moventium rerum, filiusfamiliâs tamen conſtitutus, vel conſtituta habeat hujuſmodi res omni acquiſitione abſolutas, & nemini eas acquirat, neque earum uſumfructum pater, vel avus, vel proavus ſibi vindicet: Sed ad ſimilitudinem caſtrenſis peculij omnem facultatem in eas filij, vel filiæfamiliâs habeant: Rationem addit textus, ut enim imperialis fortuna omnes ſupereminet alias, ita oportet, & principales liberalitates culmen habere præcipuum.

62 Alium caſum ponunt de filiofamiliâs uxorem habente, quem dicunt de lucris dotalibus ab uxore præmortua ſibi obvenientibus teſtari poſſe, vel, ſi tranſeat ad ſecundas nuptias, quòd ſaltem liberi ex priori matrimonio, ad quos ejuſmodi lucra nuptialia devolvuntur, teſtari poſſint. Sed hic caſus ſecundùm Conſtitutiones noſtras Patrias nihil ad rem facit, cùm, ut paulò poſt dicemus, apud nos patria poteſtas per nuptias ſolvatur, progredimur igitur

63 Ad quartum effectum Patriæ poteſtatis, qui eſt quaſi principalis, ut ſcilicet habeat uſumfructum in filiorum ſuorum bonis maternis, & quibuſcúnque adventitijs. De bonis maternis locus erit dicendi ad *Art. 3.* de alijs bonis adventitijs notum eſt, quòd antiquitus pleno jure patri fuerint acquiſita, *§. 1. Inſt. per quas perſonas nobis acquiritur*, poſtmodùm verò à Juſtiniano conſtitutum, ut bona adventitia patri ſolummodò quoad fructum acquirantur proprietate filijs ex integro permanente, *l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis quæ liberis.* Si quis itàque, inquit textus, filiusfamiliâs, vel patris ſui, vel avi, vel proavi in poteſtate conſtitutus aliquid ſibi acquiſierit, non ex ejus ſubſtantia, cujus in poteſtate ſit, ſed ex alijs quibuſcúnque cauſis, vel laboribus ſuis ad eum perveniat, ea ſuis parentibus non in plenum, ut ante fuerat ſancitum, ſed uſque ad uſumfructum ſolum acquirat, & eorum uſusfructus quidem apud patrem, vel avum, vel proavum, quorum in ſacris (id eſt poteſtate) ſit conſtitutus, permaneat; Dominium autem filijsfamilias inhæreat. Et hoc noſtris Provincialibus ſtatutis confirmatur.

64 Sunt tamen quædam bona adventitia filiorum, in quibus pater etiam uſumfructum non habet. 1. Cùm ad filiumfamiliâs bona quædam hac conditione deveniunt, ne patri exinde uſusfructus quæratur, *per text. expreſſ. in auth. excipitur Cod. de bonis, quæ liberis.* Excipitur enim, dicit textus, quod eis (id eſt Liberis) datur, vel relinquitur ab aliquo parentum, conditione hac adjecta, ne ad patrem perveniat uſusfructus: Ratio hæc eſt,

quia

quia quilibet rerum suarum moderator, & arbiter est, & si donator, vel testator potuisset patri rem dare, vel relinquere, ne dominium pertineret ad filium, ita etiam potest filio dare, vel relinquere, ne usufructus pertineat ad patrem. Dices, quòd hæc auth. tantùm loquatur de relictis parentum, & non de relictis aliarum personarum, cum conditione, ne patri acquiratur usufructus: Nam ad hoc Respondetur, mendum irrepsisse in dicta *auth. excipitur*, quæ divisa est in tres partes; Verba enim, quæ sunt in secunda parte, V. *Item hæreditas*, & cætera ultimata hæc formalia: *& forsan, si aliunde quæratur lege prædicta, &c.* pertinent ad priorem partem, & manifestè demonstrant, quòd omne, quidquid filiofamiliâs cum hac conditione accedit, patrem ab usufructu excludat. 2. Quando pater cum alijs suis 65
liberis in hæreditate unius prædefuncti succedit, *auth. item hæreditas. Cod. eod.* Item hæreditas, inquit textus, fratris, sororisque, ad quam unà cum patre admittitur, supple, excipitur, ne ad patrem perveniat usufructus. Cujus rei Ratio est, quia satis visum est hoc casu patri provisum, si habeat cum liberis suis proprietatem, *Castillo. de usufruct. cap. 3. n. 54.* 3.
Patri usufructus non quæritur, si sine causa divortium faciat, quæ est ter- 66
tia pars *dict. auth.* Ubi sic habet: Idem est in his, quæ ex lege deferuntur liberis, parentibus præsumentibus solvere matrimonium: Concordat textus *in l. consensu 8. Cod. de Repudijs circa finem*: Mittuntur enim, ut inquit *glossa ad dict: auth.* dissolventes matrimonium in monasterium cum tertia parte rerum suarum, & duæ servantur filijs, in quibus pater usumfructum non habet. 4. Quando filiofamiliâs, ut paulò antè diximus, ex li- 67
beralitate Principis aliquid obtingit. 5. Ut sæpiùs jam repetivimus, in pe- 68
culio castrensi, & quasi castrensi. 6. Si pater usumfructum filiofamiliâs spontaneè remittat, *dict. l. cùm oportet. 6. §. non autem. vers. sin autem Cod. de bon. quæ liber.* Ubi verba sic habent, sin autem res sibi memorato modo acquisitas pater noluerit retinere, sed apud filium, & filiam, vel deinceps personas reliquerit, nullam post obitum ejus licentiam habeant hæredes patris, vel avi, vel proavi, eundem usumfructum, vel quod ex hoc ad filiosfamiliâs pervenit (utpotè patri debitum) sibi vindicare, & quæ ulteriùs in textu sequuntur. 7. Quando filiusfamiliâs aliquam hæreditatem a- 69
dit patre nolente, *l. fin. §. sin autem patre. Cod. eod.* Ubi dicitur, quòd, sicut filio recusante hæreditatem sibi delatam, pater eam nihilominùs adire, & pleno jure sibi acquirere possit, ita etiam, si pater delatam filio hæreditatem recuset, filius similiter eam invito patre adire, & sibi illam pleno jure acquirere possit. 8. Si donetur, aut legetur &c. servus filiofamilâs, 70
ut eum manumittat, patri usufructus non acquiritur, *dict. l. fin. circa fin. Cod. de bon. quæ liber.* Ubi dicitur, in servis autem, qui filijs, aut filiabus donantur, sive constante matrimonio, sive ab extraneis sub ea conditione, ut statim eos in libertatem perducant, nullum impedimentum paterna faciat auctoritas, qualis enim usufructus potest ei acquiri, qui momentarius esse ostenditur: Si enim in ipso momento necesse habeat, eum & possidere, & libertate donare: In talem hominem qualis usufructus patri potest acquiri?
9. Si filiofamiliâs legatur alicujus rei usufructus, *l. 1. ff. de usu. & usufruct.* 71
legat. Ubi dicitur, quòd servitus servitutis dari non possit, si ergò filio usufructus legatus est, patri usufructus hujus usufructus competere non potest; Quamvìs alij, & nostro judicio non malè, patri saltem commoditatem usufructûs addicant, ita, ut apud filium quidem sit jus usufructûs, pater autem fructus exindè provenientes ad se recipiat, prout generalis Regula ponitur, quòd, quoties filiusfamiliâs aliquod jus personale alteri incommunicabile consequitur, patri illius juris commoditas acquiratur, *Menoch. lib. 2. consil. 1022. n. 14. Cassanæ. in Consuet. Burgund. rubr. 6. §. 5. n. 6. & 7.*
Ultimò denique quæstio est, an patri in bonis feudalibus filijsfamiliâs usus- 72

fructus acquiratur? Et distinguendum esse putamus inter feuda Equestria, & inter feuda bursatica: In feudis Equestribus dicimus, patri usumfructum non competere: Ratio est clara, quia filius tenetur fructus feudales mereri per militaria servitia, sunt igitur tales fructus feudales habendi pro peculio castrensi: In feudis autem bursaticis nihil videmus obstare, quò minùs patria potestas locum habeat, & consequenter patri ususfructus acquiratur. Quia feuda purè hæreditaria, & bursatica, die Beutel-Lehen / quoad omnia allodialibus ferè adæquata sunt, ut diximus *ad Art. 4. Tit. 11. Processus Summarij.*
73 Sed, quid statuendum est de feudis Equestribus fœminarum? Ratio dubitandi est, quia fœminæ nulla militaria servitia præstare possunt, ut proinde, usumfructum ejusmodi feudorum ad patrem pertinere, dicendum esse videatur: Sed, quia fœminæ servitia militaria per substitutos præstare possunt, prout in feudis fœmineis fieri consuevit, nullum dubium nobis est, quòd fructus per servitia militaria à substitutis præstita pro muliere filiafamiliâs meritò pro peculio castrensi habendi sint, in quo patri nullus ususfructus debetur.

74 Hactenùs enumeravimus effectus patriæ potestatis in hoc articulo specificè expressos, sed, quia articulus in fine addit, Es seyn auch noch andere Würckungen deß Vätterlichen Gewalts in gemeinen Rechten außgetruckt / Quæri potest, quinam illi sint, qui virtute horum verborum in Patria nostra sustinentur? Dicimus ergò,

Quintùm effectum patriæ potestatis esse moderatam coercitionem, nam quamvìs durum jus antiquum, quo patri in liberos jus vitæ, & necis competebat, *l. in suis. ff. de liber. & posthum.* apud Christianos abolitum sit, tamen ob reverentiam, & obedientiam, quæ patri debetur, eidem hodierno tempore adhuc jus competit, filium castigandi, in privatum carcerem domi mittendi (tametsi jus privati carceris prohibitum sit.) Vel à Judice impetrandi, ut immorigerum emendandi causâ in carcerem conjiciat, ad quod Judex sine ulteriori inquisitione fastidiosa faciendum obligatus est.
75 Quæ doctrina propterea notabilis est, quia, tametsi nuper mandatum ab Electorali Aulico Consilio emanaverit, ut ad domum disciplinarem vulgò in das Zucht-Hauß / nemo sine cognitione causæ sufficienti admittatur, tamen hoc in patre, qui filium discolum emendationis causâ illum remittit, locum non habet, cùm ipse non præsumatur filio suo gravius onus imponere, quàm meruit, *l. si filius. 3. Cod. de patria potest.* ubi hæc pulchra verba sunt. Si (filius) pietatem patri debitam non agnoscit, castigare eum jure patriæ potestatis non prohiberis, acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eúmque præsidi Provinciæ oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris, quam legem glossa ita summat; Si filius patrem offendit, potest castigari per patrem, & si est necessaria severior castigatio, patre petente Judex debet eum punire eâ pœnâ, quam pater dictaverit, nam verisimile est, ut dicit *gloss. in litt. N.* quòd non pravam sententiam petit. *Schneidew. Inst. de patr. potest.*

76 Sextus Effectus est: Tametsi de Jure Canonico contra jus civile, *Inst. de nupt. in princ. l. Paulus. ff. de Statu hom. l. si ut proponis. 5. Cod. de nuptijs. & l. nuptiæ. 2. ff. de ritu nuptiar.* matrimonia debeant esse libera, ita, ut patris consensus tantùm requiratur de honestate, & non de necessitate, *cap. videtur x. qui matr. accus. poss. Concil. Trident. Sess. 24. de Reform. matr. cap. 1.* Quòd tamen pœnæ, quæ in Jure nostro statutario *Tit. 40. Artic. 9.* filijs, & filiabus sine consensu parentum matrimonia contrahentibus impositæ sunt, non obstante jure Canonico suum effectum habeant, nemo est, qui dubitat, quia dispositio Juris Canonici, & Concilij Trident. tantùm locum habet quoad vinculum matrimonnij, non quoad pœnas civiles contravenientibus impositas. Ut ibidem pleniùs exsplicabimus; Quamvìs hæ pœ-

næ

næ civiles propriè non ſint effectus patriæ poteſtatis, quia in dict. Articul. utriúſque parentis mentio fit, ita ut etiam matris conſenſus ad matrimonium neceſſarius ſit, ſi mortuo patre filij adhuc ſub ejus cura, & adminiſtratione ſunt.

Septimus Effectus Patriæ poteſtatis eſt, ut injuriam filio illatam, etiam ipſo invito remittere poſſit. *L. in perſona 30. ff. de pactis* Niſi fortè filius eſſet in dignitate conſtitutus, quia, ut paulò poſt dicemus, dignitas eximit filium à patria poteſtate: Patri igitur injuriam ei tanquam patrifamiliâs factam remittendi jus non eſt: Deinde propterea patri remiſſio injuriarum competit, quia pater magìs, quàm filius videtur offenſus, ſi igitur ponas, patrem eſſe vilem perſonam, filium autem in dignitate conſtitutum, per ſe patet, quòd injuria magìs contingat filium, quàm patrem, & proinde patri remiſſionem non competere. 77

Octavus Patriæ poteſtatis effectus eſt, ut habeat adminiſtrationem in bonis filijfamiliâs etiam eo invito. §. *1. Inſt. per quas perſon. cuique acquir.* Ratio eſt, quia paternum officium ſupplet tutelam, & curam: ſicut igitur tutores, & Curatores adminiſtrationem habent bonorum pupillarium, & minorennium, ita etiam patri, qui eorum locum ſupplet, legitima adminiſtratio competit in bonis filijfamiliâs, *Balthaſ. Tit. 3. reſol. 1. n. 69.* Imò patris poteſtas, & adminiſtratio in hoc, tutorum & curatorum poteſtate, & adminiſtratione potior, & magìs privilegiata eſt, quòd rem filijfamiliâs utiliter alienare poſſit ſine decreto Judicis, *Tiraquell. in præfat. l. ſi unquam. n. 31.* Diximus, *utiliter*, ſi enim malè adminiſtrare incipiat, & bona filij dilapidet, ei adminiſtratio adimenda eſt. *Villalog. in theſaur. Commun. opin. verbo. filiusfamiliâs n. 99. & 100.* Quidſi autem filio aliquid datum, vel relictum ſit, ea conditione, ut ipſi pleno jure acquiratur, & patri uſusfructus neutiquam cedat? Tunc enim verò, ſi filiusfamiliâs major eſt, res ſic data vel relicta ejus adminiſtrationi ſubeſt, quamvìs, ut ſupra diximus, de ea teſtari non poſſit: ſi autem filiusfamiliâs adhuc minor eſt, pater quidem adminiſtrationem habere poteſt, ſi nihil in præjudicium filijfamiliâs faciat, ſi autem malè adminiſtret, filiofamiliâs adhuc minorenni curatores dandi ſunt. *Vid. Capicius. dict. decis. 56. n. 4. & decis. 173. n. 10.* 78 79 80 81

Nonus effectus Patriæ poteſtatis eſt, quòd filiusfamiliâs hæreditatem paternam etiam non aditam in quoſcúnque hæredes transmittat. *L. apud hoſtes Cod. de ſuis.& legit. hæred. l. ſi fratris. Cod. de Jure delib.* Et, licèt jure novo differentia emancipationis, & patriæ poteſtatis, quantum ad ſuitatem attinet, in ſucceſſionibus ſublata ſit, *L. meminimus. 15. Cod. de legit. hæred. Auth. in ſucceſſione Cod. de ſuis, & legit. hæred.* Ubi dicitur, quòd liberi primi gradus æqualiter ſuccedant, nepotes, vel ulteriores in ſtirpes, non diſtinguendo ſexum, vel NB. jura poteſtatis, ſed ſola naturali cauſa inſpecta. Hæc tamen differentia non eſt in univerſum ſublata, ſed tantùm quoad ſuccedendum, ſiquidem emancipatus ſuccedit pariter, & æqualiter cum ſuo, id eſt adhuc in patria poteſtate conſtituto, uti ſucceſſiſſet, ſi ipſe quoque adhuc filiusfamiliâs, & ſuus fuiſſet. Non tamen ſublata eſt differentia emancipationis, & ſuitatis quoad modum ſuccedendi, etenim ſuus ſuccedit, ut ſuus, emancipatus verò, ut emancipatus, Inquit *Covar. in cap. poſſeſſor. §. 5. de R. J. in 6. Gomez. var. reſol. Tom. 1. cap. 9. n. 24.*

Dices, nihil intereſſe, modò filius emancipatus cum filiofamiliâs pariter, & æqualiter ſuccedat, eandem legitimam, & eadem remedia ad conſequendam paternam hæreditam cum filiofamiliâs obtineat: Reſpondemus, plurimum intereſſe quoad modum tranſmiſſionis, nam filiusfamiliâs tranſmittit portionem ſuam hæreditariam etiam non aditam, filius autem emancipatus ex diſpoſitione juris antiqui non tranſmittit, quæ differentia per di- 82

ctas leges non est sublata, & proinde hodierno adhuc jure effectus iste patriæ potestatis notabiliter observandus est. Ex quo sequitur

83 Decimus effectus Patriæ potestatis. Quoties enim agitur de infringendis parentum testamentis, suus habet jus dicendi nullum patris testamentum, in quo præteritus fuit, emancipatus verò habet tantùm jus petendi bonorum possessionem contra tabulas, præsertim cùm præteritio contigerit ex causa in ipso testamento expressa, sed incerta: *Covar. in cap. possessor de R. J. in 6. §. 5. n. 4.* Inter quæ remedia juris quantum intersit, nemo non manibus palpat. Vid. tamen dicta ad *Tit. 35. Art. 1.* der Land-Recht.

84 Undecimus Effectus est, quòd inter patrem, & filiumf. non oriatur civilis obligatio, licèt enim naturaliter duæ personæ sint, & sic naturalis obligatio inter eas locum habeat, tamen, cùm jure civili habeantur pro una eadémque persona, *l. ult. Cod. de Impub. & alijs substit.* nemo autem sibi ipsi civiliter obligatus esse possit, sequitur, inter patrem, & filium vinculum civilis obligationis deficere, *l. donationes Cod. de donat. inter vir. & uxor. l. 2. Cod. de inoff. donat. Covar. Tom. 1. part. 3. §. 1. de pact. & renunt.*
85 *success.* Nisi juramentum accedat, quia, quoties subest vera naturalis obligatio, juramentum præstitum in præjudicium ipsius jurantis servandum est. *Idem Covar. loc. cit.*

Duodecimus singularis patriæ potestatis effectus est, ut filiofamiliâs impuberi pupillariter substituere possit, *L. moribus. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. in prin. Inst. de pupillari substit. Mynsing. ibidem n. 4. & Harprecht. n. 9.* Hinc sequitur, quia filiusfamiliâs matris potestati non subest, quòd eidem pupillariter substituere non possit. *Berlich. in decis. suis. part. 1. decis. 111. n. 3.*

86 Ultimò certum est, quòd pater liberis in sua potestate constitutis in testamento tutores, vel curatores dare possit, *L. 1. & ult. ff. de Confir. tut. l. 1. Cod. eod.* Quid autem dicendum sit, si pater, vel mater filijs suis emancipatis in testamento tutores, vel curatores scripserint, alio loco commodiùs videbimus.

87 Interim quædam leges antiquæ, quæ parentibus pleniorem potestatem dabant, abolitæ sunt, ut est jus vitæ & necis patri (non etiam avo, aut proavo) competens, jus liberos severissimè coërcendi, verberandi, vinctos ad opus rusticum mittendi, egestatis causâ vendendi, & similia. Quia potestas patria magis in pietate, quàm in severitate consistere debet, *L. 11. & l. ul. ff. de lib. & posthum.* Hinc pater filio, si revera filius sit, nec alimenta negare, *L. penult. Cod. de patr. potest.* Nec eum ob contumaciam à familia sua alienare potest, *L. 6. Cod. eod.* videantur de his *Enenckel de privil. parent. privil. 21. Cævallos. quæst. 220.*

Quando autem filijs & quibus alimenta denegare possint? Vid. *D. Balthas. loc. cit. n. 76. & seqq.* quæ materia hujus loci non est.

Der Andere Articul.

DEr Vätterlich Gewalt hört auff / wann der Anherr oder Vatter / in dessen Gewalt die Kinder seyn / oder noch darein fallen möchten / verstorben. Item wann der Vatter oder Anherr seinen Sohn oder Enigkel / vor offnem Gericht / mit nämblichen / klaren / vnd außgetruckten Worten / auß seinem Vätterlichen Gewalt lasset / vnd jhn frey macht / mit sein deß Sohns oder Enigkels Willen. Deßgleichen / wann der Sohn oder Tochter verheurat seyn / vnnd noch darzu einen aignen Rauch vnd Haußhalten haben / oder

auch

auch da sie gleich nit verheurat seyn / aber dannoch mit ebenmässiger deß Vatters / oder Vätterlichen Anherrns Bewilligung ein aigen Haußhaben / Gewerb vnd Handthierung hetten / vnd nicht mehr in jhres Vatters / Anherrns / oder Uranherrns Underhaltung weren. Doch soll ein Vatter / Anherr / oder Uranherr kain Kind / wann es fünff vnd zwaintzig Jahr seines Alters erraicht / bey jhme zu bleiben nöthigen / oder an seinem abgesönderten Gewerb vnd Handthierung verhindern / er hette dann dessen sonderbare erhebliche Ursachen / darüber auff solchen fall die Obrigkeit / was billich vnd recht ist / soll zu erkennen haben. Wann auch der Vatter / Anherr / oder Uranherr auff ewige Zeit an ein gewisses Orth in das Elend verschickt wird / hat er auch seine Kinder nicht mehr in seinem Gewalt. Unnd da sonsten in den gemainen Rechten / in ander weg versehen were / daß ein Kind auß Vätterlichem Gewalt kommen möge / in solchen Fällen soll der Vätterlich Gewalt ebenfalls auffhören.

SUMMARIA.

1. *Quomodò solvatur patria potestas per mortem patris?*
2. *Quid si avus supersit?*
3. *An filius recidat in potestatem patris ab avo emancipati?*
4. *Quid si pater emancipatus se avo iterum in adoptionem dederit?*
5. *Quid si pater per dignitatem, potestatem avi exiverit?*
6. *Quomodò fiat emancipatio?*
7. *An judicialiter fieri debeat?*
8. *Et coram magistratu ordinario?*
9. *An pater, ipsemet judex, cum voluntate avi se emancipare possit?*
10. *An & ex quibus causis pater etiam invitus, filium emancipare teneatur?*
11. *An ex iisdem causis filius teneatur admittere emancipationem?*
12. *Quæ olim in emancipatione liberorum fuerint inutiles observationes?*
13. *Quomodò per matrimonium solvatur patria potestas?*
14. *An hæc consuetudo solummodò concernat mulieres?*
15. *An simul requiratur, ut separatim habitent, & distinctam familiam erigant?*
16. *Quid si liberi cælibes sint, & separatam familiam instituerint?*
17. *Quid si matrimonium iterum fuerit dissolutum?*
18. *Quare avi, vel patris consensus ad separatam œconomiam requiratur.*
19. *Quare filii legitima, & majorennis ætas necessaria sit?*
20. *An pater filiofamiliâs post vigesimum quintum ætatis annnum ad separationem familiæ consensum suum denegare possit?*
21. *An per deportationem solvatur patria potestas?*
22. *Qui hodie dicantur deportati?*
23. *Quæ pœna hodie in locum deportationis succedat?*
24. *Quid si filius deportetur?*
25. *Quid si deportati delicti gratiam impetrent?*
26. *An patria potestas reviviscat?*
27. *Quid de relegatione dicendum?*
28. *Quid si relegatio fuerit perpetua?*
29. *Quomodo pœna proxima mortis æquiparetur deportationi?*
30. *Quid de missis in exilium?*
31. *Quid de bannitis dicendum?*
32. *An per dignitatem solvatur patria potestas?*
33. *Et per quam?*
34. *Qui nomine Patritiorum hîc loci contineantur?*
35. *Quare Episcopi à patria potestate liberentur?*
36. *Quænam aliæ dignitates?*
37. *An omnes Consiliarii Principum à patria potestate exempti?*
38. *An Doctoratus eximat?*
39. *An Clericatus, & status Ecclesiasticus?*

40. Quid dicendum de Clerici bonis, quæ ante vel post sacros ordines acquisivit?
41. An non hodierno jure Clericatus solvat omnem patriam potestatem, sicut solvit matrimonium?
42. An Monachatus patriam potestatem tollat?
43. An non distinguendum sit inter bona post ingressum religionis primùm obvenientia, vel jam antea acquisita?
44. An captivitate solvatur patria potestas?
45. Quomodò postliminiò patria potestas iterum recipiatur?
46. Quomodò præscriptione patria potestas amitti possit?
47. Quale tempus requiratur?

1 Agit hic articulus per totum de modis solvendæ patriæ potestatis; Et quidem primus modus est mors naturalis, in *princ. Inst. quib. mod. jus patr. potest. tollit.* Sublatâ enim personâ, in qua jus patriæ potestatis radicatum est, utique etiam ipsum jus tolli necesse est; Et licèt articulus noster dicat, der Vätterliche Gewalt hört auff / wann der Anherr / oder Vatter / in dessen Gewalt die Kinder seynd / verstorben. Illud tamen ita intelligendum est, si præsupponas, patrem mortuum esse, avo, vel proavo non existente, nam si avus, vel proavus patrem supervixerint, ejus filij à patria po-
2 testate non liberantur: Ratio est clara, quia ipse pater sub potestate avi, vel proavi fuit, & proinde, ut diximus, liberos suos in potestate non habuit; Solvi igitur per mortem non potuit, quod nunquam fuit ligatum; sed nepotes, & pronepotes etiam post mortem parentis in avi vel proavi sui potestate remanent: Similiter, si ponas, avum, & proavum, in quorum potestate nepotes, & pronepotes fuerunt, fuisse mortuos, patre adhuc existente, liberi à patria potestate nullo modo liberantur, sed obstaculo remoto, quod propter avi, & proavi existentiam patriæ potestatis effectum in ipsa patris persona impediebat, incipit potiùs patria potestas, quàm per mortem avi, vel proavi extinguatur: Recidunt enim liberi in patris sui potestatem hactenùs suspensam, *princ. Inst. quib. mod. jus patr. potest. toll.* Et hinc est, quod articulus noster addat, oder noch darein fallen möchten / quod hunc intellectum habet, tametsi avus, in cujus potestate nepos fuit, moriatur, quòd nepos tamen sui juris non efficiatur, eò quòd adhuc supersit pater, in cujus potestatem recidit.

3 Sed ponamus, patrem ab avo, antequam moreretur, fuisse emancipatum, annè filius nihilominùs in ejus potestatem recidit? Et Respondetur, quòd non: Ratio est, quia nepos post emancipationem patris sui, remansit sub potestate avi, mortuo igitur avo, à potestate avi liberatur, quia, ut diximus, mors principalis modus est solvendæ patriæ potestatis: Si ergo semel liberatus est, ampliùs reverti non potest sine sua voluntate, nisi per ingratitudinem, *l. 1. Cod. de ingen. lib. & l. un. C. de ingrat. lib.* Diximus, sine sua voluntate, si enim se patri, vel alteri cuique adoptandum concedat, per adoptionem, ut supra jam diximus, patriæ potestati iterum subjicitur, quia adoptio modus acquirendæ patriæ potestatis constituitur.

4 Sed quidsi pater ab avo legitimè emancipatus se ejusdem potestati per adoptionem iterum subjiciat, annè mortuo avo filius recidit in potestatem patris sui antea emancipati, sed per adoptionem sub potestate avi ex post facto noviter constituti? Et Respondetur, quòd non: Rationem reddit *Manz. ad Tit. quib. mod. patr. potes. &c. in prin. n. 13.* Quia per emancipationem patris filius fuit liberatus à jure, quod pater habuisset, si in potestate avi permansisset: Licèt igitur pater revertatur per adoptionem in actualem potestatem avi, habitudinalem tamen erga filium, per adoptionem non acquirit, cùm filio jus liberationis per emancipationem patris ab habituali ejus potestate acquisitum aufferri non possit. Vid. *gloss. Inst. ad princ. Tit. quib. mod. patr. potest. sol.* Quod autem hìc diximus, locum non habet, quan-

quando pater à potestate avi non per emancipationem, sed propter acquisitam dignitatem exit, qui enim liberatur à patria potestate per dignitatem, 5 retinet omnia jura filiorum, & filij ejus post mortem avorum recidunt in potestatem patris, acsi contigisset, si avi mortui fuissent, antequam pater illam dignitatem, quæ à Patria potestate liberat, consecutus fuisset. *Novell. 81. cap. 2.*

Alter modus dissolvendæ patriæ potestatis est emancipatio. *§. præterea. 6. Inst. hoc Tit.* Quomodò autem fiat emancipatio, declarat articulus in istis verbis. Item, wann der Vatter / oder Anherr seinen Sohn / oder Enigkel vor offnen Gericht mit nämblichen klaren / vnd außgetruckten Worten auß seinem Vätterlichen Gewalt lasset / vnnd jhn frey machet / mit sein deß Sohns / oder Enigkel Willen. Id est, si pater, aut avus filium, aut nepotem coram publico judicio specificis, claris, & expressis verbis ex sua patriâ potestate dimittit, & liberum facit accedente consensu filij, aut nepotis. 6

Requiritur igitur primò, ut emancipatio fiat judicialiter. In quo articulus noster convenit cum jure communi, in *§. præterea. 6. verf. noster autem Inst. quib. mod. patr. &c. l. ult. Cod. de Emancip. l. magistratum. ff. de Adopt.* 7

Sed quæstio est, an hìc actus emancipationis coram ordinariò magistratu fieri debeat? Ratio dubitandi est, quia *text. in §. præterea. 6. Inst. quib. mod. patr. &c.* Et in *l. ult. Cod. de Emancip.* expressè requirunt, quòd pater vel avus, qui filios, aut nepotes emancipare volunt, debeant intrare tribunal competentis Judicis, competens autem Judex alius esse non videtur, nisi magistratus ordinarius: Verùm hoc non obstante, communiter DD. statuunt, quòd emancipatio coram quolibet Judice legitimam jurisdictionem habente fieri possit, cùm sit actus voluntariæ jurisdictionis, *gloss. in dict. §. præterea. verb. magistratus. Schrader. ad princ. h. tit. Inst. quib. mod. jus patr. pot. &c. n. 37.* Ut proinde civis Monacensis suum filium coram civico magistratu Landishutano, vel etiam ruri coram quolibet Judice Hoffmarchiali solam jurisdictionem bassam habente emancipare possit, quia ad actum emancipationis sola bassa jurisdictio sufficit, *Balthas. ad Tit. 3. resol. 2. n. 3. verf. cæterùm.* Imò, si quis subditus provincialis extra provinciam nostram in Tyroli, vel Suevia actum Emancipationis filij sui celebrare velit, id ipsi omninò liberum sit, modò id faciat judicialiter, vor offnen Gericht. Cùm territorium hac in parte nihil ad rem faciat, quia, ut diximus, actus meræ, & liberæ voluntatis, & Jurisdictionis semper, & ubique fieri potest. *D. Besold. in delibat. lib. 1. quæst. 25. & 30.* Ita, ut si pater ipse Judex sit, se cum voluntate avi propria auctoritate emancipare, & etiam emancipationem filiorum suorum facere possit. *Besold. dict. loc. quæst. 25.* 8 9

Nec obstant verba ex *§. præterea. 6. & dict. l. ult.* de competenti Judice expressè loquentia, cùm in materia emancipationis, tanquam voluntariæ Jurisdictionis quilibet Judex competens sit, & dici possit, modò jurisdictionem habeat, ita ut pater, & filius ejus tribunal publicum accedere, & declarationem voluntatis suæ specificis, claris, & expressis verbis facere possint. Tametsi enim supra in multis casibus, ubi magistratûs interventus requiritur, semper auctoritatem magistratus ordinarij requisiverimus, id tamen ideò factum fuit, vel quia sermo erat de causis contentiosis, vel de talibus, in quibus Judicis cognitio requiritur. Hìc autem in emancipatione nulla causæ cognitio requiritur, sed sufficit, ut constet de voluntate patris emancipantis, & filij emancipandi, & sic nullo processu opus est, sed sola rei veritas consideratur, ut inquit *Perez. in Cod. ad dict. tit. de Emancipat. n. 3. in fin.* Si tamen inter filium, & patrem lis oriretur, an V. G. pater ex justa causa filium invitum emancipare, vel filius invito patre di-

missionem

missionem petere possit, ordinarij magistratus cognitionem, & dijudicationem necessariam esse, nemo inficias ibit.

Requirit secundò, articulus noster, ut declaratio à Patre, vel avo coram publico judicio fiat specificis, claris, & expressis verbis: Ex quo sequitur, quòd pater, & filius emancipans, & emancipandus in judicio, ubi emancipatio fit, debeant esse præsentes. *Schrader. ad dict. princ. Inst. quib. mod. jus patr. &c. n. 39.* Sicut textus in *l. ult. Cod. de Emancipat.* loquitur, debet pater intrare Judicis competentis tribunal: Proinde per procuratorem emancipatio fieri non potest: Cujus rei ratio est, ut de enixa patris, & filij voluntate eò magis constet.

Requiritur tertiò, ut illius, sive filij, sive nepotis, qui emancipandus est, consensus accedat, sicut enim pater, aut avus liberos, aut nepotes inviti emancipare non coguntur, §. *ult. Inst. quib. mod. jus patr. potest. sol. l. nec avus. 4. Cod. de Emancip.* Ita nec filius, aut nepos à patre, vel avo cogi possunt, ut emancipationem contra voluntatem suam admittant, juxta verba, *dict. l. nec avus. 4.* quia moris non est, beneficia in cujusquam injuriam tribuere: Et in hoc vel maximè vertitur patris præjudicium, si enim avus eum contra voluntatem suam validè emancipare posset, post mortem avi, ut paulò antè insinuavimus, nepotes in potestatem patris non reciderent.

10 Sunt tamen aliquæ causæ in jure expressæ, in quibus pater cogitur emancipare filium suum. Veluti: Si filium contra pietatem severè tractet, & malè habeat, aut filiam prostituat: Si filius impubes arrogatus sit, & post pubertatem probet, sibi non expedire arrogationem, seque in ea circumscriptum esse: Si pater legatum agnoverit sub hac lege sibi relictum, ut filium emancipet: Vel si pecuniam accipiat, ut filium à potestate dimittat: De quibus causis Vid. *Schrader. ad princ. Inst. quib. mod. jus patr. potest. sol. n. 44.* Ex omnibus autem illis causis, ex quibus pater ad dimit-

11 tendum filium ex potestate sua cogi potest, filius cogi non potest, ut emancipationem accipiat: *gloss. in dict. l. nec avus. verb. injuriam. Cod. de Emancipat.* Cùm æquitas non admittat, ut factum patris cedat ad injuriam filij. Illud tamen dubium non est, quin etiam filiusfamiliâs ex ijsdem causis ad emancipationem admittendam cogi possit, ex quibus pater eam facere tenetur: Sunt enim reciproca hac in parte patris, & filij jura. Vid. *D. Balthas. loc. cit. n. 3. vers. quintò requiritur*, modò semper habeatur ratio partis innocentis, ita ut nec filius ob delictum, aut culpam patris teneatur dimissionem admittere, aut pater ob culpam, & delictum filij emancipationem facere.

12 Cœterùm, cùm ex jure notum sit, quòd antiquitùs in emancipationibus multæ adinventæ fuerint inutiles solennitates, nam requirebatur imaginaria filij venditio, trina emancipatio, solemnis circumductio, & alia satìs injuriosa rhapismata, quorum ferè nullus fuit exitus, donec Anastasius Imperator in *l. penult. Cod. de Emancipat.* vanas ejusmodi observationes sustulit, & hunc emancipandi modum introduxit, ut cuivis suos liberos emancipare volenti liberum sit, principem adire, & ab eo rescriptum emancipationis petere, ideò quæritur, cùm articulus noster de emancipatione per rescriptum principis nihil dicat, an hic modus emancipandi ab Imperatore Anastasio introductus sublatus sit? *Joa. Schneidew. ad dict.* §. *præterea. 5. Inst. quib. mod. jus patr. &c. n. 4.* & *Schrader. ibidem. n. 34.* putant, omninò sublatam esse constitutionem Anastasianam, quia non cujuslibet occasio est, adire summum principem, & ab eo emancipationis rescriptum impetrare: Nos cum *Berlichio. lib. 2. conclus. 11. n. 16. & 17.* rectè judicamus, quamvìs adire Judicem competentem longè faciliùs sit, quàm adire summum principem, quòd tamen via Anastasiana impetrandi rescriptum principis nemi-

hi sit præclusa, quod in *dict. l. ult.* nimis clarum est, ubi Justinianus inquit, jubemus, hujusmodi circuitu imposterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel sine sacro rescripto intrare competentis Judicis tribunal: Ex quibus verbis manifestè apparet, Anastasianam constitutionem minimè sublatam, sed moderno jure duo remedia esse emancipandi liberos, vel per rescriptum principis, vel per auctoritatem competentis Judicis, quam sententiam etiam in Patria nostra verissimam esse, nemo diffitebitur, cùm utique rescriptum summi Principis minorem auctoritatem habere non debeat, quàm judicialis accessus cujuscúnque vulgaris, & ruralis Judicis.

Tertius modus solvendæ patriæ potestatis est matrimonium: Quamvis 13
enim de Jure communi satis expeditum sit, quòd patria potestas matrimonio non solvatur. *l. patri datur. 20. ff. ad l. Juliam de Adulteris. l. inter. 6. §. 1. ff. eodem. l. viduæ. 18. Cod. de Nuptijs.* Illúdque manifestè probetur ex eo, quia, ut supra diximus, non tantùm liberi, sed etiam nepotes, & pronepotes in potestate avi sunt, quod fieri non posset, si per nuptias, & matrimonium solveretur patria potestas: Ex hoc articulo tamen clarum est, per matrimonium tolli vinculum patriæ potestatis, in verb: Wann der Sohn oder Tochter verheyrat seyn / quæ est iterum differentia Juris nostri statutarij *Diff.*
à Jure communi in tota Germania, & omnibus ferè partibus Europæ consuetudine recepta, ut attestantur classici auctores apud *Berlich. dict. lib. 2. conclus. 11. n. 34. & seqq.* Et apud *Balthas. dict. tit. 3. resolut. 2. n. 4. per tot.*
Quam tamen consuetudinem Berlichius in Saxonia tantùm ad personas mu- 14
liebres restringit, eò, quòd illæ transeant per nuptias in tutelam, & curam mariti, & sic sub patria potestate ampliùs manere non possint, quia absurdum est in jure, ut is, qui est in potestate patria, sit sub alterius tutela, & cura. *§. permissum. Inst. de tutel.* Quoniam patria potestas, ut supra diximus, supplet potestatem tutorum, & curatorum. Sed hoc in jure nostro Bavarico non subsistit, quia articulus noster expresè de liberis utriúsque sexûs loquitur, wann der Sohn / oder Tochter verheyratet seyn / ergò filius per matrimonium æquè liberatur à patria potestate, quàm filia, nec ratio à Berlichio allegata quidquam ad rem facit, cùm jam supra probaverimus, mulieres in patria nostra non esse sub tutela, & cura maritorum, sed sub reverentiali quadam potestate, ita ut neque de rebus, aut juribus suis fidei, & administrationi maritali concreditis sine maritorum præscitu, & consensu aliquid statuere possint.

Ad hoc autem, ut per matrimonium ex jure nostro statutario dissolu- 15
tio patriæ potestatis contingat, requiritur, ut personæ matrimonio junctæ separatim habitent, & propriam œconomiam instituant, vnnd noch darzu / inquit textus, einen aignen Rauch / vnd Haußhaltung haben: Quamdiu igitur fruuntur adhuc paternis ædibus, & mensâ, sub ejus potestate consistunt, quod in Saxonia teste *Berlichio. loc. cit. n. 47.* juris non est, cùm nuptæ filiæ etiam parentibus cohabitantes, & eorum sustentatione gaudentes nihilòminùs â patria potestate liberæ sint: Et id quidem convenienter suis principijs, cùm per matrimonium, & non per separationem â domo paterna transeant in tutelam, & curam maritorum, & proinde liberentur â Patria potestate, quod apud nos non est, cùm nec tutelam, nec curatelam maritorum in Patria nostra agnoscamus: Rectè igitur utrúmque conjunctivè requiritur, ut filij, & filiæ ad hoc, ut liberentur à Patria potestate, sint matrimonio juncti, & proprio foco utantur, cùm æquum esse videatur, ut tamdiu duret subjectio filialis, quamdiu liberi pane patris vescuntur.

Imò articulus noster hoc ulteriùs extendit, ut, si filius, vel filia, ne- 16
pos, vel neptis sine statu matrimoniali in cœlibatu cum patris, vel avi præscitu, & consensu propriam œconomiam, & focum instituant, certas ne-

gotiationes, aut opificia exerceant, adeóque pane patris, aut avi amplius non vescantur, quòd hoc ipso etiam à patria potestate liberentur, nec opus sit, ut Judicem accedant, & separationem à patria potestate petant, cùm hæc liberatio, & separatio ipso facto contingat, *Berlich. loc. cit. n. 25. & seqq. Balthasar. loc. cit. n. 6.* Ubi plures alias rationes adducit.

Optimè autem nostra opinione liberationem à patria potestate, quæ fit per separationem à domo paterna, & constitutionem propriæ œconomiæ, *Berlich. loc. cit. cum Frider. Pensold. in addit. ad Coler. decis. 222. part. 2. n. 11.* ad filios, & filias majorennes restringit; Cùm enim patria potestas suppleat tutelam, & curam liberorum, necessariò durare debet, donec ad legitimam ætatem pervenerint, & majores facti sint.

17 Diximus, matrimonium liberorum simul cum separatione à foco, & domo patris esse modum solvendæ patriæ potestatis: Quid si autem filius, vel filia per matrimonium, & separationem exeat patriam potestatem, postmodùm autem morte alterius conjugis matrimonium dissolvatur, & filius, vel filia ad patris focum redeat, an restauretur, & reviviscat? Et putamus cum *Berlich. loc. cit. n. 52.* Quidquid Balthas: in contrarium disputet. Negativè respondendum, *per text. in l. inviti. 11. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt.* Ubi dicitur, quòd filius emancipatione, vel alio modo à Patria potestate absolutus, invitus in patriam potestatem redire non possit. Quia jam supra etiam diximus, quòd emancipato filio liberi ejus in potestatem suam non reincidant, tametsi ipse per adoptionem postea se iterum potestati avi subjecerit; Quamvis in proposita nostra quæstione contrarium teneat, & graviter contradicat *Gilken. de præscript. part. 3. cap. 3. n. 39. & multis seqq.* qui ibidem videri potest.

18 Diximus ulteriùs, filium vel nepotem ad hoc, ut à patria, vel avi potestate per separatam œconomiam liberetur, patris, vel avi consensum opus habere: Ratio clara est, quia, ut supra diximus, ad emancipationem requiritur utriúsque tam patris, quàm filij consensus, ergò etiam per separationem à foco, & domo patris, vel avi, quia nemo invitus consensum suum præstare obligatus est: Addit tamen articulus, ut patri, vel avo non liceat, filium, vel nepotem cogere, ut in domo, & victu suo maneat, postquam 25. ætatis annum adimplevit, ne, si fortè utilem negotiationem, aut opificium exercere possit, ab eo in præjudicium Reipublicæ, & propriam suam utilitatem impediatur.

19 Ex quo notandum est, confirmari paulò antè propositam opinionem nostram, quòd ad effectum solutionis à patria potestate per separationem requiratur filij legitima, & majorennis ætas, quæ de Jure communi ad 25. annum se extendit; Et in hoc articulo specialis casus continetur, ut, tametsi jure nostro statutario tempus majorennitatis ad 21. annum completum restricta sit, tamen quoad liberationem à patria potestate per separationem à foco, & domo paterna requiratur ætas 25. annorum: Cujus rei fortè ratio est, quia raro ante 25. annum prudentia, & judicium filijfamiliâs tam firmum, & maturum est, ut ad separatas negotiationes, opificia, & œconomiam rectè instituendam sufficiens sit: Interim, cùm quilibet secundùm patrias nostras constitutiones anno 21. completo majorennitatem consequatur, dubium esse non potest, quin pater, vel avus eidem post 21. ætatis annum, si velit, ad separatam habitationem, & negotiationem licentiam præstare possit, per quam ante 25. annum liberationem à patria potestate

20 consequatur: Deinde notabiliter dicit articulus, quòd pater etiam post 25. ætatis annum filio ad separationem, & constitutionem propriæ œconomiæ consensum ex rationabilibus causis denegare possit. Quænam autem sint rationabiles causæ, Judicis arbitrio relinquitur. V. G. Si filius potiùs focum paternum declinet ex obstinacia, & inobedientia erga patrem, quàm

ex

ex capacitate alicujus negotiationis instituendæ, proprij opificij exercendi, vel ex peritia œconomiam utilem constituendi, & reddendi, cùm fortè sit prodigus, aut aliàs paternæ disciplinæ impatiens, mille certè rationes obvenire possunt, ut pater etiam post 25. ætatis annum filio consensum ad separationem, per quam patria potestas dissolvatur, justè deneget. Vid. *D. Balthas.* qui *hoc loco. n. 7.* pulchrè discurrit.

Quartus modus solvendæ patriæ potestatis est deportatio, dicuntur autem illi deportati, qui propter grave aliquod delictum ad certum locum, vel insulam, ut perpetuò ibi sint, nec unquam inde recedere possint, in exilium mittuntur, **wann auch / inquit articulus, der Vatter / Anherr / oder Uranherr auff ewige Zeit an ein gewises Orth in das Elend verschickt wird / hat er auch seine Kinder nit mehr in seinem Gewalt**: Ratio est, quia deportati amittunt jura civitatis. *l. sunt quidem. §. 1. ff. de pœnis. §. minor. Inst. de capit. diminut.* Unum autem ex præcipuis juribus civitatis Romanæ est patria potestas, ut ad primum articulum diximus: Hodie in Imperio nostro Romano - Germanico illi dicuntur deportari, qui ultra quatuor Sylvas Imperij mittuntur, sed nec hic modus ubique in usu est, cùm multas difficultates habeat propter diversa territoria, per quæ facinorosi, donec ad quatuor Sylvas Imperij deveniri possit, deducendi, & à pluribus jura superioritatis habentibus non sine gravi sumptu litteræ salvi conductus impetrandæ essent. In nostra Patria proxima pœna mortis est, quando facinorosi virgis cæduntur, & ex Provincijs Electoralibus præstita jurata cautione, **gegen geschworner Urfed** / de non redeundo sub pœna mortis, dimittuntur: Et hanc pœnam in locum deportationis succedere, & facinorosos Patria potestate privare, mihi dubium non est. 21 22 23

Sed, quid si non ipse pater, avus, vel proavus, de quibus solis noster articulus loquitur, sed ipse filius, vel nepos ob delictum deportetur, vel virgis cæsus extra Provinciam dimittatur, annè etiam in hoc casu Patria potestas tollatur? Ratio dubitandi est, quia durum videtur, ut pater, avus, vel proavus ob delicta liberorum priventur jure suo, & hæc videtur fuisse causa, quòd articulus noster de deportatione liberorum nihil disposuerit: Verùm, quia contrarium in Jure communi expresè statutum est. *§. 1. vers. pari ratione. Inst. quib. mod. patr. potest. sol.* Ubi dicitur, pari ratione, etsi is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis, nos contrarium, quod in articulo nostro expressum non est, asserere non audemus. Per regulam Juris, quod non mutatur, cur stare prohibeatur? 24

Sed quid si pater, vel filius deportatus delicti gratiam impetret, annè Patria potestas reviviscat? Sæpissimè enim, qui proximam pœnam mortis sustinent, post longum tempus, maximè quando emendationis testimonia adferunt, principis indulgentiam consequuntur: Et videtur dicendum quòd non, per supra allegatum textum in *l. inviti. 11. ff. de his, qui sui, vel alien. &c.* Cujus hæc est sententia, quòd filius semel absolutus à Patria potestate invitus ad eam redire non debeat. Duo exempla præmisimus in hoc ipso articulo: Primum est, de nepote, qui non redit in Patris emancipati potestatem, tametsi ille post emancipationem se avo iterum per adoptionem in potestatem submiserit. Secundum est, de filio, qui per matrimonium, & separatam habitationem à Patria potestate liberatus est, qui non revertitur in Patriam potestatem invitus, tametsi soluto matrimonio ad patrias ædes, & focum redierit. Sed his non attentis, disponitur in *dict. §. 1. vers. sed si. Inst. quib. mod. patr. potest. sol.* Quòd ex indulgentia principis restituti per omnia pristinum statum recipiant. 25

Dices, indignum esse, ut E. G. filiusfamiliâs, qui per delictum patris in exilium missi à Patria potestate liberatus est, post impetratam restitutio- 26

 nem,

nem, wann er Lands-Huld erlangt / sine sua culpa se iterum Patriæ potestati submittere debeat? Respondemus, textum in *dict.* §. *1. vers. sed si.* inter patrem, & filium ex indulgentia principis restitutum nullam facere differentiam: Sive igitur pater, sive filius restitutus sit, Patria potestas reviviscit, quia hæc est natura restitutionis in integrum, ut omnia ponat in pristinum statum, *l. 24.* §. *4. ff de minoribus.* Et, ut dicit *Harprecht. ad dict. vers. sed si. n. 11.* pœna deportationis effectum solutionis à Patria potestate generat, pœnâ ergò sublatâ, necesse est, tolli etiam effectum. Oportet autem, ut restitutio fiat plenissima, & latissima, per verba: In omnibus, & per omnia te in integrum restituo: Nam, si specialiter tantùm reditus in patriam concedatur, & remissio delicti fiat, patria potestas non censetur restituta, ut egregiè dicit *gloss. ad dict. vers. sed si. in litt. S. & T.* Ubi plura jura adducit.

27 Quid autem de relegatis dicendum? Respondet *text. in* §. *2. Inst. quib. mod. jus patr. &c.* relegati autem patres in insulam in potestate liberos suos retinent, & ex contrario liberi relegati in potestate parentum remanent, ut ita inter deportationem, & relegationem magna sit differentia, quia relegatus retinet familiam, civitatem, & bona, & proinde etiam patriam potestatem, quæ omnia per deportationem amittuntur. Vid. *gloss. in dict.* §. *2. verb. retinent. litt. U.*

28 Verùm hoc quæstionis est: Cùm articulus noster illum pro deportato habeat, der auff ewige Zeit an ein gewises Orth in das Elend verschickt worden / an ij patriam potestatem retineant, qui propter delicta extra patriam ad certum locum tantùm relegantur, sed in perpetuum? *gloss. in dict.* §. *relegati. 2. verb. retinent.* inter deportationem, & relegationem hanc differentiam facit, ut deportatio fiat in perpetuum, relegatio verò tantùm ad tempus, quæ sententia, si vera esset, versaremur in claris, sed quia *D. Rath. in dissert. sua Jurid. de potiss. differ. &c. dissert. 44.* nullum dubium esse dicit, quin etiam relegatio ad certum locum in perpetuum fieri possit: Ideò articuli nostri dispositio videtur incompleta: Certum enim est, quòd relegatio, sive temporalis, sive perpetua patriam potestatem non tollat, §. *relegati. 2. Inst. quib. mod. jus patr. potest. sol.* Tametsi, ut *D. Rath. sub litt. G. loc. cit.* extendit, relegato omnia bona fuissent adempta, & publicata, cùm talis condemnatio relegato nocere non possit quoad bona in alio territorio sita: Quid igitur circa hæc verba articuli nostri dicendum est? Nos

29 putamus, satis certum esse, si quis secundùm prædicta ad pœnam proximam mortis fuit condemnatus, in numellis publicè propositus, virgis cœsus, & in perpetuum sub jurata cautione ex provincia ejectus, ist auff den Branger gestellt / mit Ruetten außgehauen / vnnd deß Lands auff ewig verwisen worden / Quòd talis pro verè deportato habendus sit: Si verò quis ad perpetuum non accedentibus modò dictis circumstantijs, der Vorstellung auff den Branger / vnd Ruetten Züchtigung / ex Provincia fuit dimissus, putamus, talem pro relegato habendum, & eidem jus patriæ potestatis in salvo esse: Quamvis non diffiteamur, subinde ex multis respectibus uni, vel alteri malefactorum publicam propositionem ad numellos, & virgarum cœsionem remitti, tametsi hujusmodi pœnam optimè meriti fuissent. Nostro igitur judicio, an quis, der deß Lands auff ewig verwisen worden / pro relegato, vel deportato habendus sit, non debet inspici irrogatio pœnæ, sed qualitas delicti. Certè, qui proximam pœnam mortis meritus est, tametsi in sententia condemnatoria mitiùs habeatur, & solùm sine cœsione virgarum, aut alijs famosis prostitutionibus ex Provincia in perpetuum dimittatur, dignus non est, ut retineat jura civitatis, & consequenter jus patriæ potestatis. Quia

30 verò in pœnalibus semper mitior sententia amplectenda est, putamus, si quis per sententiam ad certum locum in exilium mittatur, quæ sunt verba

nostri

nostri articuli, quòd tamdiu non habendus sit pro deportato, sed pro relegato, quamdiu non de qualitate delicti evidenter constat, quòd proximam pœnam mortis de jure post se trahat. Habemus exempla quotidiana in scripetis, qui post reiteratos actus plerúmque in perpetuum extra Provinciam in exilium mittuntur, hos omnes autem pro deportatis, & patriæ potestatis incapacibus haberi nobis videtur indignum.

Quid de bannitis dicendum, videatur apud *D. Balthasar. loc. cit.* de his 31
nobis nulla cura est, cùm in patria nostra modus procedendi per viam banni tam in delictis, quàm in processibus ferè penitus jam dudum abolitus sit: Si quis autem ob publica maleficia quoad bona, & vitam proscribatur, & publicetur, wird Vogel = frey gemacht / quod in crimine perduellionis contra absentes frequens est, hunc jurium civitatis, & consequenter patriæ potestatis incapacem, & indignum esse, nemo est, qui dubitare possit. Vid. *Schneidew. ad* §. *cùm autem. n. 15. Inst. quib. mod. jus patr. &c. Schrader. ibidem. n. 4.* Et hoc genus banni proscriptio dicitur, quæ est vitæ, famæ, & rerum omnium illius publicatio. In quantum autem banniti nostri temporis relegatis vel deportatis æquiparentur. Vid. *Joan. Vincent. Hondedeus. vol. 1. consf. 57.* & pulchrè, ac compendiosè inter bannitos distinguit *Maximil. Faust. in suis Consil. pro ærar. ord. 735. per tot.*

Addit articulus in conclusione, quòd adhuc alij modi solvendi patriam potestatem constituti sint, quos similiter approbat, videndum est igitur breviter, quinam illi sint? Et nos

Pro quinto modo solvendi patriam potestatem ponimus dignitatem. 32
De Jure communi autem antiquo neque dignitas militaris, neque Senatoria, vel Consularis, quamvìs non exiguæ fuerint, præsertim in Civitate Romana, sed sola summa dignitas Patritiatûs, §. *filiusfamiliàs. Inst. quib. mod. jus patr. pot. sol.* & Episcopalis. *Novell. 81. cap. 3.* patriam potestatem solvebant.

Qui autem nomine patritiorum tunc temporis comprehendebantur, 33
apud Auct. satis incertum est. Vid. *gloss. in l. ult. ff. de Senator. & in rubr. ejusd. Tit.* Certum est, quòd hoc nomine nostri patritij civitatenses, unsere Statt = Juncker / non denotentur: Nam, cùm ipsi Senatores, & Consules, 34
juxta dict. §. *filiusfamiliàs 4. Inst. quib. mod. jus &c.* remaneant sub patria potestate, longè minùs illorum liberi, qui patritij dicuntur, die Statt=Junckerl / exempti censeri debent: Patritius autem derivationem nominis sumit à Patre, ita, ut ij apud Imperatores antiquos sive ex Senatorio ordine, sive aliunde assumpti haberentur pro patritijs, qui Imperatoribus quasi loco patris essent, & in Consilijs secretioribus adhiberentur. Vid. *Speidel. in addit. ad Besold. in verbo* Geschlechter §. *Patritij.* Et hinc meritò à patria potestate liberabantur, indignum enim est, ut ij, qui supremi principis, & Reipublicæ quasi patres sunt, patriæ adhuc potestati subjaceant, quæ etiam Ratio est, quòd Justinianus Imperator Episcopos *in dict. novell. 81. cap. 3.* à 35
patria potestate exemerit, quia illi sunt omnium suæ curiæ Episcopali commissorum patres spirituales, ideò meritò à Patria potestate exempti. Jure autem *Novell. dict.* §. *filiusf. 4.* correctus, & de novo constitutum est, uti e- 36
tiam dignitas consularis, senatoria, præfecturæ urbicariæ, & prætorianæ, magisterium militum, & aliæ dignitates patriam potestatem abolerent. *d. N. 81. in princ.*

An autem Hodierno tempore omnes Consiliarij Imperatoris, Electo- 37
rum, & Principum hoc jure patritiorum gaudeant, ut quasi pro patribus summorum principum, & reipublicæ haberi possint, & debeant, disputatione non caret, plerique tamen ijsdem privilegium liberationis à patria potestate indulgent, Vid. *Berlich. part. 2. conclus. 11. n. 13. Vulteius. ad dict.* §. *filiusf. 4. n. 3.* Imò quidem eò progrediuntur, ut asserant, etiam gradum

Doctoratûs filium à patria poteſtate liberare, quod plane principijs juris conforme non eſt, Vid. *Idem Berlich. loc. cit. n. 53. Schneidew. in dict. §. filiusf.*
38 *n. 6.* & *Schrad. ibidem n. 30.* Licèt enim in ijs, quæ DD. ex artibus liberalibus ſuâ induſtriâ comparant, patriæ poteſtati non ſubjiciantur, cùm taliter acquiſita habeantur pro peculio quaſi caſtrenſi, tamen in reliquis bonis adventitijs à patria poteſtate exempti non ſunt: Sicut nec milites, niſi in peculio ſuo caſtrenſi, à patria poteſtate exemptionem habent, *Textus in L. ſi maritus 7. Cod. de patr. poteſt.*

39 Sed quid de Clericis dicendum? Major dubitandi ratio ſubeſt, nam jam ſupra *ex auth. presbyteros. Cod. de Epiſc. & Cleric.* probavimus, quòd Clerici non tantùm in reditibus ſuis Eccleſiaſticis, ſed etiam in omnibus alijs bonis poſt ſuſceptos ordines quocúnque modo, ſive per ultimas voluntates parentum, vel majorum ſuorum, aut quorumcúnque, ſive per donationes, aut alios legitimos titulos inter vivos ad ſe pervenientibus plenum dominium conſequantur, ita ut de ijs teſtari, vel alio quovis modo diſponere poſſint, nec patri uſusfructus debeatur. Ut planè videatur dicendum, per Clericales ordines patriam poteſtatem diſſolvi, cùm filio Clerico etiam in minoribus ordinibus conſtituto, ut ſupra ex Covaruvio docuimus, tam libera rerum ſuarum diſpoſitio permittatur: Nec hoc videtur abſurdum, cùm enim filius per matrimonium exire poſſit patriam poteſtatem, cur non & Clericus per Sacros Ordines? Præſertim, ſi ſe à patrio foco, & menſa ſeparet, & propriam œconomiam inſtituat. His tamen non obſtantibus, *D. Ignatius Rath. ad hunc Tit. n. 87.* contrarium affirmat, ut Clerici quoad alios effectus patriæ poteſtatis per ſacros ordines non fiant liberi, cùm utérque *Text. in l. ſacroſanctæ, & Auth. presbyteros Cod. de Epiſc. & Cler.* expreſsè ſupponant, Clericos ſub patria poteſtate eſſe, per verba: Licèt in poteſtate parentum ſint. Tametſi igitur illis hoc privilegium datum ſit, ut bona poſt ſacros ordines acquiſita pleno jure habeant, nec patri uſusfructus quæratur, tamen ex hoc non ſequitur, quòd à patria poteſtate per omnia liberati ſint, cùm id nullibi ſcriptum inveniatur, imò hoc ipſo, quòd Juſtinianus plenariam exemptionem à patria poteſtate ſolis Epiſcopis conceſſerit, ſequitur, illam reliquis Clericis denegatam eſſe, manet proinde patri uſusfructus in bonis filij ante ſacros ordines acquiſitis, nec poteſt filiusfamiliâs Clericus ratione talium bonorum ex mutuo obligari, nec ſtare in judicio, & cum patre litem inſtituere, *L. nulla lis. ff. de Judicijs*, nec donationem ab eo accipere, nec alia impedire, quæ ſecundùm ſuperiùs dicta patri vi patriæ poteſtatis conceſſa ſunt.

40 Specialiter autem diximus, Clericum filiumfamiliâs in bonis adventitijs ante Clericatum acquiſitis, & non in ſupervenientibus poſt Clericatum ſuſceptum allegatos actus, videlicet mutuum contrahendi, in judicio ſtandi, exercere poſſe, quia *textus in l. presbyteros*, bona adventitia, quæ filio primùm poſt ſacros ordines obveniunt, pro bonis quaſi caſtrenſibus habet, jam enim ſupra ex Covaruvia probavimus, reditus Eccleſiaſticos Clericorum non eſſe bona quaſi caſtrenſia, ſed Clericorum propria, ita ut pro ijs fictione ad ſimilitudinem caſtrenſium, ut loquitur *Auth. presbyteros*, opus non habeant, bona autem adventitia, quæ filiofamiliâs Clerico poſt ſacros ordines quocúnque titulo ultimæ voluntatis, vel inter vivos accedunt, illa reverà habentur ad ſimilitudinem caſtrenſium peculiorum, ut Clericus pro patre familiâs haberi, mutuum contrahere, in judicio ſtare &c. & quoſcúnque alios actus liberè exercere poſſit: Et ita debet intelligi *D. Ignat. Rath. loc. cit.* quamvìs *n. 89. loc. cit.* videatur contrarium ſentire, ut ſcilicet patri in bonis poſt Clericatum à filio pleno jure cum ſingulari prærogativa liberæ facultatis teſtandi & alienandi acquiſitis nihilominùs cœteri effectus patriæ poteſtatis remaneant, quod certè nos admittere non poſſumus, quia

auth.

auth. præcipit; res quolibet modo ad dominium Clericorum venientes, eos habere in sua poteſtate ad ſimilitudinem caſtrenſium, atqui in caſtrenſi peculio militi non tantùm teſtandi, & donandi poteſtas conceditur, ſed etiam quoad alios actus à patria poteſtate liber, & in omnibus ſui juris eſt, ergò etiam Clerici quoad bona poſt Clericatum acquiſita à poteſtate patria liberi, & ſui juris eſſe debent. Omni hac diſputatione nos facilè exuimus, 41
ſi dicamus, Hodierno jure non minùs per ſacros ordines, quàm per matrimonium, maximè, ſi Clericus propriam familiam conſtituat, & ſe à patris ædibus, & fumantibus ſubducat, patriam poteſtatem diſſolvi. In quo poſteriori caſu eò minor difficultas eſſe poteſt, cùm etiam ſæculares perſonæ in cœlibatu viventes, ſi 25. annum exceſſerint, & ſeparatam familiam inſtituerint, ex jure noſtro Conſuetudinario liberationem à patria poteſtate conſequantur; Cur non igitur in his circumſtantiis etiam Clerico ſeparatim habitanti, & viventi ſuis ſumptibus, plena ſolutio à patria poteſtate concedi poſſit? Ita ut etiam in bonis adventitijs ante Clericatum acquiſitis à patria poteſtate eximatur, & ſic differentia aliqua inter jus commune, & ſtatutarium per diſpoſitionem articuli noſtri introducta eſſe aſſeratur.

An autem votum & profeſſio Religionis, ſeu ut alij loquuntur, Mo- 42
nachatus patriam poteſtatem tollat, quæſtio tam apud DD. Catholicos & Theologos, quàm apud Acath. (qui tamen hac in parte tanquam in re Eccleſiaſtica, & ſpirituali magnæ auctoritatis non ſunt) valdè anceps, & dubia eſt. *Azor. part. 2. Inſt. morul. lib. 2. cap. 20. verſ. ſexta ſpecies. Molina de Juſt. & Jur. tract. 2. diſput. 220. n. 9.* Affirmativam, *Cujacius in parat. Cod. de Emancip. verſ. non monachiſmo*, & *Nicol. Boërius deciſ. 121. n. 11. & ſeqq.* Negativam defendunt. *D. Ignat. Rath* diſtinctionem innuere videtur, quo- 43
ad bona priùs quæſita, & inter bona primùm poſt profeſſionem quærenda: Ita, ut in bonis quæſitis antequam filiusfamiliâs monaſterium ingrederetur, patri conſervetur jus patriæ poteſtatis, & præcipuè uſusfructus. In bonis autem poſt ingreſſum religionis de novo obvenientibus filius à patria poteſtate liberetur, cùm in Abbatis, ſeu ſuperioris poteſtatem tranſeat, eidem juratò obedientiam promittat, & ab illius, non item patris ſui naturalis nutu, & arbitrio dependeat. *Inſtit. ad Tit. quib. mod. patr. pot. ſol. n. 94. & 95.* Quæ ſententia videtur habere apparentiam, & probabilitatem ex ijs, quæ diximus de Clericis ex *l. ſacroſanctæ, & Auth. presbyteros Cod. de Epiſc. & Cler.* quòd illi quidem poſt ordinis ſuſceptionem quoad bona ſibi non tantùm ex proventibus Eccleſiaſticis, ſed ex qualibet fortuna obvenientibus, liberentur à patria poteſtate: In reliquis verò ante Clericatum acquiſitis patri jus ſuum integrum, & ſalvum maneat: Sed hac diſtinctione nihil movemur, quin non inhærendo affirmativæ ſententiæ ſimpliciter dicamus, Monachum poſt ſolennem profeſſionem quoad omnia bona à patria poteſtate eximi: Ratio eſt, quia monachus profeſſus habetur pro civiliter mortuo, quòd autem civiliter mortuus amittat patriam poteſtatem, apparet *ex §. cùm autem is 1. Inſt. quib. mod. jus patr. &c.* Quia, ſive pater, ſive filius in inſulam fuerit deportatus, uterque jus patriæ poteſtatis, vel ſubjectionis amittit, habentur enim pro civiliter mortuis: Ex quo patet, argumentum à Clerico ad Monachum non procedere, quia Clericus per ſuſceptionem ordinum non moritur mundo, aut civiliter, ſed liberationem quoad patriam poteſtatem in poſtea quæſitis adipiſcitur tantùm ex privilegio *Auth. presbyteros*, quæ ipſum in priùs acquiſitis à patria poteſtate non liberat: Secus eſt in Monacho, qui per profeſſionem moritur mundo, & proinde ex integro à patria poteſtate eximitur. Vid. plura de Jure ſuitatis, & alijs argumentis pro, & contra allatis apud prædictos Auctores. Sufficit hîc controverſiam hanc obiter attigiſſe.

44 Sextus modus solvendi jus patriæ potestatis est captivitas, tametsi enim apud Christianos hinc inde in bello capti pro servis non habeantur, tamen, cùm bellum est cum Turcis, Saracenis, & Ethnicis, adhuc hodierno tempore dura servitus contingit, quæ patriam potestatem utique solvit. §. *si ab hostibus. 5. Inst. quib. mod. jus patr. pot. &c.*

45 Recipit tamen captivus jure postliminij pace facta, vel litro soluto, & redemptione, vel permutatione, vel proprio invento, vel quovis alio modo hostium manus, & captivitatem effugiendo &c. ad domum reversus omnia pristina jura, quia fingitur, qui captus est, & reversus, semper in civitate remansisse, & nunquam in captivitate fuisse, *l. 19. ff. ad h. T.* Vid. *Manz. ibidem per tot.*

46 Septimus modus solvendæ patriæ potestatis est præscriptio: Si quis enim diu patre suo sciente, & patiente se pro patrefamiliâs gessit, patria potestate eximitur, *text. in l. si filium. 1. Cod. de patr. potest.*

47 Quantum autem tempus ad hanc præscriptionem requiratur, DD. dubitant, quibusdam decennium, quibusdam vicennium requirentibus. Nos decennium sufficere putamus, *per text. in l. si cum ff. qui & à quib. manumissi &c.* Ubi *Aristo* §. 3. Respondit, manumissum in servitutem revocari non debere, si diu in libertate fuisset, id est, non minus decennio: Ergò etiam filius ad patriam potestatem revocari non debet, si, patre sciente, & non contradicente, per integrum decennium in libertate fuit, & pro patrefamiliâs se gessit. *Berlich. loc. cit. n. 19.*

Der Dritte Articul.

Alßweilen bey dem gemainen Burgers-Mann vnnd Bauers-Leuthen auch andern / die nicht vom Adel / Doctores / so Fürstl. Räthe / oder von den Geschlechtern in den Haupt-Stätten / vnd andere Doctores die jhren Grad bey approbirten Universitäten erlangt / bißhero gebräuchig gewesen / so lang ein Vatter ein Kind / oder ein Anherr sein Enickle von seinem Sohn / in seinem Brodt vnd Underhaltung gehabt / daß er auch desselben Mütterlich Guet / vnnd was von Mütterlicher Seiten / an dasselb Kind kommen / genossen / aber wann solches Kind oder Enickel durch Heurat vnd aigen Rauch / oder sonsten durch aigen Haußhaben / auß seiner Underhaltung vnnd Vätterlichem Gewalt kommen / Er demselben das Mütterlich Guet / oder was dem Kind sonsten zugestanden / ausser deß Heurat-Guets / welches er sein Lebenlang zu niessen hat / müssen zustellen / so soll es fürterhin noch also gehalten werden. Es hette dann ein Kind vnder fünff vnnd zwaintzig Jahren / ohne deß Vatters / oder da es keinen Vattern / deß Anherrn Bewilligung geheurat. In solchem Fall ist jhme der Vatter oder Anherr das Mütterlich Guet hinauß zu geben nicht schuldig / ehe vnd zuvor es fünff vnd zwaintzig Jahr alt wird.

Anlangend aber die Adels- vnd andere oben außgenommene Persohnen / weil bey denselben ein anders Herkommen / soll fürterhin diser Underschid gehalten werden / Nemblichen daß ein Vatter oder Anherr alles das jenig / was jhme sein Haußfrau in wehrender Ehe / an Heurath-Guet / oder sonsten zugebracht / Deßgleichen auch das jenig / was den Kindern oder Enicklen / zur Zeit sie noch in seinem

Vätterlichen Gewalt vnnd Underhaltung gewest / von Mütterlicher auffsteigender Lini zugestanden / sein Leben-lang soll zu niessen haben. Was aber ein Kind / nach deme es auß deß Vatters oder Anherzn Gewalt kommen (ausserhalb seiner Muetter Guet / oder so von Mütterlicher auffsteigender Lini an dasselb erblich / oder in ander weg gefallen were) sonsten anders woher bekommen hette / das soll jhnen der Vatter oder Anherr / mit völliger Nutzung vnwaigerlich folgen / vnd zustehen lassen / auch die Kinder mit Außsteurung / vnd in ander weg also versehen / wie einem Vatter von Rechts wegen gebürt vnd obgelegen ist.

SUMMARIA.

1. *Quot sint genera peculiorum?*
2. *Quomodò ad patrem bonorum maternorum filij usufructus pertineat?*
3. *Quid post emancipationem filij ad patrem deveniat?*
4. *Quid si filiusfamiliàs non per talem emancipationem, sed per dignitatem egrediatur patriam potestatem?*
5. *Quid si filiusfamiliàs per matrimonium patria potestate solvatur?*
6. *Quid in statutis Bavaricis nostris hac in parte juris, & moris sit?*
7. *An plebei homines liberis suis à patria potestate liberatis omnia sua bona restituere teneantur?*
8. *An nobiles personæ retineant usumfructum, & quidem plenarium?*
9. 10. *An pater nobilis in bonis filio suo post emancipationem primùm obvenientibus aliquid acquirat?*
11. *Quomodò hac in parte distinguendum?*
12. *An pater aliquid petere possit pro consensu filijsfamiliàs ad emancipationem præstito, si ad secundas nuptias transiverit?*
13. *Quid de alijs personis dicendum, quæ nobilibus æquiparantur?*
14. *Quid de bullatis Doctoribus?*
15. *Quinam in materia usufructûs pro plebeis haberi soleant?*
16. *Quid de nobilibus recentibus dicendum?*
17. *Quomodò verba Parenthesis in hoc articulo intelligenda?*
18. *Quæ, & qualis sit differentia inter liberorum bona materna, & aliunde advenientia, & an illa, quæ litigantur de linea materna, etiam extendi possint ad lineam collateralem?*
19. *Ponitur casus notabilis.*
20. *An pater religionem ingrediens retineat usumfructum bonorum maternorum?*
21. *An paterfamiliàs usumfructum remittere possit?*
22. *An tacita remissio patris, filiofamiliàs facta, valeat?*
23. *Quid si pater patiatur filium suum gaudere usufructu?*
24. *Quid si filiusfamiliàs patri usumfructum permiserit indebitum?*
25. *Quod sit patris officium in bonis maternis?*
26. *An illa alienare possit?*
27. *Quid si filius alienaverit?*
28. *An pater ipse alienans alienationem à se factam revocare possit?*
29. *An restitutione in integrum opus habeat?*
30. *Quare filij alienatio bonorum maternorum nulla, & invalida sit?*
31. *Quid si filius alienationem suam juramentò confirmaverit?*
32. *Quid si filij bona publicentur, an etiam publicentur adventitia, in quibus pater habet usumfructum?*
33. *Quid si pater alienationem suam cum juramento fecerit?*
34. *Quæ præscriptio in ejusmodi alienationibus sufficiat?*

IAm supra diximus, tria, vel potiùs quatuor peculiorum genera esse; 1
profectitium, quod à patre descendit, adventitium, quod filiusfamiliàs aliunde acquirit, castrense, vel quasi castrense, quod illi vel ex armata, vel

vel togata militia ſupervenit. Inter adventitia potiſſimum locum obtinet, quod obtingit filiofamiliâs ex hæreditate materna, vel avi materni, in quibus bonis, quanquàm antiquitus alia jura fuerint conſtituta, per poſteriores
2 conſtitutiones hoc inductum eſt, ut proprietas quidem illorum maneat apud filium, uſusfructus autem, & plena adminiſtratio pertineat ad patrem, *l. 1. & 2. Cod. de bonis maternis.* Niſi filium emancipaverit, quo caſu tenetur pater bona materna, vel ab aſcendentibus per lineam maternam ad filium
3 devoluta eidem reſtituere, ita tamen, ut pro prœmio Emancipationis dimidiam partem uſusfructûs conſequatur, *l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liber:* Licèt antiquitùs tertia pars bonorum maternorum, eáque pleno jure patri competeret, *l. 1. Cod. de bonis maternis.* Imò, ſi bona ex linea materna primùm deveniant ad filium jam emancipatum, pater ex ijs virilem portionem accipit, non tanquàm per filium ſibi acquiſitam (quia per liberam perſonam patri nihil acquiritur) ſed tanquam onus lege oblatum in reverentiam patris manumiſſoris. *l. 3. Cod. eod.* Hinc, cùm hæc portio, ut diximus, detur patri pro prœmio emancipationis, non malè DD. inferunt,
4 quòd de jure communi non debeatur, ſi filius nexu patriæ poteſtatis ſine ejus facto, V. G. per dignitatem filij diſſolvatur.

5 Sed quid dicendum, cùm hodierno noſtro tempore etiam ij, ut ſupra intelleximus, a patria poteſtate eximantur, qui matrimonium contrahunt, & ſeparatam familiam conſtituunt, annè etiam illis dimidia pars uſusfructûs bonorum maternorum in priùs quæſitis: Vel virilis portio uſusfructûs in poſteà obvenientibus debeatur? *Zaſius in l. utrùm turpem. n. 4. ff. de V. O.* & *Sichard. in l. ſi fratris. 3. Cod. de Jur. deliber. Et in rubr. Cod. qui admitt. ad bon. poſſeſſ. n. 6. & ſeqq.* §. *utrobique*, quod in Emancipatis diſpoſitum eſt, ad liberos cum permiſſu patris matrimonium contrahentes, & propriam familiam inſtituentes extendunt.

6 Longè aliter hæc res in ſtatutis noſtris Bavaricis diſponitur, ubi diſtinctio fit inter homines plebejos, & nobiles, quibus connumerantur Conſiliarii Principis, Doctores, & Patritij in metropoliticis civitatibus: Plebeis, quamdiu filios ſuos, in ſua poteſtate, & familia retinent, **in jhrem Brod / vnd Underhaltung haben** / competit uſusfructus in bonis maternis, vel à linea materna deſcendentibus: Si autem filij, vel nepotes per conjugium, & proprium focum, **durch Heurat / vnd aignen Rauch** / vel alia ratione ſeparationem à domo paterna, & erectionem propriæ familiæ, ſive œconomiæ, è poteſtate, & ſuſtentatione patris, vel avi egrediantur, illi liberis ſuis bona materna, vel quod aliunde eis advenit (excepta dote, in qua uſumfructum ad dies vitæ retinent) reſtituere debent, niſi ſine conſenſu patris, vel avi infra 25. annum completum matrimonium contraxerint, tunc enim non tenetur pater, vel avus bona materna, aut à linea materna deſcendentia reſtituere, antequàm ætatem 25. annorum compleverint. Nobiles autem patritij, & Doctores, qui gradum in approbata univerſitate conſecuti fuerunt, hac in parte magìs privilegiati ſunt. Imprimis enim non ſolùm dotem ab uxore ſua ſibi allatam, ſed etiam omnia alia bona conſtante matrimonio uxori obvenientia uſufructuariè acquirunt ad dies vitæ. Secundò, ſi præſupponas, uxorem fuiſſe mortuam, & liberis ex ea deſcendentibus ab avo, vel proavo ex materna linea aſcendenti, tunc primùm aliquid accedere, quando adhuc in paterna poteſtate, & ſuſtentatione ſunt, tunc patri, & avo ſimiliter uſusfructus ad dies vitæ competit, ut in primo caſu, quando talis hæreditaria acceſſio facta fuiſſet uxore adhuc vivente: Quando autem tertiò liberi, poſtquàm ex patris, vel avi poteſtate exierunt (exceptis bonis maternis, & quod à materna linea aſcendente jure hæreditario, vel quacúnque alia ratione eis acceſſit) aliunde acquiſiverunt,

verunt, illud eis pater, vel avus pleno jure restituere, & *insuper* ita dotare, & expedire debet: Muß mit Außsteurung vnd in anderweg also versehen / quemadmodùm patri de jure incumbit. Hæc est igitur constitutio Juris nostri Bavarici, quam ita ferè in terminis inseruit, §. *hoc quoque vers. & inhumanum Inst. per quas. personas. nob. acquir. D. Casp. Manz. in comment. sua Rat. Regul. ad hunc Tit. n. 11. & 12.*

Ex quo sequitur primò, quantùm attinet ad plebejos, in hoc inter jus 7 nostrum statutarium, & Commune differentiam esse, quòd plebei, & pri- *Diff.* vati homines liberis suis statim, atque per matrimonium, & separatum focum vel per institutionem propriæ familiæ, & œconomiæ ex patria potestate, & sustentatione discedunt, usumfructum adventitiorum bonorum non solùm aliunde quæsitorum, sed etiam à materna linea ad eos devenientium amittant, nec per liberationem à patria potestate, quæ hodierno jure per matrimonium & separationem à domo paterna contingit, illam portionem ususfructûs consequantur, de qua priùs diximus, eam patri deberi in præmium emancipationis, aut præstiti consensûs pro contrahendo conjugio, & separato foco instituendo.

Sequitur secundò, quòd personæ Nobiles, Patritij, & Doctores re- 8 tineant plenum usumfructum bonorum maternorum, vel à linea materna provenientium, tametsi eorum liberi per matrimonium, & separatum focum, vel per separationem à paterna domo, & institutionem propriæ familiæ, & œconomiæ à patria potestate liberentur, quæ iterùm differentia est inter jus *Diff.* Commune, & statutarium: Nam, cùm liberatio per matrimonium, & propriam familiam, ut supra ex Zasio, & Sichard. allegavimus, succedat in locum emancipationis, utique patri etiam nobili incumberet, ut contentus dimidia parte ususfructûs juxta *l. 6. §. penult. Cod. de bon. quæ liber.* pro gratificatione filiofamiliâs ad conjugium, & separatam familiam facta, reliquum eidem restitueret.

Sequitur tertiò, cùm de jure Communi, ut diximus, ex bonis filio 9 jam emancipato obvenientibus pater ob reverentiam manumissionis acquirat virilem portionem ususfructûs, statuta autem nostra Bavarica expressè disponant, ut illud, quod unus ex liberis, postquàm ex patris, vel avi potestate venit, aliunde acquisivit, eidem pleno jure accedat, quòd in hoc iterùm reperiatur differentia à Jure Communi, cùm patri vel avo virilis *Diff.* portio ususfructûs in ejusmodi noviter acquisitis decedat.

Sequitur quartò, cùm de Jure Communi certum sit, quòd patri in bo- 10 nis filij extra potestatem patriam constituti nihil ampliùs, neque de proprietate, neque de usufructu quæratur, *dict. l. cùm oportet. §. cùm à Constantia Cod. de bon. quæ liber.* nisi in præteritæ cohabitationis præmium virilis ususfructûs portio, ut priùs diximus, *l. si viva 3. Cod. de bon. matern.* quòd iterùm sit differentia insignis inter jus commune, & statutarium nostrum, *Diff.* cùm vi hujus articuli patri de bonis maternis, vel ex linea materna ascendenti ad liberos suos devolutis plenus ususfructus accedat, tametsi prædicta bona ad illos primùm post matrimonium, & separationem à paterna domo devenerint, quod D. Rath ideò statutum esse suspicatur, ne hoc modo emancipationis, quæ fit per matrimonium, & discessum à domo, & familia paterna, nimium à jure Cesareo decedatur.

Aliter Respondet *D. Balthasar. ad hunc Artic. resol. 3. n. 2.* hoc solum juris esse in emancipatione, ut patri debeatur præmium emancipationis, in reliquis modis solvendi patriam potestatem, qui fiunt absque patris voluntate, & sine ipsius facto, veluti morte, dignitate, separatione foci, & deportatione filij, patri in præmium nihil deberi, cùm liberatio filijs contingat potiùs ex dispositione juris, quàm ex facto parentis, & incongruum esse videatur, ut filij, qui per liberationem à patria potestate plenum jus bono-

rum adventitiorum consecuti sunt, patri statim iterum aliquam partem de usufructu communicare debeant. Nos hæc omnia libenter admittimus in casu, quo liberatio à patria potestate contingit per mortem, dignitatem, aut deportationem filij: At, quando liberatio contingit per separationem foci, & familiæ, distinguendum esse censemus, an filiusfamiliâs ante 25. annum completum se à patris domo, & familia separare velit, vel post illum: Item, an pater legitimam causam habeat, etiam post 25. annum separationem filij à domo aut familia paterna impediendi, vel non: Si filius se separet post 25. annum, & pater nullam justam causam habeat, separationem denegandi, dicimus, filio bona sua adventitia pleno jure deberi, si autem filius se separare velit ante 25. annum, vel patri justa causa subsit, cur eidem etiam post 25. annum separationem deneget, certè, cùm filius tunc consensu patris opus habeat, non injustum fore putamus, ad exemplum eman-
12 cipationis à filio, cui talis fit gratificatio, aliquid accipere. Vid. *Manz. ad §. 2. Inst. per quas person. nob. acq. n. 9.* Quod *Herm. Stam. de Servit. person. lib. 1. cap. 1. n. 15.* in tantum extendit, tametsi pater per secundas nuptias amittat usumfructum in bonis filij adventitijs, quòd tamen consensum præstando ad separationem filij à domo, & familia paterna, possit hanc portionem petere, quæ illi pro emancipatione filij præmij loco ex dispositione *l. cùm oportet. 6. §. cùm autem. 3. Cod. de bon. quæ lib.* conceditur.

His ita pro declaratione hujus articuli positis, nunc aliquæ quæstiones breviter resolvendæ sunt.

13 Prima est, cùm articulus noster solummodò de nobilibus, Consiliarijs Principis, Doctoribus, & Patritijs loquatur, de alijs verò personis in dignitate constitutis, ut sunt Telonarij, Granarij, Præfecti, & Vice-Præfecti provinciales, Secretarij, & similes nullam mentionem faciat, an istæ personæ habendæ sint pro exclusis, ita ut usufructu maternorum bonorum carere, & bona adventitia filijs suis per matrimonium, vel separationem sui juris effectis pleno jure restituere teneantur? Ratio dubitandi est, quia privilegia sunt strictæ interpretationis, & ab una ad alteram personam non extendenda: Verùm, cùm in alijs articulis, ut in *Art. 15. Tit. 7. Sumarij Process:* in *Art. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / in *Art. 12. Tit. 1.* der Land-Recht / & alibi, ut ibidem fusiùs exsplicavimus, nobilibus æquiparentur, & Doctoribus in præcedentia, & dignitate non cedant, putamus, illas non minùs hujus privilegij, quàm aliorum capaces esse, prout etiam quotidiana praxis id confirmat, cùm videamus, valdè rarò contingere, ut ejusmodi homines liberis suis materna bona ante mortem suam restituant.

14 Cæterùm, cùm articulus noster, ubi de doctoribus loquitur, expressè tantùm illos comprehendat, qui in approbatis universitatibus gradum doctoratûs consecuti sunt, meritò Doctores bullati, qui honores Doctorales à Principibus, vel pecuniâ comparant, vel ejusmodi bulleta emendicant, ab hoc privilegio excluduntur, multò magìs autem carnifices emeriti, qui in dedecus Doctoralis dignitatis, postquam certum numerum ultimo supplicio affecerunt, titulum Doctoris usurpant, quasi carnificina modus sit, præstantissimam Medicinæ scientiam addiscendi: De quibus jam alibi etiam aliquid diximus.

15 Secunda quæstio est, qu. hîc loci sub nomine plebejorum comprehendantur? Nam ad *Artic. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß/ & ad *Art. 18. Tit. 1.* der Land-Recht / audivimus, civibus primarijs, qui sua propria sigilla habent, nec tamen sub genere Patritiorum continentur, plura permitti, quàm plebeis hominibus ruralibus, cùm obligationes hypothecarias conficere, & pacta dotalia adhibitis testibus sub propriæ manus subscriptione, & sigillatione erigere possint. Quia verò articulus expresse declarat, hoc jus usumfructum maternorum bonorum retinendi, civibus non competere, in

ver-

verbis, allweilen bey den gemainen Burgers-Mann / vnnd Bauers-Leuthen / per se patet, quòd sub plebeis hominibus etiam cives intelligamus.

Quin tamen ij, qui jura nobilitatis impetrârunt, & pro Nobilibus in patria nostra ex licentia, & permissu Principis declarati, & publicati sunt, hoc privilegio gaudeant, nobis dubium non est, modò honestè vivant, & non per sordida, & quæstuosa mercimonia nobilitatem adeptam iterum amittant, ut jam alibi fusiùs diximus; Cùm enim personæ antiquæ nobilitatis tali modo se privilegiorum incapaces reddant, cur istos novellos nobiles, qui nec arte nec marte, sed pro pecunia tantùm nobilitatem suam consecuti sunt, melioris conditionis esse reputabimus? 16

Quærit D. Balthasar tertiò, an non illa verba, quæ in articulo nostro circa finem sub parenthesi continentur, & disponunt, quòd, licèt Nobiles personæ liberis per matrimonium, & separatam familiam à domo paterna segregatis omnia bona adventitia restituere teneantur, aliud tamen in bonis maternis, & à linea materna ascendenti provenientibus obtineat, sint intelligenda secundùm jus commune, ita, ut patri, in dictis bonis maternis post matrimonium, & separationem primùm supervenientibus, non nisi portio virilis de usufructu cedat: Sed, quia verba, ut ipse agnoscit, & *D. Rath. loc. cit.* confirmat, satis clara sunt, quòd patri accedat plenus usufructus, & hîc iterum aliquid speciale sit à Jure communi, ubi patri per filium sui Juris effectum aliquid acquiritur, ideò huic quæstioni ulteriùs non insistimus. 17 *Diff.*

Quæritur autem quartò, quare articulus in specie bis dicat, quòd nobilibus personis in bonis maternis liberorum suorum, vel ex materna linea ascendenti provenientibus usufructus post matrimonium, & separationem accedat, & quare non simpliciter dicat, in omnibus bonis maternæ lineæ? Respondemus, inter utrùmque maximam differentiam esse, ponamus enim, avum adhuc vivere, matrem autem præmortuam fuisse, tunc enim per se clarum est, quòd avi hæreditas devolvatur ad nepotes: Sicut igitur patri usufructus competijsset, si hæreditas liberorum matri obtigisset, ita eâ per mortem sublatâ, causa patris in persona liberorum deterior fieri non debet: Aliud est dicendum, si supponas, avum habuisse plures liberos, in quos hæreditas illius divisa fuit, tunc enim, si contingat, ut ex linea materna collaterali aliquid ad liberos deveniat, postquam sui juris effecti sunt, in eo sanè patri usufructus non acquiritur; Formemus exemplum: Titius habuit duas filias, Cajam, & Sejam: Caja nupsit, & liberos procreavit, Seja verò in cœlibatu post sororem suam mortua est, & hæreditatem, quam à Titio accepit, in liberos sororis suæ præmortuæ transmisit: Quæritur, an hi liberi in hac portione hæreditaria materteræ suæ post matrimonium, & separationem suam à domo paterna sibi delatam usumfructum acquirant? Et Respondemus, quòd non: Quia hæc portio hæreditaria ad eos non ex linea ascendenti devenit, sed ex linea collaterali: Cùm igitur articulus noster, qui aliàs exorbitans est à Jure communi, strictissimè sit intelligendus, per se patet, liberis hanc portionem hæreditariam pleno jure accedere. 18

Nec obstat, si dicas, hæreditatem Sejæ primitùs ab avo Titio descendere, quia, postquam devenit ad Sejam, incepit esse collateralis, & proinde patri quoad usumfructum incommunicabilis: Recordamur insignis alicujus casus, non multùm hac in parte dissimilis: Erant enim duo fratres, qui paternam hæreditatem sic diviserunt, ut seniori cederent bona allodialia, juniori verò feudalia: Senior luxuriosè vivendo ad inopiam devenit, ita, ut subhastatione facta creditores multa millia florenorum perderent, mortuus postmodùm est junior, & feuda devoluta sunt ad fratrem seniorem subhastatum adhuc superstitem, unus ex creditoribus, qui in subhastatione allodialium prætensionem suam perdidit, ex fructibus feudalibus 19

 satis-

satisfactionem postulavit sub hoc prætextu, quòd ipsius creditum non ab ipso subhastato, sed ejus patre descenderet, allegans juris esse, quòd filius ob reverentiam paternam etiam ex fructibus feudi, quantumvis antiqui, ex pacto, & providentia teneatur pro debitis paternis, sed, quia frater senior opposuit, quòd ipse feuda non à patre, aut ex linea ascendenti, sed ex linea collaterali acceperit, præcipui Professores Ingolstadienses consulti Responderunt, quòd ex fructibus ad debita patris exsolvenda non obligatus sit, cùm feuda ad se non per lineam ascendentem, sed per lineam collateralem devoluta sint, de qua materia fortè alibi dicendi locus erit: Interim nobis sufficit, quòd ea, quæ in hoc articulo de linea materna ascendente specificè dicuntur, ad lineam collateralem extendi non debeant.

20 Quæritur quintò, si pater ingrediatur Religionem bonorum capacem; an usumfructum maternorum bonorum sibi competentem in monasterium transferat? Ratio dubitandi est, quia jam supra diximus, quamvìs ususfructus usufructûs non detur, quia non datur servitus servitutis, quòd tamen in casu, quo filiofamiliàs ususfructus relictus est, patri saltem acquiratur emolumentum ususfructûs, ergò etiam dicendum videtur, quòd saltem emolumentum ususfructûs, qui patri debetur ex bonis maternis, transferatur ad monasterium, prout hujus sententiæ sunt *Ludov. Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 9. n. 6. Azor. Inst. moral. part. 1. lib. 12. cap. 8. Vers. secundò quæritur.* Sed revera hæc sententia in trutina juris non subsistit, ut benè dicit *D. Balthasar. dict. resol. 3. n. 8. circa finem*, quia certum est, ut supra jam demonstravimus, quòd Professio Religionis sit modus solvendæ patriæ potestatis, sublata igitur patria potestate tanquam causa, tollitur etiam ususfructus patriæ potestati adhærens tanquam effectus, & ususfructus consolidatur cum proprietate: Nec quidquam ad rem facit, quod de emolumento ususfructûs in contrarium adducitur, nam libenter quidem concedimus, quòd pater in usufructu filij legato emolumenta ususfructûs adipiscatur, quia præsupponimus, filium adhuc in ejus potestate esse: Si igitur duret adhuc patria potestas tanquam causa, durat etiam jus acquisitionis patri in bonis filij competens, sed jus acquisitionis in usufructu legato non potest fundari super alio usufructu, cùm servitus servitutis non detur, ergò fundari debet super emolumento ususfructûs: At in Monacho religionem professo tanquam civiliter mortuo extinguitur jus patriæ potestatis, ergò etiam extinguitur jus cujuscúnque emolumenti, quod in patria potestate radicatur.

21 Quæritur sextò, an pater filiofamiliâs usumfructum condonare, & remittere possit? Ratio dubitandi est, quia donatio inter patremfamiliâs, & filium prohibita est, *per text. in l. donationes. Cod. de donat. inter vir. & ux. l. 1. §. si pater. ff. de donat. & l. 2. Cod. de inoff. donat. Clarus. in §. donatio. quæst. 8. n. 1. Gail. lib. 2. obs. 38. per totum.* Ubi quinque fallentias affert, quarum neutra tamen ad nostrum propositum servit. Respondemus tamen, quòd talis remissio omninò valeat, *per text. in l. cùm oportet. 6. §. non autem hypothecam: Vers. sin autem res. Cod. de bonis, quæ liber.* Ratio est, quia aliud est remittere jus sibi competens, & aliud donare, ut supra jam aliquoties innuimus;

22 Imò, si pater non expressè remiserit, sed solùm tacitè, id est si non exegerit, remissio jure sustinetur, *per dict. l. si oportet. 6.* Ubi per glossam supermarginalem *sub litt. E.* dicitur, si pater in vita sua non petijt usumfructum bonorum adventitiorum filij sui sibi debitum, videtur eum filio remisisse, adeò ut patris hæredes à filio vel à defuncti illius hæredibus eum petere non possint, quod in tantum extendit *Ant. Gomez. ad ll. Tauri. l. 48. n. 9.* ut ejusmodi remissio confirmatione per mortem patris opus non habeat, per dictam rationem, quia aliud est remittere, & aliud donare, tunc

tunc enim pater donare censetur, quando diminuit patrimonium suum, non quando remittendo jus suum, aliquid de novo acquirere desinit.

An autem ex hoc remissio ususfructûs filiofamiliâs facta præsumatur, 23 si pater passus fuerit, ut filius eo gauderet? Et idem Gomez putat, patri semper liberum esse, usumfructum pro libitu revocare: Ratio est, quia, quod filio hodie remitto, quia fortè opus habet, in consequentiam trahi non debet, eò quòd mera bona voluntas obligationem non pariat.

Quid si autem filius permiserit, ut pater usufructu frueretur, sibi in- 24 debito? E. C. Si filius in dignitate constitutus ex principis liberalitate aliquid acceperit, vel filio hac conditione legatum accesserit, ne patri acquireretur ususfructus, vel, si filius legitimè emancipatus, aut per matrimonium, aut per separationem à foco, & domo paterna à patria potestate liberatus, nihilominùs patri usumfructum in bonis suis reliquerit, anné similiter censebitur patri usumfructum remisisse, vel condonâsse? Et Respondetur, quòd non, ex duplici ratione: 1. quia censetur usurpationem juris sui ex sola reverentia paterna omisisse, ut *D. Balthasar. ex Alphons. de Azevedo. dict. resol. 3. n. 11. ad finem.* benè advertit: Deinde, quia dispar ratio est inter patrem non requirentem usumfructum ex bonis filij, & inter filium conniventem patri usurpanti sibi usumfructum ex bonis pleno jure ad se pertinentibus. Patri enim ususfructus in bonis filij adventitijs competit solo beneficio legis, quo si uti nolit, ususfructus utique remanebit apud filium tanquam dominum bonorum adventitiorum. In bonis autem pleno jure ad filium pertinentibus patri nullum jus ususfructûs competit: Si igitur illum percipit, hoc mero jure indebiti facit, & proinde condictione tenetur, ita ut post mortem ipsius filius rem ipsam tanquam ad se proprietariè pertinentem cum fructibus perceptis à fratribus, vel alijs parentis hæredibus vindicare possit.

Quæritur septimò, quid patri, qui in bonis maternis liberorum suo- 25 rum usumfructum habet, ulteriùs incumbat? Et Respondemus, cùm pater sit legitimus administrator bonorum maternorum, debet imprimis omnem tuendæ substantiæ diligentiam adhibere, & id, quod liberis suis ad maternam hæreditatem debetur, extrajudicialiter vel judicialiter, per se, vel per procuratorem exigere, litem inferentibus resistere, atque omnia alia bonâ fide agere, quæ administratori jure incumbunt.

Imprimis autem res maternas alienandi potestatem non habet, adeò, 26 ut si à patre alienatio facta sit, filius rem alienatam à possessore, sive bonæ, sive malæ fidei sit, vindicare possit. *l. résque. 1. Cod. de bon. mater.* Nisi subsit necessaria, & urgens causa, ut alienatio fiat, fortè, quia res magis est damnosa, & onerosa filio, quàm utilis, aut quia servando servari non potest, & tractu temporis deterior fit, & in hoc pater sic privilegiatus est, ut decreto judicis non indigeat, tametsi res immobilis sit, ut habet *Mynsing. in observ. suis. Cent. 6. obs. 61. And. Gail. 1. obs. 72. n. 14.* Ubi dicunt, quòd pater in bonis filijfamiliâs in sua potestate constituti plus juris habeat, quàm si curator sit filij emancipati: Et hujus rei ratio est, quia non est verisimile, patrem quidquam contra pietatis officium, & propriam utilitatem facere posse. *l. 1. Cod. de bon. matern. & l. ult. Cod. de bonis, quæ liberis.* quod tamen Camera teste eodem Myns: non observat.

Interim secundò, dubium non est, si pater bona materna citra necessitatis, vel utilitatis causam alienaverit, quòd filius rem etiam vivo patre revocare, & vindicare possit, *per l. Imperator. 50. ff. ad Trebellian.* Ubi filius contra iniquam alienationem patris auditur in bonis, in quibus propter fideicommissum solam spem, & nullum dominium habet, ergò à fortiori audiri debet in bonis adventitijs, quorum proprietatem habet. *Zæsius. ad dict. tit. de bon. matern. quæst. 2. Pinell. ad l. 1. h. t. part. 2. n. 23.*

Quid

27 Quid si autem tertiò, ipse filius alienaverit bona materna, annè pater alienationi contravenire possit? Et Respondetur, quòd sic, non tantùm ratione ususfructûs, qui eidem debetur, sed etiam ratione administrationis, nomine filij sibi competentis, *Zœsius. loc. cit.* Imò hoc in tantum extenditur, ut pater etiam rem maternam ad filiumfamiliâs pertinentem alienans contra proprium factum venire, & illam revocare possit. *Perez. ad dict. tit. Cod. de bon. mater. n. 6.* & *Zœsius. loc. cit. quæst. 3. argumento. cap. si quis presbyter. x. de rebus Eccles. non alien.* Ubi prælatus rem Ecclesiæ à se alienatam revocare potest: Ratio est, quia, sicut prælatus non jure proprio, sed jure Ecclesiæ contra propriam alienationem venire potest, ita etiam patri licentia est, contra alienationem bonorum maternorum, in quibus ipsi ususfructus debetur, non quidem proprio, sed administratorio, & filij nomine veniendi. Vid. *Ant. Faber. in Cod. suo. ad tit. de bon. quæ liber. defin. 1.*
28 Ubi dicit, pater, qui bona filij adventitia contra legis prohibitionem alienavit (cùm illi omnis alienatio interdicta sit, *l. cùm oportet. 6. §. non autem. Cod. de bon. quæ liberis.*) non eò minùs revocandæ alienationis, quam ipse fecerit, jus habet, non proprio quidem nomine, sed officij sui ratione, &
29 quod idem est ex persona filij. *Perez. loc. cit. n. 6.* nec opus est patri auxilium restitutionis in integrum, quia ipso jure alienatio non tenet. Idem *Faber loc. cit. n. 4.* Restitutio enim in integrum præsupponit, alienationem esse validam, nulla est autem, ut diximus, alienatio bonorum maternorum à patre facta, ergò restitutione opus non habet. *l. 3. Cod. si advers. libert. &c. l. 2. Cod. de præd. minor.* Sive, ut *Faber. loc. cit. n. 7.* dicit, tunc necessaria est restitutio, cùm rescindendum est factum, quod ipso jure tenet, non autem, cùm factum ipso jure non tenet.

30 Prout autem pater prohibetur bona materna filij alienare, ita multò magis alienatio bonorum maternorum facta per filium nulla, & invalida est, & quidem ex duplici ratione. 1. Propter usumfructum, qui patri competit, cui filius per alienationem in usufructu præjudicium facere non potest. 2. Propter districtam prohibitionem legis, quâ filius ad alienandum redditur inhabilis, cùm pater in ejusmodi bonis jure proprietatis quidem ad filium pertinentibus legitimus sit administrator. Quod idem *Faber.*
31 *ad tit. de bon. quæ liber. defin. 4.* in tantum extendit, ut, tametsi filius alienationem suam jurejurando confirmaverit, ad eam observandam tam parùm teneatur, quàm si à prodigo, cui bonis interdictum est, juratum esse pro-
32 ponatur: Imò, si filiusfamiliâs delictum committat, ex quo bona illius confiscantur, proprietas bonorum adventitiorum, in quibus pater usumfructum habet, nullo modo publicari possit: Et, si pater deliquerit, eidem tamen in publicatione bonorum salvus maneat ususfructus, quem habet in bonis adventitijs filij sui, quod tamen valdè dubium est. Vid. idem *Faber. loc. cit.*

33 Sed, quid si pater alienaverit bona materna filiorum suorum cum juramento de observatione alienationis? Ad hoc Respondet idem *Faber. ad dict. tit. de bon. quæ liber. defin. 2.* Si pater, ut fieri assolet, cùm bona filij alienaret, juraverit, se nullo modo, nulláque ex causa contraventurum, non tantùm ipsi patri via revocandi præclusa est, propter jurisjurandi religionem, sed etiam ipsi filio, quia pater tanquam legitimus administrator eidem agere volenti consensum, & auctoritatem accomodare non potest, nisi id ex jussu judicis faciat, quam cautelam tanquam subtilem, & insignem animadvertere jubet. Plura de hac materia idem *Faber ad utrúmque titulum. De bon. matern. Et de bon. quæ liberis* more suo ingeniosè tradit, quò Lectorem remittimus.

34 Addendo Coronidis locò, quòd hæc, quæ de prohibita alienatione patris, & filij, & revocatione bonorum maternorum alienatorum diximus,

locum

locum non habeant, si legitima præscriptio accesserit: Singulariter tamen notandum est, quòd ordinaria præscriptio non sufficiat, sed requiratur præscriptio temporis longissimi 30. annorum juxta Auth: *nisi tricennale. ad tit. de bon. matern. & novell. 22. §. sed quod sancitum in fine.* Quam dispositionem licèt alij restringant ad sola bona, quæ parenti binubo à defuncta conjuge relicta sunt, tamen *Pinell. ad l. 1. part. 3. n. 74. Cod. de bon. matern.* eam extendit ad omnia bona adventitia, quorum pater legitimus administrator est.

Der Vierdte Articul.

WEme sein Eheliche Haußfrau mit Todt abgehet / vnd sie Eheleibliche Kinder von jhnen beeden gebohren / hinder jhr verläst / so soll alsdann der Verwittibt / er greiffe zu der anderen Ehe oder nit / denselbigen seinen Kindern erster Ehe / jhr Mütterlich Guet / wie vil sich dessen befindet / vnd wie es Nahmen haben mag / in Beyseyn der Freundschafft / da es Adels-Persohnen / Doctores, so Fürstl. Räth / von den Geschlechten / auch andere Doctores die jhren Gradum bey bewerthen Universiteten erlangt / Aber andere vor der ordentlichen Obrigkeit / doch auch in Beyseyn beederseits Freundschafft / vor Außgang Jahr vnnd Tags / bey Vermeydung der Straff / benanntlichen außzezaigen / fürzesetzen vnnd zuversicheren schuldig seyn / auff daß die Kinder auff die obgesetzte Fäll / solch jhr Mütterlich Guet zubekommen wissen / vnd nit erst künfftig darumb Kriegen / oder Außführung desselben thun müssen / doch dem Vattern an seiner Nutz-Niessung / wie oben gesetzt ist / vnvergriffen.

Wolte aber ein Vatter sich mit den Kinderen / wegen deß widerfälligen Heyrat-Guets / daß er sein Leben-lang zuniessen hat / vmb ein benanntes (jhnen solches / da sie auß seiner Underhaltung kommen / paar herauß zegeben) nach billichen Dingen / mit Wissen der Obrigkeit vertragen / das soll jhm vnverwehrt seyn. Doch soll die Obrigkeit in allweg fleissig Obacht haben / daß die Kinder durch solche Verträg nit zufast vernachtheilt vnd vervortheilt werden; Dann im Fall die Obrigkeit hierinnen saumselig wäre / stünde den Kinderen ins künfftig bevor / den Schaden bey derselben zusuchen.

SUMMARIA.

1. *An pater teneatur de bonis adventitijs filij inventarium conficere?*
2. *An jure nostro saltem descriptionem sive designationem facere?*
3. *Sive in statu viduali permaneat, sive ad secundas nuptias transeat?*
4. *Ubi hæc descriptio à plebeis hominibus facienda?*
5. *Quomodo à nobilibus?*
6. *An præsentia consanguineorũ ad hunc actum adhibenda?*
7. *Et quidem utriúsque conjugis?*
8. *Quo tempore fieri debeat descriptio bonorum adventitiorum filij?*
9. *An de jure nostro Bavarico pater teneatur ad cautionem usufructuariam?*
10. & 11. *An articulus noster ratione cautionis etiam intelligendus de nobilibus?*
12. *An de Jure nostro Statutario liberi pro bonis maternis suis in patris facultatibus aliquam hypothecam habeant?*

13. An solummodò in hoc casu, quando pater ad secunda vota transit?
14. An hæc descriptio tantùm intelligenda sit de bonis mobilibus?
15. An liberi cum amicis patri hanc descriptionem remittere possint?
16. 17. & 18. An pater cum liberis suis de restitutione dotis transigere possit?
19. An etiam de contradote mater cum liberis transigere possit?
20. An liberi debeant esse majorennes, ut valeat transactio?
21. An talis transactio fieri debeat cum præscitu ordinarij magistratus?
22. An etiam, quando transactio fit inter personas nobiles?
23. Quod sit officium magistratûs?
24. An pater etiam cum filijs suis transigere possit de reliquis bonis maternis?

1 APud Doctores controversa disputatio est, an pater de bonis maternis, & adventitijs liberorum suorum teneatur inventarium conficere? Et opinionem negativam tanquam veriorem in Camera Imperiali approbatam esse, refert *Mynsingerus. Cent. 2. obs. 93.* per rationem, quia inventarium respicit eos, qui ad reddendam rationem obnoxij sunt, & non alios. Sed pater ob reverentiam paternam non tenetur, suæ administrationis rationem filio in sua potestate adhuc constituto reddere. *l. si quis prioris. §. fin. Cod. de secund. nupt.* Ergò nec ad inventarij confectionem obligatur, cùm enim pater habeat usumfructum in bonis adventitijs, ratio postulat, ut habeat eorum quoque liberam administrationem, ut nomine filij actiones intentare, æs alienum distrahere, &, si pecunia non suppetat, creditoribus pretio ex venditione bonorum hæreditariorum redacto satisfacere, legata, & fideicommissa ex reditibus, si sufficientes sint, solvere, mancipia hæreditaria, & domesticos alere, denique totis viribus utilitati filij sui consulere possit. *Perez. ad tit. Cod. de bon. quæ liber. n. 9.* Et, quoniam lex confidit, quòd pater ultroneè sit administrationem accepturus, & in ea fideliter versaturus, ob hanc fiduciam ipsum liberat à rationum redditione, & satisdatione, à præstatione cautionis usufructuariæ, nec ejus bona de jure communi filio tacito pignoris nexu obligata sunt. *l. ult. & l. cùm oportet. 6. Cod. de bon. quæ liber.*

2 Sed statuta nostra Provincialia hac in re aliter disponunt; Nam tametsi patri confectionem solennis inventarij non injungant, tamen exquisitè eidem obligationem imponunt, ut post mortem uxoris suæ descriptionem, sive designationem bonorum adventitiorum, & maternorum specificè conficiat, quod justissimum esse, nemo non approbabit, cùm futuro tempore, præsertim si patrem diutiùs vivere contingat, liberis probatio nimium difficilis cadere possit: Et hinc est, quòd plurimi ex Doctoribus ejusmodi descriptionem, non obstante reverentia paterna, de qua *Mynsing. loc. cit.* loquitur, necessariam putent. Vid. *Enenckel. de privil. parent. & liber. privil. 4. cap. 6. n. 10.*

3 Declaratur autem hæc dispositio primò, ut ejusmodi descriptio, die Außzeigung / vnd Fürsetzung deß Mütterlichen Guets / fieri debeat, sive pater in statu viduali permaneat, sive ad secundas nuptias transeat, licèt enim per transitum ad secundas nuptias liberis primi matrimonij ex odio, & persecutione novercali majus periculum diminuendi res suas impendat, tamen, quia pater etiam in statu viduali per malam administrationem filijs facilè præjudicium facere potest, malè suscipere non debet, si lex pro filijs per descriptionem bonorum in tempore vigilat.

4 Declaratur secundò, ut hæc descriptio à plebeis hominibus debeat fieri coram ordinario magistratu, ita (quod ex superiùs deductis supplendum est) ut, si summa notabilis sit, & 50. florenos excedat, judiciale instrumentum

mentum desuper erigi, si autem minor sit, protocollo judiciali inseri oporteat.

Declaratur tertiò, ut personæ Nobiles, Consiliarij Principis, Patritij, 5
& Doctores, qui gradum suum in approbata Universitate consecuti sunt, ad judicialem descriptionem non teneantur, sed illam proprijs suis scripturis, & instrumentis conficere possint, quibus hîc enumeratis personis etiam illos adjungas, de quibus in præcedenti articulo diximus, quòd Nobilibus æquiparentur, & Doctoribus in dignitate, & præcedentia non cedant, ut sunt præcipui officiales Principum, die fürnemmere Ober-Beambte.

Declaratur quartò, ut descriptio tam à nobilibus personis extrajudi- 6
cialiter, quàm à plebeis judicialiter confecta peragi debeat, in præsentia propinquorum, & consanguineorum utriúsque conjugis, defunctæ, & superstitis: Ratio est, quia illi de bonis ad liberos pertinentibus optimam notitiam habere præsumuntur: Ex quo sequitur, si quidam amici, & propingui procul siti sint, ut de bonis maternis, & adventitijs liberorum cognitionem habere non possint, quòd illorum præsentia inutilis, & consequenter alij adhibendi sint, qui liberorum damnificationem per propriam experientiam avertere queant.

Declaratur quintò, quòd articulus requirat utriúsque conjugis propin- 7
quos: Ratio est, ne, si soli propinqui ex parte mariti admittantur, liberis malè consulatur, cùm ij potiùs pro marito, quàm pro liberis solliciti futuri sint: Et hinc, si fortè ex parte uxoris prædefunctæ nulli propingui, aut consanguinei supersint, descriptioni aliæ personæ adjungendæ sunt, quæ defectum propinguorum suppleant, & liberorum partes, maximè si minorennes sint, sustineant.

Declaratur sextò, ut hæc descriptio, & designatio bonorum materno- 8
rum fieri debeat intra annum, & diem, ad similitudinem inventarij, sub pœna, quæ Judicis arbitrio relinquitur.

Declaratur septimò, quamvìs pater in bonis filiorum adventitijs de ju- 9
re communi usufructuariam cautionem non præstet, nec ejus bona, ut diximus, sint tacito pignoris nexu obligata, *l. ult. & l. cùm oportet. 6. §. 2. Cod. de bon. quæ liber.* quòd tamen articulus noster cautionem, & assecurationem per expressum requirat, in verbis, er solle das Mütterliche Guet außzuzaigen / fürzusetzen / vnd NB. zuversicheren schuldig seyn. Anno 1652. cùm aliquis insignis Juris-Consultus pridiè antè nuptias amicos convocâsset, ut pactorum dotalium conventioni interessent, inter utriúsque partis assistentes gravis controversia super hac quæstione orta fuit, cùm ex parte sponsæ in projecto instrumenti dotalis hæc verba inserta fuissent, quòd, si uxorem præmori contingat, relictis liberis maritus teneatur, ijs bona materna fideliter describere, & de restitutione illorum in casum mortis suæ sufficientem cautionem præstare, ad quam sponsus noluit esse obligatus, asserens, contra reverentiam paternam esse, ut filijs suis ad præstandam assecurationem pro bonis adventitijs obstrictus sit. Verba articuli nostri modò allegata solummodò intelligenda esse de hominibus plebeis, & non de nobilibus, de quibus jura meliùs confidant. Deinde, si etiam de personis nobilibus intelligenda forent, id restringendum esse ad solum casum, quo pater ad secundas nuptias convolat, & liberis suis novercam superinducit, ne nimium à jure communi, quæ reverentiæ paternæ hoc tribuit, ut à rationum redditione, & satisdatione immunis sit, recedatur. Et in hac sua opinione cum colera ita perstitit, ut projectum instrumenti dotalis in partes discerperet, nihilominùs etiam sine pactis dotalibus cum uxore pacificè vivens: Quid igitur nobis de hac quæstione dicendum est? Et Respondemus, nobis vix
dubium esse, quin prædicta verba ratione præstandæ cautionis sint de nobili- 10
bus æquè, ac de plebeis personis intelligenda, quia differentia tantùm in

hoc constituitur, ut plebei homines descriptionem, assignationem, & satisdationem præstare debeant coram magistratu ordinario: Nobiles verò personæ præstare possint proprijs suis scripturis, & instrumentis: De hoc autem, quòd nobiles à satisdatione immunes sint, nec verbum in prædicto articulo reperitur, imò, cùm verba, sollen schuldig seyn / das Mütterliche Guet benanntlichen außzuzaigen / fürzusetzen / vnnd NB. zuversicheren / complectantur utrámque classem, tam personarum nobilium, quàm plebejarum, & ratio finalis, quare satisdatio requiratur, hæc sit, auff das die Kinder solch ihr Mütterlich Guet zubekommen wissen / vnd nit erst künfftig darumb kriegen / oder Außführung desselben thuen müssen / quæ magìs nobiles personas, quàm plebejas stringit, cùm ipsi ad litigandum procliviores sint, & apud eos majus liberorum periculum versetur, eò, quòd nobilibus usufructus in bonis maternis ad dies vitæ competat, plebei verò ad restitutionem obligati sint statim, ac liberi ex eorum pane, & sustentatione secedunt: Satis clarum esse existimamus, his rationibus convinci, nullam quoad satisdationem inter nobiles, & plebejos differentiam faciendam esse: Confirmatur id ulteriùs, auß der Fürstl. Bayrischen Lands-Ordnung weittere Erklärung / de Anno 1578. fol. 5.

11 Ubi generaliter, & sine omni personarum distinctione assecuratio bonorum maternorum requiritur, quæ constitutio de verbo ad verbum in hunc nostrum articulum relata est, ut proinde, sicut antiquitus Nobiles non minùs obligabat, quàm plebejos, ideò etiamnum hodiè illos æqualiter obligare debeat: Juxta Regulam: Quod non mutatur, cur stare prohibeatur? Quoad formam autem faciendi descriptionem, & satisdationem necessariò debuit fieri inter personas distinctio, cùm nobiles personæ jus habeant, super proprijs obligationibus suis instrumenta conficiendi, & sigillandi, quod plebeis hominibus tamen est interdictum, & propterea magistratus ordinarij auctoritas substituta. Vid. quæ diximus ad *Artic. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß.

12 Quid si autem liberi, & eorum propinqui, sive amici neglexerint, à patre assecurationem sive cautionem pro bonis maternis petere? Respondemus, tametsi dixerimus, de jure communi bona patris liberis pro bonis maternis tacito nexu pignoris non esse obligata, *l. 6. & ult. Cod. de bon. quæ liber.* tamen aliud statuendum est de jure nostro statutario, quod filijs in bonis paternis, quorum parentes administrationem habent, jus tacitæ hypothecæ tribuit. *text. apert. in Art. 18. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Ubi dicitur, quòd hypotheca tacita in bonis parentum pro administratione rerum ad liberos suos pertinentium suum initium capiat non à die, quo malè administrare incipit pater, sed à die, quo administrationem suscepit, supponit igitur articulus, quòd patris administratoris bona filijs tacitè obligata
Diff. sint, ut sic hac in parte duplex sit differentia juris nostri statutarij à jure communi. 1. Quia pater usufructuarius cautionem præstare tenetur, & 2. quia ipsius bona etiam tacitè pro administratione bonorum maternorum filijs obligata sunt.

13 Nihil obstat in contrarium, quod de secundis nuptijs dictum est, nam, licèt etiam *D. Balthasar. Tit. 3. resol. 4. n. 6.* vacillare videatur, an non dispositio articuli nostri solummodò ad binubum patrem restringenda sit, tamen articulus per se clarus est, qui statim ab initio linea. 3. patrem ad descriptionem bonorum maternorum, demonstrationem, & assecurationem, zur Außzaigung / Fürsetzung / vnd Versicherung / obligat, sive ad secundas nuptias transeat, sive non transeat, er greiffe zu der anderen Ehe / oder nit.

14 Alij quidem hanc obligationem solummodò ad bona mobilia referunt, ut pater ad secundas nuptias transiens ea describere, sive inventarium desuper conficere, cautionem, & satisdationem præstare, & reliqua facere debeat,

ad

ad quæ mater binuba adstringitur ex *l. hac Edict.* §. *is illum. Cod. de sec. nupt.* Sed planè verum est, quòd secundùm statuta nostra Provincialia non solùm à patre binubo, sed etiam viduo tam in bonis mobilibus, quàm immobilibus, non solùm à plebeio, sed etiam nobili descriptio, demonstratio, & assecuratio bonorum maternorum fieri debeat. Primum demonstrant verba, er greiffe zur anderen Ehe / oder nit. Secundum inferunt verba, außzaigen / fürsetzen / specificare, demonstrare, &c. quæ magis res immobiles, quàm mobiles concernunt, utpote, quæ faciliùs sensui visûs, & demonstrationi exponi possunt: Nec hac in parte ullum verbum in articulo continetur, quod restrictionem ad solas res mobiles importet. Tertium jam supra demonstratum est, quòd obligatio assecurationis nobiles personas non minùs, quàm plebejos stringat.

Imò, nos hanc opinionem nostram ulteriùs extendimus, ut, tametsi amici ex bona confidentia erga parentem cum voluntate, & assensu liberorum eidem descriptionem, & assecurationem bonorum maternorum remittere velint, id nullo modo licitum sit, cùm articulus utatur verbis positivis, & præceptivis, sollen schuldig seyn / cum comminatione pœnæ, si contravenerint, quam comminationem nos non solùm de ipso parente descriptionem, & assecurationem negligente intelligimus, sed etiam de ipsis propinquis, & consanguineis, quorum curæ incumbit, ut filiorum, maximè, si adhuc in minori ætate constituti sint, rationem habeant, & sarta tecta conservent: Tametsi fortè ipsis liberis quantumvis majorennibus condonandum sit, si ex reverentia filiali contra proprium commodum laboraverint, & patri neglectam descriptionem, & assecurationem condonaverint. 15

Ultimum est in hoc articulo, quòd patri, & filijs libertas relinquatur, 16 super restitutione dotis, cujus ususfructus ad patrem ad dies vitæ pertinet, transigendi: Quæ additio, in der alten Bayrischen Lands-Ordnung / *loc. cit.* non continetur. Et propterea iste Vers: Ulteriorem indaginem requirit.

Primò igitur advertendum est, quòd personæ Nobiles, & plebejæ quo- 17 ad usumfructum dotis pares sint, juxta *Artic. 4. Tit. 1.* der Land-Recht. §. Hätten aber die Ehe-Leüth / *& præced. Art. 3. h. t.* Ubi dicitur, quando in matrimonio certa dos fuit constituta, quòd contrados, sive dotalitium in æquali quantitate debeatur, & superviventi conjugi usufructus dotis, vel contradotis ad dies vitæ manere debeat: Cùm igitur in modò allegatis ar- 18 ticulis nulla distinctio personarum nobilium, & plebejarum fiat, rectè etiam Vers: Wolte aber / *hujus Articuli.* ita interpretamur, ut indistinctè nobilibus, & plebeis licentia sit, cum liberis suis de dotis restitutione transigere, ita, ut parte quadam retenta, reliquum liberis pleno jure cedatur, & usufructus patri debitus remittatur.

Animadvertendum est secundò, tametsi articulus loquatur tantùm de 19 dote, von dem widerfälligen Heyrat-Guet / quòd tamen idem dicendum sit de dotalitio sive contradote, ita, ut præmortuo patre, etiam mater usufructu contradotis cum liberis suis transigere possit, ut parte sibi retenta reliquum ijs pleno jure relinquat: Quæ dispositio videtur esse utilis, & æqua, cùm per ejusmodi amicabilem compositionem patre, vel matre diutiùs vivente rixis, & litibus post multum temporis ex defectu sufficientis notitiæ oriri solitis præveniri possit.

Advertendum tertiò, necessarium tamen esse, ut liberi sint majoren- 20 nes, nam, si minorennes sint, & præsupponamus, matrem præmortuam esse, pater liberorum suorum legitimus tutor, & administrator est: Non potest igitur nomine liberorum secum ipse contrahere, sed necessarium est, ut liberis ad hunc actum curator detur, tametsi adhuc in pupillari ætate sint, cùm tutor habenti tutorem dari non possit. Idem dicendum est de matre, quando ipsa legitima filiorum tutrix, vel curatrix est, si autem ad secun-

das nuptias transivit, ex juris dispositione per se clarum est, quòd priùs alios tutores, vel curatores petere debeat, cum quibus de contradote, vel dotalitio transactionem, si velit, inire possit.

21 Advertendum est quartò, quòd ex dispositione hujus Versiculi talis transactio fieri debeat cum præscitu magistratûs. Sed ex hoc quæstio oritur: An etiam Nobiles personæ talem transactionem coram magistratu ordinario inire debeant? Fatemur, nos multùm substitisse, an iste Versiculus non de solis plebeis hominibus intelligendus sit, quibus necessitas incumbit, ejusmodi conventiones judicialiter celebrandi, sed, quia jam diximus, dispositionem hujus Versiculi omnibus nobilibus, & plebeis communem esse, cùm planè absurdum foret, ut civis, & rusticus hoc beneficio gauderet, illud autem nobilibus personis negaretur, convenienter respondendum esse putamus, ut actus transactionis à plebeis judicialiter fiat, à Nobilibus verò fieri possit juxta *præced. Vers.* adhibitis liberorum propinquis, & consanguineis, vel certè, si liberi adhuc minorennes sint, adhibito curatore. Si enim tota descriptio bonorum maternorum, demonstratio, & assecuratio à Nobilibus fieri potest in præsentia propinquorum, & consanguineorum, cur non etiam transactio super usufructu dotis, vel dotalitij?

22 (line 4 of paragraph 21)

Advertendum tamen est quintò, cùm Magistratûs officium sit, ut versiculus loquitur, exactam diligentiam adhibendi, ne liberi per ejusmodi transactionem nimium periclitentur, aut damnificentur, ita etiam idem propinquis, & consanguineis, maximè verò curatori ad hunc actum constituto incumbat, cùm ipsi in locum magistratûs succedant. Addit versiculus,

23 Quod pro sextò advertendum, si magistratus officium suum neglexerit, quòd de syndicatu teneatur, tenebitur ergò etiam curator actione curatelæ, vel propinqui, & consanguinei actione mandati, aut negotiorum gestorum, si illorum culpâ, & negligentiâ filij damnificati sunt.

24 Advertendum est septimò, quòd versiculus iste tantùm loquatur de transactione super recidiva dote, quæritur ergò ulteriùs, cùm nobilibus personis, juxta superiùs deducta, ususfructus etiam in omnibus bonis maternis ad dies vitæ competat, annon similiter super ijsdem, ac super ipsa dote transactio fieri possit? Et Respondemus, nullam nobis rationem apparere, quare non in reliquis bonis maternis idem fieri possit, cùm aliàs jura dotium magìs privilegiata sint, quàm reliqua jura bonorum maternorum, & æquissimum esse videatur, ut, si filius egeat, pater eidem ex bonis maternis subveniat: Hinc sæpiùs vidimus, parentes Nobiles locupletes omni usufructui in bonis maternis renuntiâsse, tantùm, ut liberi pinguiorem sustentationem, & alimentationem habeant: Si proinde totum usumfructum possunt remittere, cur non etiam super eo amicabiliter transigere?

Deß IIII. Tituls

Von aygnen Leuthen.

Erster Articul.

WO ein Herr einen aignen Mann hat / der ein gesessener Mayr vnd Bauers-Mann / vnd hinder einem anderen Herrn mit Diensten gesessen ist / so mag der Herr denselben seinen aignen Mann / wo er es notthürfftig ist / vngefährlich zu rechter gewohnlicher Zeit im Jahr / ohn Verhinderung

rung deß / darhinder er sitzet / wol auff sein Guet forderen / doch soll er jhne alsdann mit einem Guet / das jhm gemäß ist / auch wider versehen. Wurde aber der aigen Mann in der Zeit / als recht ist / nach der Forderung nicht kommen / so hat der Herr Gewalt sein Leib vnd Guet darumb anzugreiffen / jhm selb ohne Schaden; Doch soll der Mayr von dem Herrn / hinder deme er sitzt / vnnd von jhme abgefordert würdet / nit abfahren / er entricht dann zuvor solchen seinen Herrn / von deme er fahren soll / seiner Ansprach vnnd guts recht; Wo auch derselb aigen Mann Weib / oder Kind hätt / die eines anderen Herrn aigen wären / so soll desselben Weibs oder Kinder aigen Herr / den geforderten Mann vnd seine Kinder (so lang die Kinder in deß Vatters Brod seyn) oder seinen Herrn daran nit hindern. Wolte auch ein Herr seine aigne Leuth / die ledige Persohnen / vnd nit angesessene Bauers-Leuth seyn / es sey Mann oder Weib / in seinen Dienst erforderen / das soll er zu gewohnlicher Zeit thun / vnnd jhne vmb zimblichen Lohn zudienen begehren. Wär aber der Laibaigen Mann kein Bauers-Mann / aber der Herr hätte jhn sonsten zu seinen Diensten zugebrauchen / mag er denselben ebenfals in seine Dienst erforderen / wie erst zuvor von den Bauers-Leuthen gemeldet ist / doch daß er dem geforderten Leibaignen gebührliche Underhaltung vnd Besoldung gebe.

SUMMARIA.

1. *Connexio hujus tituli cum priori.*
2. *Quæ servitus personalis hodie adhuc in usu, & moris sit?*
3. *An nostri homines proprij magìs æquiparentur hominibus liberis, quàm servis?*
4. *Quas operas homines proprij dominis suis præstare debeant?*
5. *Quomodò discedentes à dominis suis revocari possint?*
6. *An hæc revocatio etiam locum habeat in fugitivis proprijs hominibus opificibus, vel tantùm in agricolis, & colonis?*
7. *Quædam locorum specialia privilegia?*
8. *An servus fugitivus rescriptibilis sit?*
9. *Quomodò liberi adscriptitiorum proprij profugi restitui debeant?*
10. *Quando proprij homines profugi duriùs, vel mitiùs puniendi sint?*
11. *Quando quis hominem proprium bona fide secedentem revocare possit?*
12. *Quo anno, aut quo tempore talis revocatio fieri debeat?*
13. *Qualem satisfactionem talis secedens homo proprius suo conductori facere debeat?*
14. & 15. *Quomodò dominus eidem providere debeat redeunti?*
16. *Quid si servus non redeat, an dominus ipsum, & bona ejus apprehendere possit?*
17. *An dominus eum in carcerem mittere possit?*
18. *Quid si dominus nullam jurisdictionem habeat?*
19. *Quid si servus sit in loco alienæ jurisdictionis?*
20. *Quid si jus proprietatis ejusmodi hominis dubium sit?*
21. *Quid si uxorem, & liberos talis servus habeat?*
22. *Quid si uxor cum liberis alterius domini homines proprij sint?*
23. *Quid si liberi hominis proprij sint à patris foco separati?*
24. *An recidant in potestatem prioris domini post mortem patris, cujus mater homo proprius fuit?*

25. An

25. An in casu, quo maritus, & uxor diversos dominos proprietarios habent, maritô avocatô uxor possit permanere apud priorem dominum suum?
26. An etiam homines proprij soluti, in alienis servitijs existentes, ab ijs avocari possint?
27. An avocatio etiam locum habeat in opificibus servilis conditionis?
28. An homo proprius sit subditus sui domini?
29. An actus captivitatis, & manûs injectionis jurisdictionem importet?
30. Si quis se hominem proprium neget?
31. An privilegium, deß sechßigisten Frey-Brieffes / se extendat ad homines proprios?
32. Quæ distinctio adhibenda?
33. An domino in rebus proprij hominis pro dominicis præstationibus competat jus hypothecæ, & prælationis?
34. Quid si dominus proprietarius, & dominus jurisdictionalis in subhastatione talis proprij hominis pro præstationibus suis concurrant?

1 A Titulo patr. potest. statuta nostra provincialia ad similitudinem Justiniani *Instit. per quas person. nob. acq.* transitum faciunt ad proprios homines: Tametsi enim servitus, quæ jure belli, & captivitatis inter Christianos, qui sanguine Christi in veram libertatem vindicati sunt, plerisque in locis (si Regnum Granatense excipias, ubi adhuc hodie etiam inter Christianos viget, *Ludov. Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 33. n. 6. Schultes. quæst. 14. n. 2.*) in desuetudinem abierit, *Frider. Husan. de prop. homin. cap. 1. n. 34.* Tamen in plurimis locis remansit aliqua species,
2 sive similitudo servilis conditionis; Et si homines proprij dicuntur, qui non solùm in ipsa Germania, sed etiam in Patria nostra tam diversimodi sunt, ut ferè in singulis præfecturis Provincialibus, vel Monasteriorum, & Hoffmarchiarum districtibus diversam status sui idæam habeant, quæ, ut *Vulteus ad* §. *2. n. ult. Inst. de Jure Person.* benè loquitur, in singulis locis usu magìs observari, quàm in scholis addisci possit. *Gail. de pignorat. obs. 8. n. 3.* homines proprios Germanorum servos anonymos vocat, ita ut nec asscriptitij, nec coloni, nec capite censi, nec statu liberi, nec liberti, de omnium tamen natura aliquid participantes sint. *Zas. in singul. Respons. lib. 1. cap. 3. n. 75. cum seqq.* Nos in progressu subinde unam, vel alteram differentiam cum antiquis servorum, & colonorum generibus in medium afferemus, hoc unum pro fundamento præmitten-
3 do, quòd homines proprij nostri temporis, & Provinciæ magìs æquiparari debeant liberis, & libertis, cum *Menochio. de arbitr. quæst. Jud. cas. 230.* quàm *cum Husano de homin. propr. cap. 2. n. 37.* veris servis: Et proinde consequens esse putamus, si probari non possit, hoc vel illud inconsuetum, & in hoc titulo non expresè approbatum servile onus, reale, vel personale, consuetudine, & observantiâ introductum esse, quòd magìs pro absolutione proprij hominis, quàm pro ejus condemnatione judicandum sit, cùm, ut dictum, ejusmodi homines in ijs, in quibus non probantur obligati, pro liberis habendi sint: Generalis enim regula est, quòd, sicut libertus patrono operas non debet, nisi promissas jurejurando, vel stipulatione *l. jurisjurandi 7. ff. de oper. libert. l. 44. in fine ff. de liberal. caus.*
4 Sic quoque homo proprius, ein Leibaigner / domino non debeat alias operas, præstationésve, quàm ad quas ex nativitate & originaliter obligatus est, vel sese in ipso contractu de novo paciscendo, vel acceptando prædium, cui hoc, vel illud onus inhærebat, tacitè adstrinxit, ut fatetur *idem Husan. cap. 6. n. 60. & seqq.* Et approbat *D. Besold. in verbo*, Leibaigne Leuth. §. *homines autem.*

5 Præcipuus autem dominicæ potestatis effectus est in proprios homines, si discedant à prioribus suis dominis ad alia prædia & servitia, quòd ab ijs ad pristinum statum & servitutem reduci possint: Et in hoc conveniunt

nostri

nostri proprij homines cum adscriptitijs, colonis originarijs, & censitis, *per text. in l. 6. Cod. de Agricol. & cens.* Ubi dicitur, omnes omninò fugitivos adscriptitios colonos sine ullo sexûs, conditionisque discrimine ad antiquos penates, ubi censiti atque educati, natique sunt, provincijs præsidentes redire compellant. Similis textus est in *l. omnes 8. Cod. eod. & in l. un Cod. de Colon. Illyric.*

6 Declaranda est autem hæc Regula: Primò, tametsi articulus noster tantùm loquatur de Agricolis, in verbis, **Wo ein Herr einen aignen Mann hat / der ein geseßner Mayr / oder Baurs-Mann / vnnd hinder einem anderen Herrn mit Diensten gesessen ist / so mag er denselben wol auff sein Guet fordern/** quòd tamen idem dicendum sit, si talis profugus fortè aliquod opificium didicerit, & domicilium in oppido quodam, vel civitate fixerit: Ratio est, quia tale profugium, & clandestinus secessus criminis rationem habet, ut loquitur *textus in l. unica. Cod. de Colon. Illyric.* & pœnam meretur non solùm is, qui se à domino suo subduxit, sed etiam, qui fugitivum recepit, ita, ut nec ignorantiæ locus sit, aut ad excusationem sufficiat, si recipiens dicat; quòd incognitum sibi tenuerit, hoc ipsò enim pœnam meretur, quòd alienum, & incognitum recipiendum esse duxerit. Sublata igitur omnis ignorationis excusatione, cur non is, qui se in oppido, aut civitate quadam submisit, eodem jure revocari possit, quàm si agricola manserit, & alibi ruri sedem fixerit? Fatetur *Oldendorp. class. 3. act. 9. tit. qui J. sunt introduct. n. 7.* hac in parte inter nobiles & civitates sæpè durissimas controversias ortas esse, sed quis non videt, eandem criminis subesse rationem, si quis se in civitatem, vel in alium pagum, & vicum subduxerit? Non enim sordidum opificium plus juris, & immunitatis præstare potest, quàm honestissimæ agriculturæ mutatio: profectò *dicta l. un.* inter secessum ad civitatem, vel alium quemcúnque locum non distinguit, sed simpliciter disponit, ut, si coloni abscesserint, & NB. ad alium (qui terminus ad civitatenses non minùs ac rusticos & agricolas quadrat) transierint, revocati vinculis, pœnisque subdantur.

Verum quidem est, quòd aliquæ civitates hoc jus habeant, ut servi ad eas confugientes libertatem consequantur, & à Dominis revocari non possint, ut de Tolosa attestatur Cassanæus, de Biturigibus Boërius, de Vienna Lazzius, de Colonia Molinæus, & statuta Coloniensia, de plerisque civitatibus Sabaudiæ Faber. Sed, quia talia privilegia, & statuta odiosa sunt, cùm alteri jus suum adimant, admitti non debent, nisi usus, & observantia specialiter probetur. Si in ejusmodi privilegijs, vel statutis requiratur cursus certi temporis, ut *Lazzius lib. 2. cap. 6. de Vienna fol. 74.* attestatur, quòd debeant ejusmodi homines, antequàm liberentur, ab omni servitute, sine contradictione, **vnversprochenlich** / per annum, & diem Viennæ pacatè vixisse, res ab æquitate non multùm recedit, sibi enim imputet dominus, cur hominem suum proprium à se secedentem, & profugum non citiùs, & diligentiùs fuerit prosecutus, cùm enim libertatis maximus favor sit, iniquum non est, ut in odium domini servum suum per annale spatium non requirentis præscriptioni libertatis locus detur: Tametsi aliàs servus fugitivus præscriptibilis non sit, *§. 1. de Usucapi.* 8
quia res furtiva usucapi non potest, servus autem fugitivus sui ipsius furtum facere dicatur. *L. 1. Cod. de servo fugitiv.* & proinde, quæ modò diximus, non de proprijs hominibus intelligi volumus, qui malitiosè, & dolosè se servitijs dominorum suorum subducunt, sed qui ex necessitate, vel alia justa causa secedunt, uti mox plura sequentur. Jactant nostri Monacenses, se simile aliquod privilegium habere, quod ijs non invideo, attamen, si illud privilegium, quod etiam prætendunt, se scilicet ad remissionem malefactorum, debitorum, aut quorumcúnque aliorum profu-

gorum non esse obligatos, ad hunc casum de hominibus proprijs applicare velint, nostra opinione impertinenter fieret, & in effectu idem esset, quòd ego rem meam furto ablatam, & Monachij existentem avocare, & vindicare non possim: Non enim hîc agitur de remissione ad alienum judicium, sed de rei propriæ persecutione, ad quam tale privilegium de non remittendis profugis extendi non potest.

9 Multò magìs autem hoc, quod nunc diximus de hominibus proprijs, qui colonis ascriptitijs æquiparantur, locum habet in eorum filijs, illi enim propriè vocantur originarij: Et hi, ut textus paulò ante citatus loquitur, nullis privilegijs, nulla dignitate, nulla censûs auctoritate, de jure communi excusantur, sed amputatis omnibus excusationibus domino fundi reddendi sunt.

10 Declaratur autem secundò, ut, quæ modò *ex l. un.* diximus, quòd non solùm ipsi homines proprij profugi revocari, & puniri, sed etiam ille correctioni subijci possit, qui illos in sua servitia recepit, intelligenda sint de illis hominibus proprijs, qui se malitiosè, & dolosè suis dominis subtrahunt, quoniam utique tale refugium, & dolosa subductio illicita, & consequenter punibilis est, criminisque, ut textus loquitur, rationem habet, quando autem aliquis bona fide ex necessitate, vel cum domini sui voluntate se alienis servitijs immiscet, similiter quidem revocari potest, sed cum eo agendum est, ut paulò post videbimus.

11 Declaratur tertiò, ut quis etiam suum proprium hominem bona fide secedentem, & alibi degentem avocare possit, si tamen illo opus habeat, fortè quia bonum, quod priùs inhabitabat, sterile reliquit, vel, si originarius sit, id est ab adscriptitio homine proprio natus, quem Dominus in suis servitijs domesticis adhibere velit. Nam, si illo non indigeat, wo er es nit notdürfftig ist / ut sonant verba articuli, non debet hominem suum proprium inutili avocatione vexare, sed potiùs pro honesto lytro dimittere, quàm per avocationem ex nuda invidia factam eidem in fortuna sua alibi quærenda impedimento esse.

12 Declaratur quartò, ut avocatio debeat fieri legitimo, & consueto tempore, ungefährlich zur rechter gewohnlicher Zeit im Jahr: Notum enim est, quòd secundùm consuetudinem Patriæ certa tempora observentur, quibus mercenarij, & operarij ad famulitia tam rustica, & ruralia, quàm urbana, & domestica conducuntur: Si quis igitur ex ascriptitijs, vel originarijs meis hominibus proprijs se ad servitia alterius domini bona fide, vel fortè etiam cum mea voluntate, aut connivenʈia obstrinxit, mihi eum avocare volenti incumbit, ut denuntiationem avocationis faciam ad tale tempus, quo ex Consuetudine mutatio servitiorum fieri solet, V. G. ad festum Purificationis B. M. sive Hypopanthi, ad festum S. Georgij, S. Michaëlis, &c. Ratio est, ne ejusmodi homines, qui bona fide se ad aliena servitia submiserunt, & ij, qui eos conduxerunt, damnum incurrant, ex quo apparet, quàm Christianè apud nos homines proprij tractari debeant, ut meritò præmiserimus, eos hominibus liberis, vel libertis magìs, quàm servis æquiparandos esse.

13 Declaratur quintò, quòd talis homo proprius, qui aliena servitia bona fide suscepit, ab eis discedere non possit, antequàm suo conductori plenam satisfactionem præstet, in verbis, er entricht dann zuvor solchen seinen Herrn / von dem er fahren soll / seiner Anspruch und Guets-Recht. Quam dispositionem nos non tantùm intelligimus de debito pecuniario, quod fortè tempore servitij alieni contraxit, sed etiam de conventionis modo, & tempore, ita ut Dominus, qui eum bona fide conduxit, priùs eum dimittere non teneatur, quàm legi conductionis satisfecerit, ut in præcedenti declaratione jam dictum est:

Decla-

Declaratur sextò, ut Dominus, qui hominem proprium avocat, teneatur, eidem accomodationem procurare, juxta verba, doch soll er jhne als dann mit einen Guet / daß jhme gemeß ist / auch wider versehen : Vel igitur superest bonum illud, à quo proprius homo discessit, vacuum, & fortè sterile, & incultum, & nullum dubium esse potest, quin suis sumptibus, & expensis, labore, & sudore illud reparare, & ad antiquam culturam redigere debeat : Si autem bonum jam alteri colono concessum est, debet ei dominus aliud bonum proprium, & asscriptitium, quod, ut articulus dicit, ipsi convenit, das jhme gemeß ist / assignare, ne post avocationem ad incitas, & desperationem redigatur, quod planè in Christiana lege indignum est : Si quæras, quomodò hæc verba, das jhme gemeß ist / intelligenda sint ? Respondemus, recipiendam esse conditionem, quam 14 ante discessum habuit, V. G. si fuit nudus inquilinus, ein blosser Häußler / oder Innseß / vel, si fuit operarius, ein blosser Tag-Wercker / dominus ei ad meliorem conditionem etiam non sit obligatus, quamvìs alibi post discessum suum meliorem habuerit : Si autem anteà fuit colonus, ein Baur / vel huebarius, ein Hueber / &c. ut dominus obligatus sit, de æquali iterùm accommodatione eidem providere, hoc tamen tunc tantùm verum esse putamus, quando priùs discessit bona fide, & vel maximè, quando discessit cum voluntate Domini : Nam, si se malitiosè, & contumaciter subduxit, & dominum jure suo subjectionis defraudavit, nobis indignus esse videtur, ut priorem statum, & conditionem adipiscatur, ut jam supra in explicatione *l. un Cod. de Colon. Illyric.* monuimus.

Declaratur septimò, quòd si proprius homo legitimè avocatus in tempore congruo, in der Zeit / als recht ist / non comparuerit, sed contumaciter emanserit, possit eum dominus persequi in bonis, & corpore, sive, ut articulus loquitur, potestatem habet, ipsum apprehendendi in corpore, & bonis, quæ verba videntur hunc sensum habere, ut ipse dominus propria autoritate sine omni suo damno, & periculo possit in ejus personam, & bona impunè manus injicere, idque jure dominicæ potestatis : Et quoad hunc effectum proprij homines magìs assimilantur servis, quàm liberis, & libertis. Antiquitus enim dominus jus vitæ, & necis in servos suos habuit, donec Antoninus Imperator constituit, ut non liceat servum sine justa causa legibus cognita occidere sub pœna homicidij, & l. Corneliæ. Imò ut ne quidem in eum dominus intolerabiliter, & supra modum sævire possit. §. *sed hoc. tempore. 2. Inst. de his, qui sui, vel alieni juris, &c.* Restricta igitur legibus Christianis potestate quoad exorbitantem duram tractationem verorum servorum, multò magìs illa restricta censeri debet quoad homines proprios, quorum conditio semper melior, & favorabilior est. Verba itáque, Er kan jhn an Leib / vnd Guet darumb angreiffen / hunc intellectum non habent, ut eum corporaliter apprehendere, & pœnam vitæ imponere possit.

15 16

Sed quid de manûs injectione dicendum, anné saltem dominus ejusmodi servum contumacem captivare potest ? Et siquidem eum sub sua jurisdictione deprehendat, dubium non est, cùm tam patria, quàm dominica potestas, ut de priori jam supra diximus, ad captivandum filium, & servum se extendat. 17

Quin imò, si ponamus, quendam dominum jurisdictionem non habere, sed solam dominicam potestatem, & deprehendat contumacem hominem proprium in loco dominio suo subjecto, firmiter tenemus, vi hujus articuli posse in eum manus injicere, & jus dominicæ suæ potestatis in corpore, & bonis illius prosequi. 18

Quidsi autem homo proprius in aliena jurisdictione sit constitutus, nec is, in cujus servitijs reperitur, ad requisitionem, & avocationem eum 19

dimittere velit? Articulo noſtro locum eſſe, planè diffidimus aſſerere, cùm in patria noſtra, DEO ſint laudes, exactiſſima ſervetur juſtitia, ita ut manûs injectione opus non ſit, ſed ſola Judicis, ſive Magiſtratûs ordinarij requiſitione, & imploratione, qui remiſſionem ejuſmodi hominis contumacis, & profugi, quantumvìs contra remiſſiones aliàs privilegiatus ſit, repetenti rem ſuam tanquam furtivam denegare non poteſt.

20 Multò minùs injectioni manuum locus erit, quando jus ſervitutis, & ſubjectionis dubium, & litigioſum eſt, cùm enim, ut diximus, nemo præſumatur eſſe homo proprius, dominus, qui hunc, vel illum ſuum hominem ligium, & aſſcriptitium eſſe aſſerit, id legitimè probare, & non ab injectione manûs proceſſum inchoare debet.

21 Declaratur octavò, ut, ſi talis homo proprius uxorem, & liberos habeat, obligatus ſit, reverti ad dominum ſuum unacum uxore, & liberis, quia apud Chriſtianos homines ſeparatio conjugum, & familiæ nimis dura, & intolerabilis eſt. Et hoc in tantum extenditur, ut, tametſi uxor, & liberi ſaltem fæminei ſexus juxta *Art. 5.* tanquam homines proprij alterius dominio ſubjecti ſint, nihilominùs dominus uxoris, & liberorum ejus, revocatione mariti impedimento eſſe non poſſit, per Regulam communem, quòd
22 uxor, & familia ſequatur maritum tanquam caput: Hoc tamen nos ita intelligimus, ut uxor cum liberis ſuis maſculini ſexus alteri domino ſuo proprietario lytrum, ſive præmium redemptionis ſolvere teneantur: Et hoc caſu in favorem matrimonij dominus proprietarius uxoris eam cum liberis etiam invitus dimittere obligatus eſt: quod noſtra opinione quoque fieri debet, tametſi maritus homo proprius ſub eo domino, cui uxor cum liberis ſubjecta fuit, domicilium habuerit, cùm revocatio hominis proprij afficiat perſonam ejus, non locum, in quo ſedem ſuam fixit.

23 Limitat tamen hanc Reſolutionem articulus in parentheſi, addendo, quamdiu liberi in patris pane, & ſuſtentatione ſunt, ex quo à contrario ſenſu ſequitur, ſi liberi mei hominis proprij, vel per matrimonium, & ſeparationem à domo paterna, receſſerint, & paterna ſuſtentatione ampliùs non egeant, quòd debeant redire ad dominum proprietarium matris ſuæ, cùm fructus ſequatur ventrem, ut paulò poſt dicemus: Mater igitur conjugij vinculo ſemper eſt obligata ad ſequendum focum mariti, liberi autem tanquam ſequela, non niſi quamdiu adhuc patris pane, & ſuſtentatione indigent.

24 Quidſi autem uxor cum liberis à priore ſuo naturali, & proprietario domino à ſubjectione, & ſervili conditione ſibi debita non fuerunt liberati, annè poſt mortem mariti, & patris ſui recidunt ad antiquum dominum? Nobis nihil videtur obſtare, ſolùm enim vinculum matrimonij, & obligatio paternæ ſuſtentationis effectum dominicæ poteſtatis ex parte uxoris, & liberorum ejus impediverunt, ergò ſubmotâ causâ per mortem mariti omninò dicendum eſt, quòd recidant in antiquam dominicam poteſtatem, utpotè quæ tantùm ſuſpenſa, non ſublata fuit, ſicut diximus, liberos recidere, ſi proprium panem lucrari poſſint. Rectiùs igitur talis uxor cum liberis ſuis faciet, ſi ſoluto lytro ſive pretio redemptionis alterius domini jugum excuſſerit.

25 Hunc verſiculum, **wo auch derſelb aigen Mann Weib / oder Kind hätt ꝛc.** *D. Balthaſar. tit. 4. reſol. 1. n. 14.* longè aliter intelligit, ubi putat, hunc ſenſum eſſe, ut, ſi maritus, & uxor diverſos dominos proprietarios habeant, & liberi ex eorum matrimonio ſuperſint, quòd quidem maritus, quamdiu liberi ſub ejus poteſtate ſunt, cum illis debeant redire ad ſubjectionem domini ſui poſt legitimam avocationem, uxor autem remanere poſſit apud ſuum dominum: Sed hoc erroneum eſſe, cum venia Domini mei quondam Collegæ ſequentibus demonſtro: Nam articulus ille ferè de verbo ad

ver-

verbum ex Reform. der Bayrischen Land-Recht / de Anno 1588. *Tit. 38.* Von aigen Leuthen. *fol. 126.* huc desumptus est, sola parenthesi (so lang die Kinder in deß Vattern Brod seyn) adjuncta, quæ sensum articuli nostri aliquo modo obscurum reddit, ut D. Balthasar existimaverit, dominum uxoris hominem proprium avocatum cum liberis impedire quidem non posse, sed, quia de uxore nihil dicitur, necessariò sequi, ut à contrario sensu dominus uxoris ipsam impedire, & in suis servitijs retinere possit: Si quis autem legat antiquum articulum Reformationis de Anno 1588. videbit, rem claram esse, ubi habentur hæc verba, Wo auch derselb aigen Mann Weib / oder Kind hätt / die eines anderen Herrn aigen wären / so soll desselben Weibs / oder Kinder aigen Herr den geforderten Mann / oder seinen Herrn darann nicht hindern / quæ verba meo judicio clara sunt, ut neque uxor, neque liberi ejus impedire possint, quo minùs maritum, & patrem ad dominum avocantem sequantur, uxor ratione vinculi matrimonialis, & liberi ratione paternæ sustentationis. Nec hac in parte quidquam jus patriæ potestatis operatur, cùm homo servilis, sive proprius, qui ipse non liber est, liberos in sua potestate habere non possit: Deinde articulus noster nullam facit reflexionem ad patriam potestatem, sed solummodò ad liberorum sustentationem, ita ut, si pane paterno ampliùs non indigeant, in materni domini potestatem recidant, quæ est vera interpretatio parenthesis modò allegatæ: Denique nemo negabit, vinculum matrimoniale etiam vinculo patriæ potestatis fortius esse, si igitur liberi patris avocati eundem sequi possunt, & debent, non obstante potestate dominica maternæ subjectionis, multò magis ipsa uxor vi sacramentalis vinculi ad maritum sequendum obligata est, præsertim cùm maritus æque teneatur ad sustentationem, & alimenta uxori præstanda, quàm ad illa præstanda liberis: Verissimum proinde nobis videtur, uxorem, & liberos, tametsi diversum Dominum habeant, ad domicilium mariti avocati reverti debere, nec à suo domino impediri posse: Vel itàque dominus uxoris, & liberorum accipiat justum lytrum, & pretium manumissionis, & redemptionis, vel exspectet, donec soluto matrimonio per mortem mariti, & patris uxor, & liberi in suam potestatem revertantur, ut jam ante exsplicavimus. Res semper recidit ad priorem nostram generalem propositionem, quòd modernis Christianis legibus servitus ad justam vivendi rationem reducta sit, quæ non patitur, ut propter alterius potestatem dominicam uxor, & liberi bono matrimonij, & necessaria sustentatione, aut alimentatione careant. Ipse enim D. Balthasar ad finem fatetur, si duo conjuges diversis dominis subjecti sint, quòd unus dominorum cogi possit, ad vendendam alteri ex conjugibus libertatem, *juxta Sanchez de matrim. Sacram. lib. 7. disput. 22. n. 16.* Justissimè consequenter disponit articulus noster, ut uxor, & liberi sine coactione sequantur domicilium mariti tanquam capitis, manente, ut iterùm repetimus, domino eorum libertate, an velit condignum pretium dimissionis accipere, vel casum mortis mariti exspectare.

Declaratur nonò, ut non solùm ij, qui ratione bonorum, quæ possident, alterius homines ligij, vel proprij sunt, & familiam habent, sed etiam, qui personali servitute alicui obstricti nullam familiam alunt, & soluti hinc inde vagantur, Nit nur die Haußsässige / sondern auch lediae Leibaigne / à domino ad servitia sua avocari possint, ita tamen, ut avocatio, ut jam priùs exsplicavimus, fiat legitimo tempore, & ejusmodi proprio homini pro servitijs condigna merces solvatur, sustentatióque præbeatur: Non dubitamus tamen, quin consuetudine unius, vel alterius loci introduci possit, ut tales homines ligij soluti pro minori mercede apud dominum servire debeant, quàm alibi habituri fuissent, ut paulò post pluribus exsplicabimus. 26

27 Declaratur ultimò, ut avocatio non tantùm in rusticis, & agricolis locum habeat, sed etiam in opificibus, quod articulus noster in fine expressè addit, & nos jam supra deduximus, eos, qui opificia addiscunt, vel studia, & liberales artes sectando, ad meliorem fortunam perveniunt, nihil præcipui habere, sed ad dominorum nutum avocabiles esse, cùm caracter servitutis per artes liberales, aut Mechanicas non extinguatur.

28 Quæritur autem ad coronidem hujus *Articuli 1.* Cùm in præcedentibus dixerimus, Domino proprietario jus esse, in hominem suum proprium manus injiciendi, captivandi, & incarcerandi, modicéque castigandi, & coercendi, an propterea homo proprius de necessitate sit subditus Domini proprietarij? Et Respondemus cum *Herm. Stam. lib. 3. cap. 4.* quòd primitus quidem ejusmodi homines devicti victorum subditi fuerint: Sed hodierno tempore sæpissimè contingit, ut homines proprij sub aliena jurisdictione domicilium habeant, ratione cujus forum sortiuntur, & subditi dicuntur: Aliud igitur est, esse hominem alterius proprium, & aliud est, esse subditum, proprium hominem facit jus proprietatis alteri competens, subditum facit jurisdictio, & territorium, cui se homo meus proprius per
29 constitutionem domicilij subjecit. Nec ad rem faciunt actus injectionis manuum, incarcerationis, castigationis, &c. qui Domino proprietario competunt, quoniam illos non vi jurisdictionis, sed vi dominicæ potestatis exer-
30 cet: Et hinc est, quòd in Camera Imperiali dominis proprietarijs, si illorum proprij homines pignorentur, processus super constitutione pignorationis denegentur. Et, si quis se hominem proprium esse neget, asserens dominium, sequi debeat Judicem loci, ubi putatitius homo proprius domicilium habet. Idem *Herm. Stam. lib. 3. cap. 28.*

31 Quæritur secundò, annon saltem Nobilibus privilegiatis in Patria nostra, welche der Edel-Manns Freyheit fähig seyn / jurisdictio in suos homines proprios sub Præfecturis Principis domicilium habentes competat? Ratio dubitandi est, quia Privilegium Alberti, quod communiter vocatur, der 60. Frey-Brieff / concedit illis bassam jurisdictionem in omnes suos subditos singulares, auff allen jhren einschichtigen Underthanẽ/ in præfecturis Prin-
32 cipis sitos; Sed distinguendum nobis esse videtur, an ejusmodi proprius homo in præfecturis Principum possideat aliquod bonum, sive prædium, quod ad Dominum proprietatis pertinet: Vel, an possideat bonum proprium. Si primum, iterum subdistinguitur, an bonum, quod possidet à Domino, teneat nudo titulo locationis, vel ex Jure Emphyteutico, & reali Erb-Rechts / veranleithe Frey-Stiffts / oder Leib-Rechts weiß: In primo casu proprius homo tanquam nudus locator jurisdictioni Domini sui non subjacet, quia secundùm declarationem prædicti privilegij sexagesimi ad hoc, ut fundetur jurisdictio alicujus nobilis in prædio singulari, requiritur, ut possessor sit verus subditus illius, & jus reale in fundo habeat, ratione cujus annuum canonem solvat, mueß Jährliche Stifft / vnnd Gült raichen / quæ in homine proprio nudo locatore non verificantur, ipse enim nullum jus reale in fundo habet, nec annuum canonem præstat, sed solum pretium conductionis solvit, & pro lubitu Domini expelli potest. Si verò ejusmodi homo proprius fundum teneat non jure locationis, sed jure reali veræ, vel modalis Emphyteusis, vel jure vitalitij, quod in effectu est Emphyteusis ad dies vitæ, & annuum canonem præstet, nullum dubium est, quin Dominus in eum non minùs jurisdictionem habeat, quàm si libero homini hujuscemodi jus reale in fundo suo constituisset. Si verò ponamus, secundum casum, quòd homo proprius alicujus Nobilis possideat in præfectura Principis aliquod proprium bonum, & Domino suo nihil aliud in recognitionem Dominij, nisi personalem aliquam præstationem annuam solvat, ratione hujus præstationis jurisdictioni Nobilis tanquam Domini sui non subjicitur,

quo-

quoniam sexagesimum Privilegium, ut diximus, fundatur in jure reali, & annua præstatione Dominica prædiali, non in pensione personali, de qua plura sequentur.

Quæritur tertiò, si homo proprius ad subhastationem deveniat, an Domino proprietario pro præstationibus dominicis sibi debitis inter reliquos creditores jus tacitæ hypothecæ, vel prælationis competat? *D. Balthasar. Tit. 4. resol. 1. n. 9. ad finem.* ad minimum ijs tacitam hypothecam concedit, per rationem, quòd dominicæ præstationes ex fundis Emphyteuticis jus tacitæ, sive legalis hypothecæ habeant, ergò consequenter etiam præstationes propriorum hominum: Verùm nostra opinione prior distinctio adhibenda est, an scilicet proprius homo à Domino suo bonum jure reali possideat, hat ein Gerechtigkeit / annuum canonem solvat, gibt Stifft / vnnd Gült / & reliqua præstet, quæ rustici, & coloni etiam liberi de bonis suis, quorum utile dominium habent, præstare solent? Et tunc sine dubio Domino jus tacitæ hypothecæ, & prælationis competit, cur enim deterioris conditionis esse debeat in bonis Emphyteutæ suæ, si proprius homo sit, quàm si sit statu liber, ut plerique nostri rustici sunt? Sed si homo proprius, qui subhastatur, Domino nil debeat, nisi personalem aliquam, & corporalem pensionem annuam, ein Jährliche Leib-Raichnuß / oder Leib-Pfenning: Certè nullibi invenimus, ejusmodi præstationi dominicæ jus tacitæ hypothecæ, & legalis, multò minùs jus prælationis competere: Hoc ipsò enim, cùm nuda personalis præstatio sit, non nisi personalem obligationem parere potest: Aliud est, si homo proprius jus reale in bono Domini sui habeat, emphyteusin veram vel modalem, vel vitalitium, sive emphyteusin ad dies vitæ, tunc in subhastatione emphyteusis Domino tanquam in re sua jus hypothecæ tacitæ, & prælationis conceditur, quod ad personalem præstationem proprij hominis extendendum non est: Hinc 33

Si quæras quartò, quando in subhastatione hominis proprij concurrunt 34
Dominus proprietarius, & jurisdictionalis, & ille petat dominicas pensiones personales, die Jährliche Leib-Raichung / & alter fructus jurisdictionales decursos fortè angariales præstationes, das Scharwerck-Gelt / vel similes, quis alteri præferendus sit? Putamus, facilem responsionem esse ex *Titul. 2. Art. 9.* deß Gandt-Proceß. Ubi fructibus jurisdictionalibus tribuitur locus in quarta classe cum Privilegio prælationis statim post canonem Emphyteuticum, sed, ut diximus, personales, & corporales præstationes propriorum hominum non nisi personalem obligationem habent radicatam in persona ipsius hominis proprij, ergò fructibus jurisdictionalibus præferendæ non sunt, quidquid *D. Balthasar. loc. cit.* in contrarium dicat.

Der Andere Articul.

Wer vmb aigen Leuth / der er bey Nutz vnd Gewer sitzet / von einem anderen angesprochen würdet / aber die aigne Leuth bekennen / daß sie sein aigen seyn / derselb Herr / der jhr also im Innhaben / vnd bey Nutz vnd Gewer sitzt / so er darumb angesprochen würdet / hat die Wahl zubeweisen / mit der aignen Leuth Bluts-Freunden / mit zweyen / wann er die Gehaben mag / oder wann er zween nit haben möcht / mit ainem / daß die angesprochene Leuth / sein aigne Leuth / vnd er jhr Herr sey. Und die Bluts-Freund sollen deme / der aigen ist / so nahet gesipt seyn von der Mutter / daß sie zu einander nit heyraten mögen; Es sollen auch dieselben Bluts-Freund schweren / daß der / so sie in Nutz vnd Gewer hat jhr Herr / vnd sie

sein

sein Leibaigen Leuth seyn. Wo er aber allein einen Bluts-Freund haben möchte / so soll der Herr zusambt demselben schweren / daß er oder dieselben Persohnen / die man jhm angesprochen / sein Leibaigen / vnd er jhr Herr sey. Kan oder will er das nit thun / so mag erst der Anklager die angesprochne aigne Leuth / obgemelter maß / mit Bluts-Freunden bestellen vnd beweisen / wie recht ist: Wer aber der Stritt nicht zwischen zweyen / deren jeder deß Leibaignen Herr seyn wolt / sonder der Herr spräch jemand an für Leibaigen / der frey seyn will / soll jhne der Herr mit Bluts-Freunden / oder mit anderen erbahrn Leuthen bestellen vnnd beweisen / daß Er oder seine Eltern / derhalben er Leibaigen seyn mag / den Leib-Pfenning vnd andere schuldige Leib-Dienst geraicht haben / vneracht er anderer Orthen abwesendt gelebt hätte: Dann zu Beweisung der Leibaigenschafft / wo dieselb zwischen dem Herrn vnnd deme / welcher für Leibaigen angesprochen würdet / strittig ist / nit genug seyn mag / daß sich einer für Leibaigen etwann selbs bekennt hätte / oder deßhalben Brieff wären darumb auffgericht worden.

SUMMARIA.

1. *Quid juris sit, si duo Domini prætendant, aliquem pro homine suo proprio, vel unus prætendat, proprius homo verò neget, se talem esse?*
2. *An sufficiat, quòd quis se ipsum pro homine proprio confiteatur?*
3. *An saltem tunc, quando de illo lis orta est inter duos dominos?*
4. *An ad probandam conditionem hominis proprij consanguinei admittantur?*
5. *Et qui?*
6. *Quomodò in hac probatione gradus consanguineorum computandi sint?*
7. *Quare testes requirantur ad hoc ex linea materna?*
8. *An testes conditionem servilem testantes, debeant esse jurati?*
9. *Quæ sit vera causa liberalis?*
10. *Quare in illa causa quilibet in possessione libertatis relinquendus sit?*
11. *An in causa liberali quasi possessio relevet ab onere probandi?*
12. *An in causa liberali admittantur probationes per extraneos factæ?*
13. *An in causa liberali probanda requiratur, ut probentur servitia servilia?*
14. *An etiam alij modi probationis admittantur?*
15. *Quo tempore homo proprius libertatem præscribat?*
16. *Quid si ipsius nomine in absentia annua pensio soluta fuerit?*
17. *An quis alterum pro homine proprio præscribere possit?*
18. *Et quo tempore?*
19. *An saltem confessio judicialis requiratur?*

1 PRo exsplicando hoc articulo distinctio facienda est, an lis oriatur intra duos Dominos, quorum quilibet hunc vel illum pro homine proprio prætendit; Vel lis sit inter eum, qui se Dominum asserit, & inter alium, qui se hominem proprium esse negat? In primo casu, quando lis est inter duos Dominos, unum, eundémque hominem pro proprio requirentes, videndum est, an reus conventus sit in quasi possessione proprietatis, & tunc relinquitur ipsi libertas, ut per unum, vel duos consanguineos proprij hominis probare possit, hominem controversum sibi proprium, & se illius Dominum esse, ita tamen, ut, si unum solum consanguineum testem habeat, ipse in supplementum juret, quòd homo litigiosus sibi proprius, & ipse Dominus illius sit. Si autem Dominus hoc modo probationem facere nolit, aut non possit, tunc alter, qui in possessione non est, nihilominùs tamen

tamen hominem litigiosum pro proprio prætendit, primùm ad probationem admittitur: Ex qua dispositione aliqua observanda sunt.

Primum est, quòd proprij hominis sola confessio non sufficiat, ut pro tali haberi, & alteri adjudicari possit; In quo articulus noster cum jure comuni in *l. cùm scimus. 21. Cod. de Agric. & cens.* convenit. Tametsi enim, si lis inter duos Dominos sit, non agatur de liberali causa, nihilominùs tamen articulus confessionem hominis proprij pro probanda servili conditione inidoneam judicat: Ratio hujus rei est, quia tertius, qui præsupponitur esse homo proprius, per suam confessionem alteri prætendenti jus Dominij, illud intervertere non potest; Hoc autem, 2

Quod pro secundo notandum est, multùm videtur esse singulare, quòd, lite inter duos Dominos super proprietate hominis versante, confessio hominis proprij ad probationem nec tum sufficiens sit, si etiam quasi possessio alteri litigantium accedat, wann einer im Innhaben ist / vnd bey Nuß / vnnd Gewer sitzt. Allegata lex: *Cùm scimus 21.* quæ, ut paulò post dicemus, verè intelligenda est de causa liberali, admittit confessionem proprij hominis, si adjutorium aliquod accedat, quale utique, & quidem fortissimum est quasi possessio: Cur itáque non sufficiat etiam in causa, quæ non est de statu liberali, sed inter duos Dominos solùm de hujus, vel alterius utilitate? Sed hujus rei rationem paulò post in medium afferemus, quòd scilicet in causa servitutis prædialis possessio nihil relevet, ergò multò minùs in causa servitutis personalis. 3

Notandum est tertiò, quòd, licèt aliàs consanguinei idonei testes non sint, in probanda tamen servili conditione hominis proprij consanguinei illius per expressum requirantur: Ratio est, quia consanguineis status hominis controversi meliùs, quàm alijs notus esse potest, & evidens præsumptio est, quòd ipsis de veritate constare possit. Et quidem, 4

Quod pro quarto notandum, quò propinquiores illi sint, eò etiam sunt meliores, propterea articulus dicit, quòd testes in tali gradu cum proprio homine debeant esse conjuncti, ut matrimonium inter ipsos consistere non possit, id est ad minimum in quarto gradu secundùm jus canonicum computando. Cùm, 5

Quod pro quinto notandum, graduum computatio, quando de causa matrimoniali sermo est, non secundùm jus civile, sed Canonicum fieri debeat. *Sanchez. de matrim. Sacram. lib. 2. disput. 53. per tot.* quamvìs, si tam propinqui testes haberi non possint, etiam remotiores admittendos esse, non dubitaremus, quoniam etiam remotioribus consanguineis de conditione, & statu majorum suorum propinquorum sufficiens, & quò seniores sunt, eò magìs firma, & originalis cognitio subesse potest; Præsertim verò, 6

Quod pro sexto notandum, articulus requirit testes consanguineos ex linea materna: Cujus rei ratio est, cùm partus sequatur ventrem, quòd consanguinei matris de statu hominis controversi meliùs informati sint, &, quando deponunt de servili statu mulieris, hoc ipsò probant, quòd etiam liberi illius homines proprij sint. *Art. 2. Tit. 38.* Reform. de 1588. probationem exigit, durch die Mümling / quod verbum antiquum, & obscurum est: Interim nostra opinione derivatur à verbo Mam / quod matrem significat, & adhuc hodie in usu est, dum liberi magnatum patres suos vocant Pa=Pa / & matrem Mam=Mam. Nihil aliud igitur verbùm hoc Mümling significat, nisi consanguineos maternos, quasi antiquus textus dicere voluerit, durch die Mütterling / id est propinquos maternos, quatenùs autem partus sequatur ventrem, Videatur *Art. 5.* 7

Ultimò denique notandum est, quòd isti testes consanguinei debeant esse jurati, in verbis, es sollen auch dieselbe Bluts=Freund schweren: Ratio est, quia regulare est, quòd testis injuratus nihil probet, præsertim in gra- 8

vi materia, qualis est servilis conditio. Et hoc juramentum debet esse veritatis, non credulitatis: in verbis, die Bluts-Freund sollen schweren/ das der/ so sie (id est homines litigiosos) in Nuß/ vnd Gewer hat/ jhr Herr/ vnd sie sein Leibaigen Leuth seyn.

9 Alter casus est, si lis sit non inter duos Dominos, sed inter Dominum, & hominem proprium, Domino subjectionem prætendente, altero autem negante, & libertatem asserente. Et hæc est vera causa liberalis, cùm enim, ut supra diximus, fortissima præsumptio sit pro libertate, ideò jura nostra *sub tit. Cod. de liberali causa* disponunt, ut quæstione super statu viventis mota, litéque desuper ordinata, & contestata, is, qui de statu suo litigat, in possessione libertatis constituatur, & donec definitivè pronuncie-
10 tur, pro libero habeatur, *l. 14. Cod. eod. Perez. ad h. t. n. 3.* Si igitur Dominus quendam pro proprio homine judicio persequatur, qui liber esse vult, debet Dominus talem hominem consanguineis ejusdem, vel alijs idoneis testibus convincere, quòd ipse, vel parentes ejus, ex quorum nativitate liber homo esse prætendit, pensionem servilem, sive corporalem, den Leib-Pfenning/ & alias præstationes serviles solverint, id est, wann der Herr jemand für Leibaigen anspricht/ der frey seyn will/ mit Bluts-Freunden/ oder mit anderen erbahren Leuthen bestellen/ vnd beweisen/ daß er/ oder seine Eltern/ derhalben er Leibaigen seyn mag/ den Leib-Pfenning/ vnd andere schuldige Leib-Dienst geraicht haben.

11 Quæres primò, quare in hoc secundo casu causæ liberalis, quando lis est inter Dominum, & hominem proprium, articulus nihil dicat de quasi possessione, prout in priori casu, ubi dispositum fuit, ut illi, der im Innhaben ist/ vnnd bey Nuß/ vnd Gewer eines aignen Mann sitzt/ liberum sit, probationem in se suscipere, vel in alium declinare. Respondemus, quòd in judicio inter duos Dominos super homine proprio ipse meritò potior sit, qui in quasi possessione hominis proprij reperitur constitutus. Aliud est in secundo casu, quando lis versatur inter Dominum, & ipsum hominem proprium, qui libertatem prætendit, nam, quia fortis præsumptio est pro libertate, sola quasi possessio Dominum à probatione servilis conditionis non relevat; Sicut de omnibus servitutibus statuit *Artic. 6. Tit. 26.* der Land-Recht/ ut super illis nullus Processus in possessorio admittatur, sed is, qui servitutem prætendit, statim ad articulandum, & probandum petitorium remittatur. Si igitur hoc in servitutibus realibus obtinet, multò magis locum habere debet in probanda servitute personali, quæ est multò majoris momenti, quàm servitus prædialis: Deinde, in primo casu non versamur in causa liberali, sed præsupponitur is, de quo lis est, revera servus, sive homo proprius esse. Utique ergò inter utrúmque litigantem is melioris conditionis est, qui liberum hominem pro tali possidet: At verò, si inter ipsum Dominum, & hominem proprium lis versatur, melioris conditionis est, qui libertatem prætendit, pro qua stat juris naturalis præsumptio.

12 Quæres secundò, quare in primo casu præcisè requirantur testimonia consanguineorum hominis liberi, & quidem, ut diximus, ex linea materna: In hoc verò posteriori nostro casu etiam admittantur probationes per extraneos: In verbis, soll jhne der Herr mit Bluts-Freunden/ oder mit anderen erbahren Leuthen bestellen/ vnd beweisen? Respondemus, testimonia consanguineorum in causa liberali, quando lis est inter Dominum, & hominem proprium, magis suspecta esse, quàm in casu priori. Quis enim ex consanguineis contra liberum hominem deponet, cùm non solùm illi irreparabile præjudicium de inæstimabili pretio libertatis faciat, sed etiam sibi, maximè, si consanguineus ex linea materna sit? Quia necessariò sequitur, etiam ipsum deponentem servilis conditionis esse: Hinc optimè articulus noster probationes etiam per alios testes admittit, ne Dominus

nus ob diffidentiam in propinquos, & consanguineos probatione destituatur.

Quæritur tertiò, cur articulus in priori casu à testibus hanc depositionem requirat, ut dicant, hominem, de quo lis est, servilis conditionis, & huic, vel illi Domino litiganti subjectum esse: In secundo casu verò, ut dicant, quòd ille, qui pro proprio homine prætenditur, pensionem corporalem, & alia servitia servilia præstiterit? Responsio ex prioribus in promptu est, quòd in lite inter duos Dominos servilis conditio probari non debeat, quia præsupponitur homo litigiosus servus esse: At in secundo servilis conditio litigiosa est, & consequenter testibus incumbit, ut de solutione corporalium præstationum, & aliorum servitiorum servilium fidem faciant: Quia hæc optima probatio est ab effectu, dicendo, litigiosus homo præstitit hæc vel illa, quæ præstari non solent, nisi ab hominibus proprijs, ergò homo proprius est. 13

Quæritur igitur quartò, an hic solus modus in hoc articulo præscriptus ad probandum statum hominis proprij necessarius sit? *D. Balthasar. loc. cit. Tit. 4. resol. 2.* plures alios admittit, quos rejicere non possumus, maximè illos, qui sunt à priori, & velut ab ipsa causa: V. G. Si quis probetur natus à tali matre, quæ sine controversia servilis conditionis fuit, eò quòd partus ventrem sequatur, *l. partum. Cod. de Rei vindic. l. ult. Cod. de liberali causa*: Nam concludens videtur nobis à priori esse probatio, hic est homo meus proprius, quia mater illius mihi servili conditione subjecta fuit, per evidentem rationem, quòd homo hominis mei, etiam sit homo meus, videantur tamen, quæ dicturi sumus ad *Art. 5.* Item, si quis teneat aliquod bonum, quod jure reali agricolationis mihi subjectum est, ita ut hoc ipsò semper pro proprijs hominibus habiti sint, qui illud possederunt, de quo modo præ alijs probandæ servitutis paulò post plura sequentur. 14

Quæres quintò, si homo proprius 30. vel 40. annis abfuerit, & se pro libero homine gesserit, an libertatem præscripserit? Et Respondet *Guido Papa. quæst. 361.* quòd Domino jus suum maneat inconcussum, quamdiu originarij ejusmodi hominis proprij, vel antiquitas, vel posteritas, vel cognatio in prædio, cui sunt adscripti, permanserint: Ita est textus *ad litt. in dict. l. cùm scimus. Cod. de Agric. & Cens.* Quod maximè locum habet, quando absentis proprij hominis parentes pro se, vel etiam pro ipso filio absente annuam pensionem servilem, den Jährlichen Leib-Pfenning / solverunt, in verbis, si probetur, daß er / id est, der abwesende / oder seine Elteren / derhalben er Leibaigen seyn mag / den Leib-Pfenning / vnnd andere schuldige Leib-Dienst geraicht habe. 15 16

Quæritur sextò, an autem Dominus hominem liberum pro proprio, & quali tempore præscribere possit? Et affirmativè Respondet *D. Balthas. loc. cit. n. 3. vers. 4.* Si enim aliquis tanquam homo proprius operas serviles cum liberis suis præstitit, eas in futurum quoque præstare tenetur, *l. agricolarum. l. cùm satis. §. 1. Cod. de Agric. & Cens.* 17

Quale autem tempus requiratur, aliquando in Consilio Aulico dubitatum fuisse recordamur. Tempus imemoriale necessarium esse, multi ex Dominis assessoribus arbitrati sunt, ob sequentes rationes: 1. Quia hæc jura videntur habere causam discontinuam, seu successivam, ad quorum exercitium desideratur factum hominis, in ejusmodi autem juribus causam discontinuam habentibus non præscribitur sine titulo, nisi tempore immemorali, Land-Recht / *Tit. 26. Artic. 5. Schneidew. ad §. ult. n. 17. Inst. de Servit. urban. præd.* Præsertim 2. Cùm agatur de gravi præjudicio, libertate scilicet hominis ingenui, quæ inæstimabilis est, & præsumptionem juri præscribendi contrariam causat, cujus effectus est, ut sine titulo nulla admittatur præscriptio, nisi temporis immemorialis. *cap. 1. de præscript. in 6. Bal-* 18

bus. de præscript. p. 2. 3. part. n. 11. cum seqq. 3. Quia ista jura in hominibus proprijs nostræ Provinciæ insolita sunt : In insolitis autem , insuetis , & inusitatis requiritur tempus immemoriale , *Covar. ad cap. possessor. de R. J. in 6.* §. 4. ex ratione , quòd in ejusmodi oneribus , & exactionibus obstet juris præsumptio. Sed alij censuerunt, tempus 30. vel 40. annorum sufficere , *per dict. l. agricolarum. l. cùm satis.* §. *1. Cod. de Agric. & Cens. l. eum qui. Cod. de fund. rei.* Ubi clarè statuitur , jus agricolationis præscriptione 30. vel 40. annorum acquiri , nec obstant supra allata in contrarium , nam, licèt in servitutibus prædialibus , **in den Grund-Dienstbarkeiten /** quæ causam discontinuam habent , requiratur præscriptio temporis immemorialis, saltem ex dispositione juris nostri statutarij (quamvìs de Jure communi fortè aliud dicendum sit) non requiritur tamen in ejusmodi juribus personalibus : Ratio differentiæ est , quia in realibus servitutibus res rei servit ; Hinc, si possessio , & causa serviendi sit discontinua , non est mirum , quòd ad præscribendum longius tempus requiratur , quàm si illa foret continua : At, quando jus aliquod debetur à persona personæ , nunquam talis possessio dici potest interrupta , sive discontinua , cùm illa persona , cui jus tale competit, semper animo civilem possessionem retineat. *Cravett. de Antiq. temp. part. 4. n. 34.* Ad secundum , & tertium argumentum in contrarium pulchrè respondet glossator *Balbi. loc. cit. n. 13. litt. B.* quòd non quælibet præsumptio juris contraria requirat sine titulo præscriptionem temporis immemorialis , sed illa tantùm , quæ est juris prohibitivi , & fundat intentionem agentis. *Covar. loc. cit.* §. 4. Ubi ponit exemplum in prælato , vel parocho , qui allegat , se præscripsisse decimas in parochia alterius Ecclesiæ : Nam dispositio , & præsumptio juris est in contrarium , quòd scilicet decimæ pertineant ad illam Ecclesiam , in cujus districtu prædia sita sunt , & ideò , si alius possideat , præsumitur in dubio eas occupâsse , nisi doceat de titulo , vel de præscriptione temporis immemorialis , quæ loco tituli est : *cap. ad decimas. de restit. spol. in 6. & ibi DD.* At in acquirendis ejusmodi juribus agricolationis nulla est prohibitio , & resistentia juris , quæ fundet intentionem agentis , quin imò , cùm in *Art. 7. hujus Tit.* antiqua observantia , **das alt Herkommen /** expresè approbetur, hoc ipsò innuitur, nihil adeò exoticum , insolitum , & inusitatum esse , hunc , vel illum esse hominem proprium , & alteri personali servituti subjectum.

19 Quæritur septimò , cùm articulus noster in fine addat , ad probandam servitutem non sufficere , si quis se pro homine proprio confessus , vel desuper instrumentum erectum fuerit , **daß sich einer /** ut verba sonant , **für Leibaigen etwann selbst bekennt hätte / oder desthalben Brieff wären auffgericht worden /** an hoc intelligendum sit duntaxat de confessione extrajudiciali , vel etiam judiciali ? Et videtur *l. cùm scimus. 21. Cod. de Agric. & Cens.* ex qua dispositio articuli nostri desumpta est , de confessione tantùm extrajudiciali intelligendam esse, quia articulus noster loquitur de confessione in scriptura facta , præsupponitur igitur confessio facta esse extra judicium, & hæc utique sola non sufficit , nisi alijs legitimis modis adjuvetur : Per rationem , quam textus addit : Meliùs etenim est , in hujusmodi difficultatibus ex pluribus capitulis conditiones ostendi , & non solis confessionibus , neque scripturis homines fortè liberos ad deteriorem detrahi fortunam : Verùm, quia glossa ibidem *sub litt. B.* confessionem in jure , vel extra jus factam , id est judicialem , vel extrajudicialem nullis alijs adminiculis suffultam simpliciter improbat , eidem , cùm glossa magnæ auctoritatis sit , non contradicimus ; Si hanc distinctionem admittas , an confessio judicialis de servili conditione facta sit in judicio , quod inter tertios vertitur , vel in judicio , quod de causa liberali vertitur , inter ipsum Dominum , & proprium hominem litigiosum : In primo casu dici potest, confessionem etiam

in ju-

in judicio alieno factam homini litigioso non præjudicare; quia est facta extra rhombum: In posteriori verò casu, quando homo litigiosus in ipsa causa, sive judicio liberali servilem conditionem ultrò judicialiter confitetur, utique pro proprio homine declarari debet, cùm per talem confessionem judicium finitum, & Judicis nullæ aliæ partes sint, quàm in condemnando, ut glossa *sub litt. L.* ad eandem legem benè animadvertit. Et cum hac distinctione etiam verba articuli nostri intelligenda sunt.

Der Dritte Articul.

Jst / daß einer aigen Leuth kaufft / die soll der Verkauffer mit der Gewehrschafft vertretten / als recht ist. Wurden aber die Aigenleuth von jemand angesprochen / ehe der Kauffer Gewehrschafft ersessen / vnd man hielt jhme sie ab / so soll jhme der Verkauffer sein Gelt / darumb er sie verkaufft hat / widergeben / vnd den Schaden darzu abthun vnd widerkehren / wie recht ist.

SUMMARIA.

1. *An homo proprius vendi possit?*
2. *An etiam alijs contractibus alienari?*
3. *An possit legari, & an hæredes de remissione teneantur, si fuerit alienus?*

Cùm de jure communi liberi hominis nullum commercium sit, & is nec possideri, nec in venditionem deduci possit, *l. si in emptione. 24. §. liberum hominem ff. de contrah. empt. l. inter stipulantem. 83. §. Sacram. ff. de V. O.* Articulus autem noster venditionem propriorum hominum admittat, & venditorem ad evictionem obliget, apparet, quòd proprij homines quoad hunc effectum iterùm magìs servis, quàm liberis hominibus assimilentur: Constat enim ex jure, quòd veri servi antiquitus sicut animalia venum habiti, & publicè venditi sint, quam venditionem propriorum hominum in jure nostro statutario approbatam esse, convincit evictio, ad quam tenetur venditor, si proprius homo venditus ab alio pro suo prætensus, & ut alienus judicatus fuit, antequàm emptor eum legitimè præscripserit, Eh der Kauffer Nutz / vnd Gewehr ersessen. Et hujus evictionis effectus est, ut venditor emptori pretium hominis proprij restituere, & omne damnum resarcire debeat. 1

Quale autem tempus ad præscribendum proprium hominem cum titulo requiratur, dicemus infra, ubi de emptione, & venditione, vnd von Ersitzung Nutz / vnd Gewehr / tractabimus.

Interim supponendum est, quamvìs articulus iste de sola venditione hominum propriorum loquatur, quòd tamen etiam de alijs contractibus idem dicendum sit, ut scilicet proprij homines possint locari, commutari, in solutum dari, & in alios contractus deduci, supposito enim, proprium hominem in commercium venire, ut antiquitus veri servi, non apparet ratio, quare in sola venditione hominis proprij alienans ad evictionem obligatus sit, & non etiam in alijs contractibus, ubi evictio vel ex natura contractûs, vel ex pacto, & stipulatione venit, ita, ut si fuerit servus quocùnque titulo in alium translatus, sed pro alieno vindicatus, alienans ad omnes expensas, damnum, & interesse teneatur; Relinquit enim articulus in commercio propriorum hominum jura evictionum in eo statu, prout sunt in alijs rebus à commercio humano non exemptis, de quibus suo tempore. 2

Sed, cùm hæres meus de evictione non teneatur, si alteri rem alienam legavero, quam credidi esse meam. §. *non solùm. 4. Inst. de legat.* per ratio- 3

 nem,

nem, quia præsumptio est, quòd, si scivisset testator, rem alienam esse, eam verisimiliter non legâsset, nam procliviores, & faciliores sunt testatores in rebus suis legandis, & onerandis hæredibus, quam in alienis, in quibus hæres gravatur onere reluitionis, sive redemptionis: An similiter, si legavero hominem proprium, quem credidi esse meum, qui tamen ex post facto tanquam alienus evictus fuit, hæres meus de evictione liber sit? Et Respondit *Paulus in l. 39. ff. de fideicom. libert.* Quòd error testatoris, putantis servum esse suum, cui reliquit fideicommissariam libertatem, non officiat libertati, sed hæres cogendus sit, eum redimere, & manumittere. Qui textus, tametsi loquatur de veris servis, nihilominùs utiliter applicari potest ad homines proprios, propter favorem libertatis: sicut §. *non solùm. 4. Inst. de legat.* legatum rei alienæ per errorem, cùm testator putaverit, esse suam, in personam conjunctam factum ob favorem propinquitatis, & consanguinitatis sustinetur.

Der Vierdte Articul.

EIn jede Leibaigne Persohn / soll allein ihren Leib-Herrn das gebührlich vnd gebräuchliche Leib-Gelt / wo es herkommen / geben / vnnd wo ein Ehe-Volck / Mann vnnd Weib beede Leibaigen seyn / so ihr aines stirbt / soll alsdann das Lebendig von dem Gestorbnen weiter kein Leib-Gelt oder Leib-Pfenning zugeben schuldig seyn. Doch soll es sonsten mit den Todtfällen / wie von Alters jedes Orths Herkommen / gehalten werden.

SUMMARIA.

1. *An probatio servilis conditionis fiat*, durch den Jährlichen Leib-Pfenning?
2. *An conditio servilis etiam alio modo probari possit?*
3. *An etiam solutio eodem modo in quantitate, & qualitate fieri debeat?*
4. *Quid si de modo non constet?*
5. & 6. *An si ambo conjuges sint homines proprij, superstes teneatur ad solutionem*, deß Jährlichen Leib-Pfennings / *pro defuncto faciendam?*
7. *An superstes teneatur de mortuario pro defuncto solvendo?*
8. *Quid si defunctus plures præstationes* mehr Leib-Pfenning / *jam decursas domino suo debuerit?*
9. *Quid sit mortuarium?*

1 TRia statuuntur in hoc articulo: Primum est, ut quilibet homo proprius præstet domino suo annuam pensionem corporalem, den Jährlichen Leib-Pfenning / oder die Jährliche Leib-Raichung: Et, licèt articulus verbum *annuam* non habeat, quia tamen hæc pensio, quantum nos observavimus, ferè ubique annuatim persolvitur in recognitionem dominicæ potestatis, & servilis conditionis, rectè sine interruptione singulis annis exigitur. Diximus, quòd solvatur in recognitionem dominicæ potestatis jure personali, non jure canonis, sive jure reali: Et hinc supra innuimus, domino in subhastatione hominis proprij ratione pensionis corporalis nullam tacitam hypothecam, aut jus prælationis competere; cùm ad persequendam hanc præstationem non nisi actionem personalem, id est, condictionem ex lege, & consuetudine habeat: Deinde addit articulus, wo es herkommen; Ex
2 quo sequitur, ubi annua pensio corporalis exigi non est solita, quòd etiam peti non possit, quia tamen præsupponit articulus, servilem conditionem sine tali pensione consistere posse, rectè ad præcedentem articulum diximus, quòd ad probandam servilem conditionem solutio annuæ pensionis corporalis non sit de necessitate, sed etiam alios modos, & vel maximè nativi-

tatem

tatem hominis proprij ad probandam ſubjectionem ſufficere : Denique, ſicut articulus ſtatuit, ſolvendam eſſe penſionem corporalem, ubi ſolvi conſuevit, wo es herkommen / ita etiam ſolvi debet in modo, & quantitate, wie es herkommen / quod probatur ex verbis, das gebührlich / und gebräuchliche Leib-Gelt / id eſt, ut juſta quantitas non excedatur, non enim debet eſſe in poteſtate dominorum, aliquam innovationem facere, *per text. in l. cùm ſatis. 22. verſ. caveant autem Cod. de Agric. & Cenſ. Ubi dicitur, caveant autem poſſeſſionum domini, in quibus tales coloni conſtituti ſunt, aliquam innovationem, vel violentiam eis inferre : Si enim hoc approbatum fuerit, & per judicem pronunciatum, ipſe provinciæ moderator, in qua aliquid tale fuerit perpetratum, omninò prævideat, & læſionem, ſi qua ſubſecuta eſt, eis reſarcire, & ſic veterem conſuetudinem in reditibus præſtandis eis obſervare.* 3

Sed quidſi inter dominum, & hominem proprium lis oriatur, quænam ſit juſta, & uſitata, die gebührliche / und gebräuchliche / quantitas penſionis corporalis ? Recurrendum eſſe putamus ad conſuetudinem loci, ita ut, quod alij homines proprij ibidem ſolvere conſueverunt, etiam ab ipſo juſtè exigatur, qui quantitatem controverſam, & litigioſam facit, Vid. *quæ de hac materia enucleatè ſcripſimus in Semicent. 1. controv. 21. n. 15. & ſeqq. uſque ad finem, & quæ ſequuntur in hoc ipſo titulo. art. 7. verſ. quamvìs articulus.* 4

Secundum eſt, quòd articulus diſponat, ſi ambo conjuges fuerint homines proprij, & unus ex ijs prædecedit, quòd ſuperſtes pro defuncto nullam ampliùs penſionem corporalem ſolvere cogatur : Ratio per ſe clara eſt, quia, cùm mors omnia ſolvat, rectè etiam dicitur, per mortem unius ex conjugibus dominicam poteſtatem extinctam eſſe, ſublatâ autem causâ, quæ eſt dominica poteſtas, tollitur etiam effectus penſionis annuæ. 5

Cavendum autem eſt à domino Balthaſaro, qui *reſol. 4. n. 6. ad hunc Art.* dicit, in Electoratu Bavarico penitus reprobari, quòd conjux ſuperſtes pro conjuge defuncto, caſu, quo ambo eſſent homines proprij, loco mortuarij aliquid debeat ſolvere, cùm articulus noſter quoad hoc ſecundum punctum de mortuario nec verbum dicat, ſed tantùm de penſione corporali, von dem Leib-Pfennig / hic enim utique poſt mortem unius conjugis pro defuncto ampliùs non debetur, quia dominica poteſtas, ut diximus, per mortem extincta eſt, & proinde etiam extincta eſt penſio corporalis tanquam effectus : Aliud de mortuario dicendum eſt, quia mors proprij hominis mortuarium cauſat, ergò hoc ipsò, cùm præſupponamus, unum ex conjugibus mortuum eſſe, neceſſariò ſequitur, mortuarium pro eo præſtandum eſſe, de quo paulò poſt plura ſequentur. 6 7

Quòd autem penſio corporalis poſt mortem unius conjugis â ſuperſtite ampliùs præſtari non debeat, intelligendum eſt de futuro, nam, ſi conjux defunctus aliquas ejuſmodi præſtationes annuas de præterito reſtet, dubium non eſt, quin illas jure debitas, vel ſuperſtes conjux, vel hæredes defuncti ſolvere obligati ſint, quia articulus noſter non de decurſis, ſed de futuris præſtationibus tantùm loquitur, quæ utique ſecundùm allata per mortem extinctæ ſunt. 8

Tertium eſt, quòd ratione mortuarij, cujuscùnque loci antiqua conſuetudo obſervanda ſit, quæ certè plurimùm valet : In Weſtphalia enim domini ſervis in ſemiſſe ſuccedunt, *Fauſt. de ærar. 330.* In Pedemontio, Montiferato, & Sabaudia, in triente, *Menoch. de arbitr. Jud. lib. 2. cap. 230. n. 7. Mayer. de advocat. armat. cap. 7. n. 755.* In Gallia, ſi nullos liberos relinquant, in aſſe, in Suevia, Helvetia, Haſſia, & Palatinatu in una re particulari, meliori equo, vacca, veſte, *Cruſ. annal. ſuevic. part. 3. lib. 10. cap. 11. ſtam. lib. 3. cap. 17. n. 6.* In præfecturis noſtris Aichenſi, & vicinis, in quas ſe granarium Sereniſſimi Electoris ibidem extendit, in 9

vige-

vigesima parte de tota substantia mobilium, & immobilium: Et alibi aliter.

Der Fünffte Articul.

WO Ehe-Leuth seyn / die beede Leibaigen / doch die Leibaigenschafft underschidlichen Herrn zugehörig / sollen die Kinder also gethailt werden / daß die Söhn der Mutter / vnnd die Töchter dem Vatter nachfolgen / Innmassen auch in der Lands-Freyheit Erklärung versehen.

SUMMARIA.

1. *An etiam in proprijs hominibus fructus sequatur ventrem, vel potiùs dominium patris?*
2. *Quid in hac re de jure nostro Bavarico dicendum sit?*
3. *Quid si conjuges conditionis servilis spectent ad diversos dominos?*
4. *Quid si homo proprius mulierem liberam pro uxore sua habeat?*
5. *An id, quod de divisione liberorum servilis conditionis inter Principem, & status Provinciales conventum est, etiam locum habeat in alijs ejusmodi casibus?*
6. *& 7. Quare liberi masculi scilicet filij sequantur conditionem suæ matris, & fœminæ conditionem patris sui in hominibus proprijs?*

1 IN præcedentibus aliquoties diximus, quòd partus sequatur conditionem ventris, quod de jure communi quoad veros servos locum habet, *per l. ult. Cod. de liber. caus. & l. pactum Cod. de rei vind.* cùm partus sit pars viscerum, ergò ad quem spectat mulier, ad eum etiam partus tanquam pars mulieris spectare debet, *l. 1. §. 1. ff. de ventre inspic.* Servi enim antiquitus habebantur instar animalium, sicut igitur, si equus tuus equam meam imprægnaverit, hinnulus inde natus non tuus, sed meus fit. *l. idem Pomponius §. idem scribit. ff. de rei vind.* Ita etiam partus ancillæ meæ meus est, & non illius Domini, cujus homo meam ancillam prægnantem fecit. An autem hoc ipsum etiam obtineat in proprijs hominibus, apud Doctores valdè controversum est. *Guid. Papa. Quæst. 312. n. 2.* dicit, ejusmodi hominem domino patris adjudicandum esse, eò, quòd jura plùs faveant domino patris, quàm illi, qui est dominus matris, & hoc in Gallia consuetudinis esse attestatur *Cassanæ. in Consuet. Burgund. rubr. 9. §. 3. n. 1.* Ubi dicit, de consuetudine regni, si homo meus accipiat fœminam tuam, & nascitur filius ex tali tua fœmina, talis ex fœmina tua natus erit homo meus, for-
2 tunámque patris agnoscere tenetur. D. Balthasar putat, propterea legislatorem in hoc articulo ad evitandam hanc controversiam mediam viam ingressum esse, disponendo, ut filiæ sequantur conditionem patris, filij verò con-
3 ditionem matris, Sed per hanc responsionem difficultas non tollitur; Articulus enim tantùm disponit de casu, quo homines proprij diversorum dominorum conjugio junguntur, ut filiæ ex tali conjugio natæ pertineant ad dominum mariti, filij verò ad dominum fœminæ, quod videtur esse satìs æquum; Quid si autem ponatur casus, ut maritus sit homo liber, uxor verò servilis conditionis, vel reciprocè, si maritus sit homo proprius, uxor verò persona libera? Ad quem in utróque casu liberi pertineant, & cujus conditionis sint, articulus non definit: Nullo modo ergò per hanc distinctionem difficultas proposita sublata est. Consuetudo Regni Galliæ hac in parte nihil ad rem facit, nisi & in nostris provincijs recepta esse probetur, qua probatione deficiente, standum est juri communi: Cùm igitur supra jam diximus, homines proprios nostri temporis assimilari antiquis adscriptitijs, utique hic casus, si liber homo ex adscriptitia muliere liberos

susce-

susceperit, decidendus est *ex l. ne diutiùs. 20. Cod. de Agric. & Cens.* Ubi Justinianus ad Senatum rescripsit; Sancimus, ea quidem, quæ in anterioribus legibus cauta sunt, pro tali progenie, quæ ex mulieribus adscriptitijs, & viris liberis progenita sit, in suo statu relinqui, & sic sit adscriptitia proles ex tali copulatione procreata: Ex quibus verbis manifestè colligitur, quòd illi, qui ex muliere propria progeniti sunt, proprij homines fiant, & nullo modo conditionem patris sequantur: Sicut ècontra, si homo proprius ex muliere libera liberos suscepit, ijdem conditionem matris sequuntur, & nullo modo ad proprietarium dominum mariti perveniunt: Ratio est, quia Justinianus *in dict. l.* si persona libera cum persona adscriptitia copuletur, omnia relinquit in antiquo statu, intellige cum glossa ibidem sub litt. R. qui est inter veros servos, juxta *superius allegatam legem partum. Cod. de Rei vind. & l. fin. de caus. liber.* quæ statuunt, ut nati ex matrimonio personarum liberæ, vel servilis conditionis, sequantur conditionem ventris. De homine proprio, sive adscriptitio mulierem liberam sibi matrimonio jungente est *clariss. text. in l. si qui. 73. Cod. de Agric. & Cens.* Ubi expressè dicitur, si qui adscriptitiæ conditionis constituti mulieres liberas, sibi uxores conjunxerint, sancimus, in sua libertate permanere, tam eas, id est, mulieres, quàm prolem, quæ ex his cognoscitur procreata: Ubi Bartholus textum ita sumit, mulieres liberæ cum adscriptitijs matrimonium contrahentes non perdunt ipsæ, nec eorum posteri libertatem, & natus ex adscriptitio, & libera muliere conditionem ventris sequitur: De cætero, quæ in dicta lege de liberis disponuntur, qui ex matrimonijs inter adscriptitios, & veros servos contractis nascuntur, apud nos nullum usum habent, cùm vera servitus inter Christianos in desuetudinem abierit. 4

Alia difficultas ex verbis finalibus hujus articuli, quæ relationem faciunt *ad p 3. Art. 9.* der erklärten Lands-Freyheit / oritur, & quidem hæc: Scimus, quòd ea, quæ continentur in der erklärten Lands-Freyheit / inter Principes, & status Provinciales amicabiliter fuerint conventa, ita ut valeant in vim pacti: Quæritur ergò, an id, quod de divisione liberorum servilis conditionis inter Principes, & status provinciales conventum est, etiam ad alios subditos sit extendendum? Et videtur dicendum, quòd non, quia *in dict. Art. 9. p. 3.* der erklärten Lands-Freyheit / Princeps tantùm se obligat ad divisionem liberorum ex suis proprijs hominibus procreatorum cum statibus suis provincialibus, & non cum alijs dominis, qui status provinciales non sunt: In verbis, item die aigen Leuth sollen Wir mit Unseren Prælaten / denen von Adl / vnd Burgern füran thaillen / also / vnd auff die Mainung / daß die Söhn den Mütteren / vnnd die Töchteren dem Vatteren nachfolgen sollen / non debet igitur ista obligatio statibus provincialibus facta ad alios, qui status non sunt, extendi: Præsertim, cùm ex *dict. Art. 9. in verb.* füran / appareat, antiquitus istam divisionem non fuisse in usu, cùm dicatur, quòd divisio imposterùm, & in futurum tantùm facienda sit; Huc facit, quod communiter dicitur conventiones esse stricti juris, & quòd nemo alteri, sed solùm sibi stipulari possit: Verùm, quia hæc dispositio de divisione propriorum hominum postea per vim legis etiam statutis Provincialibus inserta est, putamus, certum esse, quòd non solùm obtinere debeat inter principem terræ, & status, sed etiam inter principem, & alias personas privatas, quæ characterem status provincialis non habent, imò ab ipsis quoque statibus provincialibus inter se, & cum alijs privatis personis, quibus talia jura dominicalia competunt, observanda sit: Nam, quod justum videbatur inter principem, & status provinciales in vim pacti, utique etiam justum videri debet in vim universalis legis, & hæc Ratio est, tametsi consiliarij legislatoris putaverint, *Articulum 9.* in der erklär- 5

ten Lands-Freyheit / huc transferri posse, quòd legislator tamen illum intactum reliquerit, hîc autem abstrahendo a conventione sua cum Statibus Provincialibus factâ, idem universali lege statuerit.

6 Quæres ulteriùs, quare divisio hominum propriorum ita sit instituta, ut liberi masculini sexûs sequantur conditionem matris, liberi verò fœminini sexûs sequantur conditionem patris? Respondemus, nobis id non liquere, cùm hodierno tempore in locis, ubi Catholici, & Hæretici simul degunt, contrarium observetur, ut nimirum filij patris, filiæ verò matris religionem sequi debeant, quod etiam ipsa natura dictante videtur esse decentius, & convenientius. Forte tamen hæc fuit ratio, quòd plerúmque filiæ maritis, filij verò uxoribus chariores sint, ut proverbium inde nasceretur, die Mutter-Söhnl / die Vatters-Töchterl. Vel, ne nimium discedatur à Juris communis ratione, quæ in hominibus servilis status generalem regulam ponit, ut partus sequatur ventrem, quia verò articulus noster in casu, quo conjuges servilis conditionis diversis dominis subjecti sunt, divisionem liberorum induxit, non inconveniens fuit, ut domino mulieris remanerent filij, filiæ vero cederent domino patris, cùm utique dominis mulieris ex accessione filiorum majus commodum, quàm ex accessione filiarum accedat: Asini enim laborare, Asinæ verò pasci debent, ut habetur in lib. Job.

Der Sechste Articul.

Der aignen Leuth Heyrat sollen frey seyn / doch daß sie im Land heyrathen / mit Vorwissen der aignen Herrn / vnnd sollen die Herrn wegen solcher Heurath / die aigne Leuth nicht beschweren / sonder ohn alle Forderung / Schätzung oder Bezahlung ainiches Guets oder Gelts / zugelassen werden / sie verheyrathen sich gleich mit Leibaignen oder Freyen: Will aber ein Leibaigne Persohn heyrathen auß dem Land / mag der Herr jhr solches / da er will / wol wehren / er bewillige es dann gutwillig / doch daß er ebenfals darumben weder Guet noch Gelt nemme.

SUMMARIA.

1. *An homines proprij matrimonium contrahere possint?*
2. *Quare de jure Civili veri servi non habuerint verum matrimonium?*
3. *An matrimonium solummodò consistat inter personas servilis conditionis, vel an etiam consistat, si una persona ex illis sit persona libera?*
4. *Quid de veris servis infidelibus dicendum?*
5. *Quid si homo liber cum ancilla, vel è contra, si mulier libera cum homine proprio, aut servo ignoranter matrimonium inierit?*
6. *An adscriptitij, & homines proprij matrimonium inire possint?*
7. *An etiam cum liberis hominibus?*
8. *Quæ hac in parte differentia sit inter jus Canonicum, & Civile?*
9. *Quæ, aut qualis ratio sit, quòd jus Civile matrimonium servi adscriptitij cum muliere libera contractum improbet?*
10. *Quid de homine proprio infideli dicendum?*
11. *Quis in controversia de ignorantia, vel scientia inter homines diversæ conditionis ad probationem obligatus sit?*
12. *An in matrimonio inter homines proprios vel unius cum alia persona libera consensus domini proprietarij necessarius sit?*
13. *An homines proprij matrimonium inter se contrahere possint?*
14. *An etiam valeat statutum, ut homo proprius non possit matrimonium contrahere extra districtum domini sui proprietarij?*

15. Quid si tamen homo proprius contra statuta nostra Bavarica nihilominùs matrimonium extra provinciam sui domini contraxerit?

16. An dominus proprietarius pro præstando consensu ad matrimonium hominis proprij in, vel extra provinciam suam contrahendum aliquid possit accipere?

Conveniunt cum hoc articulo etiam, die erklärte Lands-Freyheit / *p. 3. Art. 10.* Ubi hominibus proprijs libertas matrimonialis conceditur, circa quam Regulam sequentia observanda sunt. 1

Primò, quòd de jure civili veri servi matrimonium, sive conjugium non habeant, sed tantùm contubernium, cùm ad justas nuptias requiratur, ut contrahentes sint cives Romani, *l. in orbe. ff. de stat. hom.* Servi autem jurium civitatis Romanæ incapaces erant. 2

Observandum tamen est secundò, quòd hæc juris civilis dispositio per Sacros Canones sit abrogata, *cap. dignum est. 1. x. de conjug. servor.* Ubi dicitur, sanè juxta verbum Apostoli: Sicut in Christo IESU neque liber, neque servus est à Sacramentis Ecclesiæ removendus, ita neque inter servos matrimonia debent ullatenus prohiberi.

Observandum est tertiò, tametsi textus dicat, matrimonia inter servos sive inter personas servilis conditionis, id est inter servum, & ancillam non esse prohibenda, ex quo inferri posse videtur, à contrario sensu, inter personas, quarum una est servilis conditionis, altera verò libera, matrimonia non subsistere, quòd tamen idem sit, si liber cum ancilla, vel reciprocè mulier libera cum servo matrimonium ineat: Ratio est, quia Concilium Trident: *Sess. 24. cap. 9.* simpliciter, & indistinctè vetat, ne quovis modo subditi, vel quicunque alij directè, vel indirectè cogantur, quo minùs liberè matrimonia contrahant, cùm juxta *dict. cap. 1.* omnes Christianam fidem confitentes Divinorum Sacramentorum participes sint. 3

Aliud est, quod pro quarto observandum: Si servi Christiani non sint, V. G. captivi ex Turcis, vel Saracenis, vel alijs infidelibus, quoniam illi à Sacramentis Ecclesiæ exclusi sunt, & ideò ijsdem connubium, sive contubernium à Dominis sæcularibus optimè interdici potest: Ratio est, quia talia contubernia, sive connubia nudam vim contractûs civilis habent, ergò à potestate sæculari, imò ab ipsis Dominis, in quorum præjudicium cedunt, tametsi jurisdictionem non habeant, inhiberi possunt. 4

Observandum autem est ulteriùs quintò, quòd, si liber homo cum ancilla, vel vice versa libera mulier cum servo ignoranter matrimonium contraxerit, error iste secundùm Sacros Canones dirimat matrimonium contractum, *cap. 2. 3. ac ult. dict. tit. de Conjug. Serv.* Modò pars libera, postquàm consortis conditionem intellexit, nec facto, nec verbo consenserit, *dict. cap. ult. x. de Conjug. Serv.* facto autem censentur consentire, si se post cognitionem servilis conditionis carnaliter cognoscant, *dict. cap. proposuit. 2. & cap. fin. x. de Conjug. Serv.* 5

Observandum est sextò, non solùm de Jure Communi, sed etiam de jure nostro statutario cum adscriptitijs, & quod idem est, proprijs hominibus mitiùs agi, quoniam illorum matrimonia omninò debent esse libera. *dict. Art. 9. part. 3.* der erklärten Lands-Freyheit / & hoc nostro articulo, in quo homines proprij iterum magis ad statum liberum, quàm servilem accedunt. 6

Observandum est septimò, quòd homines adscriptitij etiam impediri non possint, si matrimonia cum liberis contrahant, *l. ne diutiùs. 20. & l. si qui. 23. Cod. de Agric. & Cens.* 7

Et quamvìs pro observatione octava, allegatæ leges tantùm hoc disponant, ut liberi ex tali matrimonio inter diversi status personas contracto pro- 8

geniti sequantur conditionem matris, ut jam supra exsplicavimus, matrimonia verò ipsa maximè ab adscriptitio liberam ducente omninò improbent, ita ut textus in *dict. l. si qui. 23.* statuat, si quid tale fuerit ab adscriptitio perpetratum, Dominum ejus habere liberam potestatem, sive per se, sive per præsidem Provinciæ, talem hominem moderata corrigere castigatione, & *Novell. 22. de nuptijs. Tit. 1. cap. 17. §. adscriptitio.* addat, quòd præter hanc castigationem per mediocres plagas etiam nuptiæ sint nullæ, & nulla dotis, aut antenuptialis donationis oblatio valeat, sed pura facti mali correctio, id est, res quædam purè correctibilis sit, tamen hæc omnia jure Canonico improbata sunt: Si enim, ut paulò antè diximus, matrimonia inter veros servos, & liberos homines à jure Canonico sustinentur, multò magìs inter adscriptitios, & liberos sustineri debent, cùm ipsi magìs

9 ad liberalem statum accedant: Si occasionaliter quæras, quare prædicta *Novell. 22. & textus in l. si qui. 23.* potiùs improbent matrimonium adscriptitij cum libera muliere, quàm mulieris, quæ servilis conditionis est, cum libero homine marito? Respondemus, hanc causam esse, quòd partus sequatur conditionem ventris: Si igitur adscriptitius homo proprius ducat mulierem liberam, timor subest, ut terra à progenie ejusmodi matrimonij tanquam liberâ deseratur, & sic Dominus in grave damnum inducatur, quæ Ratio cessat, cùm mulier servilis conditionis nubit marito libero, quoniam proles ex tali matrimonio progenita adscriptitia fit, cùm sequatur statum matris. Sed hoc præjudicio non attento, verissimum manet, quòd de jure Canonico in utroque casu, sive maritus adscriptitius ducat liberam, sive maritus liber ducat ancillam, aut, quod idem est, mulierem propriam, matrimonium semper subsistat; Nec præjudicium Domini tanti momenti esse debet, ut sacramentalem virtutem, & efficaciam matrimonij infringat, aut libertatē matrimonialem coerceat, præsertim in casu *Novell. 22. cap. 17.* quando mulier libera nubit viro adscriptitio, nam, vel id facit ignoranter, vel scienter? In utroque casu Domini proprietarij præjudicium facilè reparari potest. Si enim matrimonium inter hominem servilis conditionis, & mulierem liberam ignoranter contractum est, per superiùs dicta, pro irrito declarari potest, si autem mulier libera scienter cum homine proprio, & servilis conditionis matrimonium contrahit, ipsius conditione tenetur, ut dicitur in *l. ingenuo. 3. Cod. de Murileg.* Maximè, si legitima admonitio accesserit. *l. Edicimus. 7. Cod. eod..* Quamvìs hæ leges ab alijs aliter exsplicentur; Videantur, quæ scripsimus infra ad *Art. 8.*

10 Observandum tamen est nonò, si homo adscriptitius sit infidelis, fortè ex captivitate à Turcis, & Saracenis, & à Domino suo propter benemerita certæ glebæ terræ adscriptus, quòd eidem, si ad Christianam Religionem non transierit, Dominus terræ contubernium cum persona suæ conditionis, & multò magìs conjugium cum libera Christiana interdicere possit, ut de servis diximus, quoniam tales personæ sub dispositionem Ecclesiasticam non cadunt, utpote Sacramentalis conjunctionis incapaces, & indignæ.

11 Observandum est decimò, quòd in controversia de ignorantia, vel scientia inter homines diversæ conditionis liberæ, & servilis, is ad probationem obligatus sit, qui servilis conditionis est, nemo enim præsumitur tam insanæ mentis, ut velit se matrimonio jungere cum homine tam imparis status, qui Sacramenti bono individuæ cohabitationi, conjunctioni conjugali, & procreationi prolis, multùm repugnat, ut hæc pluribus deduci possint. Vid. *Paul. Sanchez. de matrim. Sacram. lib. 7. disput. 19.* quæ ulteriùs deducere supersedemus.

12 Observandum est undecimò, licèt matrimonia inter homines proprios secum, & cum alijs personis liberis licita sint, quòd tamen ex dispositione

hujus

hujus articuli, & *Art. 10. part. 3.* der erklärten Land-Freyheit / cum præscitu dominorum proprietatiorum fieri debeant. Quod tamen ita intelligendum est, ut id potiùs de honestate, quàm necessitate sit, cùm *cap. 1. x. de Conjug. Serv.* expresse dicat, matrimonia inter servos contracta propterea dissolvenda non esse, etsi contradicentibus Dominis, & invitis contracta fuerint. Si quis autem servus, sive homo proprius Domino suo prorsùs inscio matrimonium contrahat, putamus, nos non errare, si dicamus, talem hominem juxta *l. fi. qui. 23. Cod. de Agric. & Cens.* moderata castigatione corrigi, vel ut, *Novell. 22.* loquitur, mediocribus plagis affici possit, cùm contra apertam legem peccaverit, & Evangelicæ scripturæ consentaneum sit, ut is vapulet, qui Domini sui voluntatem scit, & non facit. Quamvis *Sanchez. de matrim. Sacram. lib. 7. disput. 21. n. 6.* contrariæ opinionis esse videatur, quòd scilicet Dominus hominem proprium absque suo præscitu, & consensu matrimonium contrahentem tutâ conscientiâ punire non possit, eò, quòd jure suo usus sit: Nam ad hoc Respondemus, hominem proprium propterea, quòd matrimonium contraxerit, puniri quidem non posse, cùm illud ex sacris Canonibus ipsi permissum sit, sed ex nostra opinione puniri potest, quando id fecit inscio Domino, consensu enim Domini ad matrimonium proprij hominis opus non est, sed præscitu: Sicut igitur liberi, qui sine præscitu parentum suorum matrimonia contrahunt, juxta *Artic. 9. Tit. 40.* der Land-Recht / certis pœnis subjacent, multò magìs homines proprij castigationi subjacere debent, qui contempta legis auctoritate sine Dominorum suorum præscitu conjugia ineunt.

Gravior quæstio est pro duodecimo notanda, cùm articulus noster disponat, ejusmodi matrimonia extra Provinciam illicita esse, an hoc non libertati matrimoniali repugnet? Videamus imprimis rationem, quare statuta nostra Provincialia matrimonia propriorum hominum cum extraneis prohibuerint, quæ hæc est, ut Dominis proprietarijs jura sua in salvo conserventur: Si enim hominibus proprijs facultas concederetur, extra Provinciam matrimonia contrahendi, daretur illis occasio, ut furtum sui facere, & se à Dominorum servitijs impunè subtrahere possint, quod nullo modo concedendum est: Nec per hoc læditur libertas matrimonialis, cùm in ipsa Provincia matrimonium desiderantibus inter innumeras personas electio esse possit: Sicut igitur in privatis contractibus, & ultimis voluntatibus valet adjecta conditio, ne quis matrimonium contrahat ante certum tempus cum hac, vel illa determinata persona, ex hoc, vel illo certo, & determinato loco, cur non valeat adjecta in statuto? *Videatur Controv. nostra. 44. semicent. 1.* 13

Dices, si ergò statutum valet, ut matrimonia propriorum hominum extra Provinciam fieri non debeant, etiam statui potest, ut fieri non debeant extra districtum Domini, cui proprius homo matrimonium contrahens subjectus est. Nolumus hanc quæstionem ad trutinam juris revocare, quoúsque matrimonialis libertas per statuta sæcularia coarctari possit: Negamus tamen paritatem rationis, si enim proprius homo extra Provinciam matrimonium contrahit, Domino proprietario eum ad sua servitia revocandi potestas, vel prorsùs impossibilis, vel nimiùm difficilis redditur: Aliud est, si copulatio fiat in eadem Provincia, extra tamen districtum Domini proprietarij, quoniam, si Dominus alieni districtûs, hominem proprium ad avocationem proprietarij non remittat, superior Judex adiri potest, qui juxta superiùs dicta proprietario hominem suum vindicanti justitiam administrare debet, quæ ab extraneo magistratu vel omninò non, vel difficulter exspectari, aut obtineri potest, cùm hodierno jure remissiones inter Dominos diversarum Provinciarum in usu non sint. 14

15 Quidſi autem non attenta diſpoſitione ſtatutorum noſtrorum Provincialium homo proprius nihilominùs extra Provinciam ſine præſcitu, & conſenſu Domini matrimonium contraxerit? Nullum ſanè dubium eſt, quin matrimonium quoad validitatem Sacramentalis vinculi legitimũ ſit, & ſubſiſtat, interim Domino proprietario jus ſuum integrum manet, ut ejuſmodi hominem omni meliori modo, quo poteſt, juris, & facti, etiam per manuum injectionem, ut ſupra declaravimus, perſequi poſſit, nec obligatus ſit, poſt matrimonium actualiter contractum, & conſumatum in illud conſentire, *Emanuel Sa. verb. Matrimonium imped. dirim. n. 1. verſ. cum ſervo.* Quia nemo cogi poteſt, ut jus ſuum in favorem, & venerationem Sacramenti remittat.

16 Denique obſervandum eſt ultimò, ſi Dominus ad matrimonium hominis proprij ſive in, ſive extra Provinciam contrahendum conſentiat, quòd pro præſtando conſenſu nihil accipere poſſit. Quod attinet ad matrimoniũ contractum in Provincia, res per ſe clara eſt, cùm Dominus illud impedire non poſſit, non eſt igitur juſtum, ut recompenſationem pro actu, quem impedire non poteſt, recipiat, ſed de matrimonio extra Provinciam contrahendo videtur aliud dicendum, cùm Dominus illud per diſſenſum ſuum impedire poſſit, prout ſupra de emancipatione diximus, quòd patri in prœmium certa pars uſusfructûs de bonis adventitijs filij remaneat: Sed hoc in favorem matrimonij ſingulariter ſtatutum eſt, ut conſenſus in omni caſu debeat gratìs præſtari, ne ullo modo libertas matrimonialis prægravetur.

Der Sibendte Articul.

WO einer der nit Leibaigen iſt / auff ein Guet zeucht / darauff vor ein aigen Mann geſeſſen wer / ſoll er darumb nit aigen / ſonderen frey ſeyn. Es wäre dann an einem / oder anderen Orth wiſſentlich herkommen / daß das Guet die Perſohn leibaigen machet / ſo ſollen dieſelben Perſohnen / ſo lang ſie auff dem Guet ſitzen / auch aigen / doch jhre Kinder frey ſeyn / aber wann ſie wider von dem Guet ziehen / ſollen ſie / ſo wol als jhre Kinder / welche auff dergleichen Guet einem nit ſeyn / frey ſeyn / vnd von jhres Abzugs wegen / der Leibaigenſchafft halben nichts begehrt werden.

SUMMARIA.

1. *Quæ ſit diſtinctio inter homines proprios, & inter mixtos?*
2. *Qui ſint homines proprij realiter tales?*
3. *An bona ex nuda poſſeſſione hominum propriorum fiant realiter ſervilia?*
4. *Quid ſi quædam conſuetudo ſit, ut bonum poſſeſſorem ſuum faciat hominem proprium?*
5. *An obſervantia antiqua, & antiqua conſuetudo ſynonima ſint?*
6. *An obſervantia totius alicujus diſtrictus ſufficiat, vel an debeat obſervantia ſingulorum prædiorum illius diſtrictus probari?*
7. *Quale tempus ad talem obſervantiam requiratur?*
8. *Quid ſi poſſeſſor talis boni ignorantiam habuerit, quòd poſſeſſio hujus boni faciat illum ſervilis conditionis?*
9. *An ignorantia præſumatur?*
10. *Quid ſi liber homo tale bonum poſſidens uno anno ſervitia præſtiterit, an adhuc poſſit ignorantiam allegare?*
11. *Quid ſi non ipſe, ſed ejus conductor ſolverit, an Domino præjudicet?*
12. *An ipſe conductor, Domino ſerviles præſtationes ſolvendô, ſervus fiat?*
13. *An filij liberi nihilominùs permaneant, ſi pater illorum ſe per poſſeſſionem ejuſmodi boni hominem propriũ fecerit?*

14. & 15.

14. & 15. An uxor simul cum marito per possessionem talis boni conditionis fiat servilis?
16. An talis homo dimittendo bonum recuperet suam libertatem priorem?
17. An semper dimittere possit?
18. An à tali possessore mortuarium peti possit?

COmmuniter Doctores, qui de hominibus proprijs tractant, distinguunt inter eos, qui personaliter, & qui realiter tales sunt. Personaliter homines proprij dicuntur, qui ex nativitate servilis conditionis fiunt, & præstationem personalem, plerúmque annuam præstant, raichen den Jährlichen Leib-Pfenning / de quibus hactenùs diximus: Realiter tales sunt, qui ex possessione hujus, vel alterius boni servilem conditionem contrahunt. *Molin. in Consuet. paris. §. 3. gl. 3. n. 5.* Nos tertiam speciem addimus, mixtorum, qui jure personali, & reali, servili statui subjiciuntur. Quid enim impedit, cur non homini meo ex nativitate proprio etiam concedere possim bonum aliquod rusticum, ex cujus possessione adscriptitius fiat, & ita duplicem qualitatem personalis, & realis servitutis incurrat, ut in fine hujus tituli videbimus? 1

Quod attinet igitur ad servitutem realem, articulus noster hanc regulam ponit, quòd bonum, vel fundus hominem liberum non efficiat proprium, ex quo sequitur, quòd servitus ista realis, quæ ex possessione alicujus boni incurritur, regulariter sit contra assistentiam, & præsumptionem juris: Hinc 2

Ampliatur hæc Regula, tametsi constet, quòd bonum, de quo controversia est, longo, imò longissimo tempore ab hominibus proprijs, qui ex nativitate tales fuerunt, & personales serviles præstationes annuatim solverunt, fuerit possessum, quòd liber homo, cui postmodùm tale bonum obtingit, libertatem non amittat, nec ad præstationes personales, quæ à prioribus possessoribus solutæ sint, obligetur: Ratio est, quia priores possessores homines proprij fuerunt jure personali, quod cum ipsorum morte extinguitur, & successores in bono non afficit: Si autem ponas, priores possessores adhuc supervivere, remanent Domino personales præstationes, & proinde injustum est, ut novus successor in bono, qui est liber homo, ad easdem adigatur, sine obligatione tam reali, quàm personali, cùm utraque cesset, realis ideò, quia fundo tale onus non inhæret, personalis verò propterea, cùm successorem in fundo liberum hominem esse præsupponamus. 3

Limitatur autem supra posita Regula, nisi uno vel altero loco notoriè observatū sit, ut bonum faciat hominem servilem, & proprium, prout non tantùm in exteris provincijs, sed etiam in multis præfecturis, & Dominijs Patriæ nostræ ista species servitutis realis ex consuetudine frequentissima est: Quia tamen consuetudo facti est, ideò articulus noster requirit, ut debeat esse notoria, vel, ut supplendum est ex *l. 16. Tit. 7.* der Gerichts-Ordnung / si notorietas deficit, ut consuetudo sit legitimè probata, quid autem requiratur ad probationem notorietatis. Vid. *Mynsing. cent. 6. obs. 3. Gail. lib. 1. obs. 16. n. 7. & lib. 2. obs. 27. n. 15. Mezger. cons. crim. 15. n. 76. usque ad n. 79. inclusivè.* Et quomodò consuetudo probetur. Vid. *Gail. lib. 2. observ. 31. n. 15. & 16.* & quæ nos dicturi sumus ad dict. *l. 16. Tit. 7.* der Gerichts-Ordnung. 4

Quamvis articulus noster non de consuetudine, sed de observantia tantùm loquatur, von dem Herkommen / qui terminus videtur mitiorem aliquam interpretationem admittere, quàm terminus consuetudinis, der alten Gewonheit / unnd Gebrauchs: De quibus ampliorem interpretationem invenies ad dict. *l. 17. Tit. 7.* der Gerichts-Ordnung / quæ est propria sedes hujus materiæ. 5

Inte-

6 Interim non immeritò subsistendum est, quare articulus noster in singulari, & non plurali loquatur, in verbis, da das Guet die Persohn leibaigen machet: Ex quo videtur, necessariò sequi, quòd ratione cujuslibet boni specialis, specialiter etiam usus, & observantia, das alte wissentliche / vnd kundtliche Herkommen / ratione servilis subjectionis probanda sit, & nullo modo sufficiat, ut supra ad *Art. 4.* Vers: *Sed quidsi* diximus, rem dijudicari ex communi consuetudine loci illius: Sed pro Resolutione hujus difficultatis distinctio illa, quam in *semicent. 1. controv. 31. n. 16. & seqq.* fusiùs exsplicavimus, reassumenda est: An scilicet Dominus, qui prætendit ratione hujus, vel illius boni possessoris servilem conditionem, fundet hoc jus reale in consuetudine universali illius loci, V. G. Hoffmarchiæ, Dominij, Præfecturæ, &c. Vel in jure particulari hujus aut alterius boni vel fundi. In primo casu agitur de consuetudine totius alicujus districtus: In secundo, de jure, & præscriptione boni, vel fundi particularis. Si ergò circa casum posteriorem præsupponas, in aliqua Hoffmarchia, Dominio, vel Præfectura reliqua bona, vel ex toto, vel majori ex parte esse libera, & Dominus prætendat hoc, vel illud speciale bonum annexum habere onus servitutis realis, deficientibus alijs probationibus, legitimam præscriptionem docere debet, cùm non agatur de universali jure, quod inducitur per consuetudinem, sed de particulari hujus, vel illius prædij, & fundi, quod præscriptione opus habet. In priori casu, quando consuetudo notoria, vel legitimè probata est, quòd omnes subditi illius Hoffmarchiæ, Dominij, Præfecturæ, &c. ratione bonorum, quæ possident, proprij homines, & servili conditioni subjecti sint, præsumitur etiam illud bonum, vel ille fundus particularis, qui in controversia est, ejusdem juris, & conditionis esse, nisi à possessore contrarium probetur. Ut hanc differentiam inter præscriptionem, & consuetudinem satis fusè deductam ibidem invenies.

7 Si autem ulteriùs quæras, quantum tempus requiratur ad probandum hoc jus realis subjectionis? Jam supra Respondimus, ad probandam subjectionem personalem hominis proprij tempus imemoriale non requiri, quamvis multæ rationes in contrarium adductæ sint, sed sufficere tempus 30. vel 40. annorum. Et quamvìs de servitute reali, quæ fundo inhæret, aliud dicendum esse videatur, eò, quòd propiùs accedat ad servitutes prædiales discontinuas, ad quarum præscriptionem tempus immemoriale necessarium est, tamen, cùm jus servilis conditionis, quod ex possessione fundi oritur, afficiat hominem, & magis continuam causam serviendi, quàm discontinuam habeat, quæ radicatur in persona hominis, de illius præscriptione aliter sentire non possumus, quam de præscriptione hominis proprij personali, ut videlicet 30. vel 40. annorum sufficiens sit, cùm omnia jura, & res maximi præjudicij longissimo tempore sine titulo acquiri possint, *toto tit. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.*

8 Hoc tamen prætereundum non est, quòd, si homo liber quocúnque titulo ejusmodi bonum onere realis servitutis affectum acquirit, hujus conditionis scientiam habere debeat, si enim id ignoret, præsummi non potest, quòd libertatem suam, quæ res inæstimabilis pretij est, vili pendere, & tam inconsideratè quasi vendere voluerit: Et in hac parte rectè D. Balthasar dicit, quòd ignorantia præsumatur, donec probetur scientia, quòd maximè verum est, quando jus realis servitutis uni vel alteri particulari tantùm bono, vel fundo inhæret, cùm jura particularia tam facilè non possint esse nota; Sed, si supponas, totum aliquem districtum Hoffmarchialem, vel similem quoad omnia bona ibi sita hoc jure affecta esse, certè illum, qui in comparatione particularis boni ignorantiam allegat, nullo modo putamus excusandum, cùm ignorantia nimiùm crassa, vel affectata esset, &

proin-

proinde ignorantiam alleganti probatio illius magis, quàm adversæ parti probatio scientiæ incumberet. Illud autem non improbabile judicamus, quod 10
habet *Cassana. in Consuet. Burgund. rubr. 9. §. 6. gloss. 1. n. 6.* Ubi dicit, si talis liber homo per integrum annum, & diem bonum hoc onere realis videlicet servitutis affectum possideat, & onera servilia præstet, quæ ibi loci ab alijs hominibus proprijs, & servilis conditionis præstari solent, quòd sit inexcusabilis, cùm justam ignorantiam ampliùs allegare non possit.

Quidsi autem aliquis liber homo tale bonum ignoranter comparaverit, & alteri locaverit, anne conductor solvendo serviles præstationes dominicas præjudicat Domino suo? Et, si illud fecerit ignorante Domino, utique non præjudicat, si autem fecit cum illius præscitu, & consensu, res recidit ad priorem statum, ut possessor videatur conditionem boni agnovisse, & servili conditioni se subjecisse. 11

Sed nunquid conductor, qui ignorante Domino tales præstationes solvit, ipse se servituti subjecit, ut pro proprio homine haberi possit? Et benè dicit *Cassan. loc. cit.* quòd non, quia non solvit suo, sed locatoris nomine. Deinde conductor non possidet bonum, sed locator, non potest igitur hæc qualitas, quæ radicatur in ipso bono, & ejus possessione, conductorem afficere, sed solum locatorem. 12

Verùm superior limitatio, quòd quis ratione boni, vel fundi fiat homo proprius, ubi id notorius usus, & observantia induxit, sublimitatur. 13
1. Ut se talis conditio servilis ultra personam possessoris non extendat, & proinde, si possessor priùs, antequam bonum possidere inciperet, homo liber fuerit, illius filij non attento, quòd pater per possessionem boni statum mutaverit, liberi maneant, modò ipsi liberi post patris mortem à possessione boni abstinere velint.

Sed quid dicendum est de uxore, quæ ante possessionem boni, liberi status, & conditionis fuit, anne cum marito per comparationem talis boni conditionem suam mutet, & libertatem amittat? Et videtur dicendum, quòd sic: Cùm uxor sit pars corporis maritalis, & cum eo individuam vitæ societatem, & participationem habeat: Deinde articulus noster expressè dicit, quòd in casu, quo bonum personam servilem facit, ipsæ personæ debeant quidem servilis conditionis esse, earum verò proles libera, ergò articulus, cùm in plurali loquatur, præsupponit, ambos conjuges fieri serviles. Sed, cùm liberi sint æquè, & multò magis pars de corpore patris, & tamen servilis conditio, quæ ex inhabitatione boni contrahitur, eos non inficiat, multò minùs inficiet uxorem, quæ maritum tam arcta conjunctione non attingit, quàm filij parentem. Nec obest, quòd articulus noster loquatur in plurali, quia hic numerus pluralis non est intelligendus de conjugibus, sed de personis in tali bono sibi invicem succedentibus, quoniam omnes earum liberi, quamdiu à possessione boni abstinent, in sua libertate persistunt. 14

Oppones, supra dictum esse, quòd mulier libera, quæ scienter nubit homini proprio, sequatur conditionem mariti, & homo proprius, sive ancilla adscriptitia fiat, prout etiam in articulo subsequenti idem statuitur, ergò, si mulier libera maritum sequitur, qui tale bonum possidendum accipit, ex cujus possessione libertas amittitur, videtur mulier etiam sequi conditionem mariti, & consequenter etiam suam libertatem amittere: Sed Respondemus, quòd mulier scienter nubendo homini proprio propterea perdat libertatem suam, & mariti conditioni adscribatur, cùm præsumatur, post præcedentem sufficientem denunciationem statui suo voluntariè renunciare, *cit. leg. ingenuæ. & l. edicimus Cod. de Murileg.* At, quando matrimonium priùs contraxit cum libero, qui deinde per comparationem alicujus boni reali servituti subjicitur, matrimonij vinculo jam adstricta cum in boni possessio- 15

ne non voluntariè, sed ex necessitate sequitur, ergò libertatem suam nullatenùs amittit. Vid. quæ dicemus *ad seq. Art.* Verum igitur manet, quòd uxor non minùs, quàm liberi suam libertatem retineant, tametsi pater, & respectivè maritus per possessionem alicujus boni se reali servituti subjecerit.

16 Sublimitatur secundò, ut, postquam homo, quem sola possessio boni proprium facit, à bono discedit, antiquam libertatem recuperet: Ratio est, quia, si onus aliquod rei impositum est, possessor dimittendo rem liberatur ab onere: Et hinc *Cassan. in Consuet. Burgund. rubr. 9. §. 8. gloss. 2. & §. 9.* notat, quòd homines manus mortuæ, quibus hi nostri adscriptitij assimilantur, relinquendo rem liberentur à servitute in Gallia usitatâ.

17 Quod tamen ita intelligendum est, nisi possessor in comparatione, & aquisitione ejusmodi boni cum Domino suo in alias leges convenerit: Si enim nostri rustici, qui plenam libertatem habent, à suis prædijs, quæ jure Emphyteutico, vitalitio, &c. tenent, invitis Dominis discedere non possunt, nisi Domino priùs satisfaciant, & alium possessorem substituant, multò minùs ejusmodi homines proprij, qui videntur esse magìs obligati, secedere possunt, quando se spontè obligârunt, quòd sine præscitu, & consensu Domini bonum dimittere nolint, quia ante omnia pacta dant legem contractui.

18 Sublimitatur ultimò, ut, licèt paulò antè dixerimus, & ad *Artic. 11.* ulteriùs dicemus, hominem proprium, qui personaliter talis est, solvere debere mortuarium, quod pro consuetudine loci in usu est, Dominus tamen propter discessum hominis, qui ex sola possessione boni servilis est, nihil petere, aut exigere possit, cùm enim nuda possessio subjectionem servilem operetur, ideò etiam nuda dimissione possessionis resolvitur, ut nulla solutione litri, vel pretio redemptionis opus sit. Iterum tamen supplendum est, nisi aliud unius, vel alterius loci usu, & observantiâ antiquâ, & notoriâ inductum sit: Si enim usus, & observantia ipsum jus servilis conditionis inducere potest, ut modò declaravimus, multò magìs etiam inducere potest unam, vel alteram conditionem, vel obligationem tali juri inhærentem.

Der Achte Articul.

Ist der Vatter frey / vnd die Mutter leibaigen / so seyn die Kinder leibaigen / ist aber die Mutter frey / vnd hätt zu einem Leibaignen geheyrat / vnnd desselben Herr jhr nit angezaigt / daß er leibaigen sey / so seyn die Kinder frey / hätt sie sich aber wissentlich vnd über beschehenes Anzaigen vnd Gewarnen / zu einem Leibaignen verheyrat / wird sie / vnd jhre Kinder auch leibaigen.

SUMMARIA.

1. *An in hac materia, ut de veris servis dicitur, etiam liberi sequantur conditionem ventris?*
2. *Quid si mulier conditionem mariti sciverit, & nihilominùs eidem nupserit?*
3. & 4. *An hoc non repugnet Sacris Canonibus?*
5. *An etiam maritus, si ducat mulierem propriam, homo proprius fiat?*
6. *Quid si talis mulier, quæ nupsit homini proprio, saltem tempore conceptionis, partûs, vel intermedio libera fuerit?*

In

IN præcedentibus pluries diximus, tametſi aliàs uxor, & liberi quoad ho- 1
nores, dignitatem, ac nobilitatem ſequantur conditionem mariti, & patris ſui, quòd tamen in materia ſervitutis perſonalis, & adſcriptitiæ contraria ponatur regula, quod ſcilicet liberi ſequantur conditionem matris, ita ut, ſi venter fuerit ſervituti ſubjectus, eundem etiam ſequatur partus. *l. partum. 7. Cod. de Rei vindic. l. & ſervorum. 5. §. ingen. ff. de ſtat. hom. l fin. Cod. de Agric. & Cenſ.* §. *1. Inſt. de Ingen. & manumiſſ.* Si igitur pater ſit ſervus, vel homo proprius, mater vero libera, liberi ex tali matrimonio nati ingenui ſunt, & Domino patris non cedunt, at è contrario, ſi mulier ſit adſcriptitia, & ſervilis conditionis, maritus verò ingenuus, proles ex tali matrimonio nata ſubjicitur Domino, cui ipſa mater ſervili conditione ſubjecta eſt.

Unica exceptio huic Regulæ annectitur, niſi mulier libera homini ad- 2
ſcriptitio, & proprio ſufficienter certiorata de ſtatu mariti nihilominùs eidem ſcienter nupſerit, nam, ut in articulo præcedenti, & *Artic. 6.* diximus, hoc faciendo cenſetur ipſa ſtatui ſuo renunciare, & ſe conditioni mariti adſcribere.

Dices, nos ſupra dixiſſe, tametſi jura civilia matrimonium inter hominem proprium, ſive adſcriptitium *in l. cùm ſatis. 22. Cod. de Agric. & Cenſ. & in Novell. 22.* omninò improbent, & annullent, quòd nihilominùs tamen matrimonium inter hominem proprium, & mulierem liberam contractum de jure Canonico valeat. Reſpondemus, valere quidem matrimonium liberæ mulieris ſcienter initum, vel, ſi priùs ſtatum ſponſæ ignoraverit, poſtea nihilominùs facto vel verbis ratihabitum: Nam, cùm tales mulieres ſpreta denuntiatione ſolenni ſplendorem generis, contuberniorum utilitati præferre nolint, ſuorum maritorum conditione teneantur, ut inquit *dict. l. ingenuæ. 3. Cod. de Murileg.* Sibi enim mulier imputet, ſi legitimè admonita à conventione non diſceſſerit, ſed complexui monetarij putaverit inhærendum, cùm ſcire debuerit, ſe ſibi, & liberis præjudicaturam, & monetarij conditioni nectendam eſſe, ut inquit *text. in l. Edicimus. 7. Cod. eod.*

Inſtabis ulteriùs, graviſſimum hoc eſſe impedimentum libertatis matri- 3
monialis, cùm, quod jus Canonicum una manu permittit, nempe, ut homo ſervilis cum muliere libera matrimonium contrahere poſſit, hoc jura civilia altera manu iterum adimant, diſponendo, quòd mulier libera ſcienter homini proprio ſe matrimonio jungens libertatem amittat, quæ utique graviſſima pœna eſt, matrimoniali libertati plurimùm adverſa, & præjudicioſa: Certè, cùm hanc materiam exactè ponderarem, mihi ſemper viſum fuit, jura civilia per Sacros Canones hac in parte correcta eſſe, præſertim, cùm valdè dubium ſit, an, quæ ibidem de murilegulis, & monetarijs ſtatuuntur, ad homines noſtros proprios applicari poſſint, niſi articulus noſter hanc opinionem expreſſiſſimis verbis confirmaret, inquiens: **Hätte ſie ſich aber wiſſentlich / vnd über beſchehenes Anzaigen / vnd Gewarnen zu einem Leibaigнen verheyrathet / wird ſie vnd jhre Kinder auch leibaigen:** Debemus igitur hoc noſtrum ſtatutum Bavaricum ſalvare per doctrinam *P. Sanchez. de matr. Sacram. lib. 2. diſp. 21. n. 4.* Ubi inquit, ſi conſuetudine, vel ſtatuto ſit introductum, ut nubentes hominibus proprijs, etiam proprij fiant, quòd talis conſuetudo, ſive ſtatutum valeat, & tanquam legitimum ſubſiſtat, cùm per illud libertas matrimonialis non tollatur, eò quòd in cujusvis liberi hominis poteſtate ſit, à tali matrimonio abſtinere, & libertatem ſuam conſervare, vel ſe ſecundùm diſpoſitionem Conſuetudinis, vel ſtatuti ſervituti ultrò ſubijcere, quamvis non diffiteamur, per tale ſtatutum vel conſuetudinem Regulam juris Canonici, quòd ſervorū matrimonia etiam cum libe-

 ris

ris licita esse debeant, propter hanc pœnam adjectam, quòd ingenua persona per tale matrimonium libertatem amittat, plurimùm restringi.

4 Addit quidem D. Balthasar ad dictam P. Sanchez doctrinam, confirmandam hanc rationem, quòd jus commune multos modos incurrendi servitutem invenerit, sicut igitur consuetudinis, & statuti eadem vis, & efficacia est, quæ juri communi tribuitur, ita etiam statuto, & consuetudini via præclusa esse non possit, ut etiam novum modum inducendi servitutem per matrimonium cum homine servo inducat, sed hæc ratio non multùm stringit, quia reliqui modi à jure civili inventi ad inducendam servitutem non sunt contra dispositionem juris Canonici, sed iste modus amittendi servitutem per matrimonium videtur esse, si non directò, saltem per indirectum contra expressam dispositionem juris Canonici, utpote quod hominibus proprijs, & servis matrimonium cum liberis, & ingenuis etiam contradicentibus, & invitis dominis permittit, *dict. cap. 1. x. de conjug. servor.*

5 Quæres, cùm articulus noster tantùm loquatur de muliere libera cum homine proprio matrimonium contrahente, quòd libertatem amittat, si de statu sponsi certiorata, & monita non abstinuerit, an etiam vice versa, si homo liber cum serva, sive ancilla scienter matrimonium contrahat, suam libertatem amittat? Respondemus negativè: Ratio differentiæ est, quam in superioribus jam allegavimus, nempe quòd homo liber matrimonium cum ancilla contrahens domino ancillæ nihil præjudicet, cùm partus sequatur conditionem ventris: At ècontra, cùm libera mulier nubit homini proprio, domino hujus hominis proprij manifestè præjudicatur, cùm liberi ex muliere libera & ingenua nati in statu libero permaneant, & sic timor subsit, ne liberam conditionem sequendo, agriculturam Patris sui sint deserturi.

6 Singulariter tamen notandum est, quòd proles ex libera muliere nata libera fiat, si tempore conceptionis, partûs, vel intermedio libera fuit, statum autem suum quocúnque tempore mutaverit, *prin. Inst. de ingenuis. L. Et servarum §. ingenui. ff. de statu hominum;* Cujus rei ratio est, quòd favore libertatis jura proli in utero existenti plenissimè prospicere voluerint, si ergò ponas, mulierem tempore conceptionis fuisse liberam, postmodùm autem quocúnque tandem modo in servitutem redactam, proles, quæ in ipsa conceptione libertatem consecuta est, eandem retinet, nec facto matris eidem præjudicari potuit. Reciprocè, si mater tempore conceptionis servilis conditionis fuit, sed tempore intermedio, quo gravida erat, in libertatem asserta, etiam partus liber erit, nec officiet ei, quòd in servitute conceptus fuerit.

Der Neundte Articul.

Die Leibaigenschafft wirdet auffgelöst / wann sich einer abkaufft / oder jhme die Freyheit geschenckt / oder durch letzten Willen verordnet worden / da auch ein Herr selb zu einem Heyrath hülfft / daß ein freye Persohn / zu seinem Leibaignen heyrath / vnnd derselben die Leibaigenschafft verhielte. Item wann jemand nit leibaigen gebohren / sondern jhne nur das Guet leibaigen macht / so ist er auch wider frey / wann er vom Guet abzeucht. Item wann einer an ein Orth zeucht / da er Krafft sonderbahrer Freyheiten / wann jhne der Herr in gebührender Zeit nit abfordert / frey wird. Deßgleichen werden etliche frey durch erlangte Würdigkeiten / in massen in ge-

mainen

maînen geschribnen Kayserlichen Rechten versehen ist. Wo auch einer zweyen Herren mit einander leibaigen ist / vnd der ein Herr last jhn frey / so ist er auch frey gegen dem andern Herrn / doch mueß sich der erst Herr gegen dem andern / solcher Freylassung halber vergleichen.

SUMMARIA.

1. *Quot modis dominica potestas solvatur?*
2. *Quomodò per redemptionem?*
3. *Quomodo per gratuitam dimissionem, aut alienationem?*
4. *Quomodò per ultimam voluntatem?*
5. *Quæ ad manumissionem per ultimam voluntatem necessaria sint?*
6. *An etiam quinque testes requirantur in manumissione inter vivos?*
7. *Quid si dominus cooperetur, ut proprius homo mulierem liberam ducat?*
8. *Quid si non cooperetur, sed sciat, & taceat?*
9. *Quomodo libertas per dimissionem bonorum servilium redeat?*
10. *Quomodò per mutationem domicilij?*
11. *Quomodò per dignitatem aliquis liberetur à statu, & conditione servili?*
13. & 14. *Quænam dignitas esse debeat?*
14. & 15. *An dignitas doctoralis sufficiens sit?*
16. *An clericalis?*
27. *Quid si servus Domino sciente ordinatus fuerit?*
18. *Quid si quis duorum, vel plurium dominorum servus sit, & ab uno libertate donetur, an reliquis dominium servi permaneat?*

ENumerantur in hoc articulo novem vel decem modi, quibus dominica potestas solvitur, & homo proprius in libertatem vendicatur. 1

Primus est, redemptio per solutionem certæ pecuniæ pro litro, qui 2
modus frequentissimus est. In quibusdam locis exigitur parva, & exigua, in quibusdam verò satis magna pecuniæ summa pro pretio redemptionis respectu personarum servituti subjectarum, ita ut illi, qui ditiores sunt, aut aliquod opificium quæstuosum, vel artem, & experientiam singularem nôrunt, chariùs æstimentur. Vix unquam enim vidimus, pretium redemptionis stabile esse, sed ad voluntatem domini mensurari, qui sæpè homines suos proprios inutiles gratis, vel pro paucis numis dimittunt, alios verò, qui sibi proficui sunt, 40. vel plures florenos æstimant, plerúmque autem mulieres difficiliùs dimissionem impetrant, propter regulam paulò antè dictam, quòd fructus ventrem sequatur.

Alter modus est donatio, cùm enim servi, & homines proprii in com- 3
mercium humanum veniant, vendi, distrahi, commutari, & per alios quoscúnque contractus transire possint, utique etiam titulo donationis subjacent, omnia enim in donationem venire possunt, quæ alienabilia sunt, & in alios contractus veniunt, *Wesen. in parat. Tit de donat. n. 5.*

Tertius modus est ultima voluntas, & hic apud antiquos veros servos 4
celebratissimus fuit, ita ut integros titulos habeamus, *ff. de fideicommiss. libert. & de manumiss. testament.* cùm enim homines servorum operâ ampliùs uti non possunt, ad libertatem ijs, qui in servitijs suis fideles fuerunt, concedendam proniores sunt in testamentis, & ultimis voluntatibus, quàm per actus inter vivos. Et in hoc nulla est differentia, qualiscúnque ultima voluntas sit, sive testamentum, sive legatum, sive fideicommissum, sive donatio mortis causâ, de qua textus est in *l. mortis causâ 15. ff de manumissionibus.*

Quæres, cùm in *l. unica C. de latina libert. tollend.* requiratur, ut ma- 5
numissio, sive judicialiter apud acta, sive extrajudicialiter per scripturam,

 aut

aut Epiſtolam fiat, quinque teſtium fide corroborata eſſe debeat, an id ipſum ſecundùm conſtitutionem hujus articuli neceſſarium ſit? Et reſpondemus, ſiquidem manumiſſio fiat per ultimam voluntatem, ſemper ad minimum quinque teſtes neceſſarios eſſe, cùm ſine hoc numero nulla ultima
6 voluntas conſiſtere poſſit, ſi autem libertas conceditur per actum inter vivos, redemptione ſcilicet, donatione, vel alio quovis contractu habili, quinque teſtium adhibitionem neceſſariam eſſe nullo modo putamus, quia in articulo noſtro de hac ſolennitate nulla prorſus mentio fit, quod pro ſpe-
Diff. ciali differentia juris noſtri ſtatutarij notandum eſt. Deinde, *l. unica C. de libert. tollend.* §. *Sancimus*, *&* §. *etiam*, loquitur de veris ſervis, nos autem de hominibus proprijs, quorum libertas favorabilior eſt. Si ergò ſupponas, redemptionem, donationem, vel ſimilem contractum inter vivos, quo homini proprio libertas conceditur, per duos teſtes, vel inſtrumentum aut Epiſtolam propria manu domini proprietarij ſubſcriptam, & ſignatam probari poſſe, conceſſionem libertatis ſubſiſtere non dubitamus, quia apud nos inſpicitur veritas, & non ſcrupuloſa ſolennitas.

7 Quartus modus eſt, ſi dominus cooperatur, ut perſona ſua ſervilis conditionis in matrimonium ducat perſonam liberam, tunc amittit dominium, ſive proprietatem perſonæ ſuæ ſervilis, & ipſa efficitur libera. Hæc diſpoſitio convenit cum Auth: *ad hoc. Cod. de lat. libert. tollend.* In pœnam Domini, qui liberam perſonam jungendo ei, hominem ſervilis conditionis
8 decipere voluit: Imò hoc in tantum ampliatur, ut dominus amittat proprietatem, ſive dominium perſonæ ſuæ ſervilis, etiamſi non cooperetur, ſed ſciens eam matrimonio jungi ſtudio tacuerit: Quæ ampliatio, tametſi in hoc articulo non contineatur, tamen ſupplenda eſt ex dicta Auth: *ad hoc Cod. de lat. libert. tollend.* per rationem, quam gloſſa ſupermarginalis addit, quia tacens in deceptione alterius obligatur.

9 Quintus modus eſt, ſi quis ſervus, vel homo proprius ſit non perſonaliter ex nativitate, & perſonali obligatione, ſed realiter ex poſſeſſione alicujus boni, cui hoc onus ſervitutis realis annexum eſt, is per dimiſſionem boni ad libertatem redit, de quo jam in præcedenti articulo ſufficienter diximus.

10 Sextus modus eſt, ſi quis ſervus aut homo proprius ad ejuſmodi locum deveniat, cui tale privilegium competit, ut homines proprij, & ſervilis conditionis liberi efficiantur, ſi in certo termino à Dominis ſuis non avocentur, prout ſupra de civitate Viennenſi diximus, & *Caſſanæus. in Conſuet. Burgund.* §. *2. gloſſa. 5. n. 3. & n. 24.* & *Ant. Faber. Cod. de præſcript. quæ pro libert. comp. def. 4.* de civitatibus Sabaudiæ atteſtatur, quòd incolæ per annum, & diem ibi habitantes reſtituantur natalibus, & incolumitati ſive libertati. Monacenſes, uti jam allegavimus, ſimile etiam privilegium prætendunt, quod, ſi probari poteſt, huic articulo conforme eſt, & ijs eò minùs invidemus, cùm etiam exigua civitas Rheina ad Licum aliquando hoc jus ſibi aſſerere non dubitaverit. Rationem ejuſmodi privilegij vel conſuetudinis jam ſupra adduximus, quam hic repetere ſupervacaneum eſt.

11 Septimus modus eſt dignitas. Quæ autem dignitas ad liberandum à ſervili ſtatu hominem proprium ſufficiens ſit, articulus non explicat, ſed dijudicationem remittit ad jus commune, quod hac in parte valdè obſcurum eſt. Homines noſtri proprij, ut jam aliquoties diximus, aſſimilantur co-
12 lonis adſcriptitijs, originarijs, & cenſitis: Expreſſus autem textus eſt in *l. originarios. 11. Cod. de agricolis, & cenſitis*, quòd tales coloni nullis privilegijs, nulla dignitate, nulla cenſûs auctoritate excuſari poſſint, ſed amputatis omnibus, quæ aliquoties per gratiam ſunt elicita, Domino vel fundo reddendi ſint, per rationem, quæ habetur in *l. 1. Cod. de agricolis, & mancipijs*; Quia nullus originarius colonus ad quoſcúnque honores, vel

quæ-

quælibet alia civitatis munera avocari debet. Cùm verò noster articulus dignitatem expressè pro modo solvendæ Dominicæ potestatis ponat, dicendum est, vel nostros proprios homines cum antiquis adscriptitijs, originarijs, & censitis in hoc non convenire, vel iterum differentiam esse inter *Diff.* jus nostrum statutarium, & commune. Quæ autem sint illæ dignitates, quæ hominem proprium à servili sua conditione liberent, paucis divinabimus potiùs, quàm probemus.

Supra ad *Articulum 2. Tit. 3.* diximus, quòd dignitas Patritiatûs, quæ 13 juxta §. *filiusfam. 5. Inst. de Patria potest. & juxta Novellam. 31. cap. 3.* dignitas Episcopalis, item Consularis, Senatoria, Præfecturæ urbicariæ, & Prætorianæ, denique & Magisterium militum à Patria potestate liberent, quoniam, ut textus in dicta *Novell. 81. cap. 1.* loquitur: Eos, qui tantorum judices sunt, manere sub potestate alterius, & non inter eos, qui suæ potestatis sunt, scribi, nostrarum indignum judicavimus legum simul, & temporum. Si igitur hæ dignitates liberant à Patria potestate, multò magis liberabunt à potestate Dominica, cùm turpius sit, aliquem tanquam servum, aut hominem proprium, sive adscriptitium, & originarium, quàm tanquam filium subjectum esse. Addit novella: Generaliter autem, sicuti dictum est, sancimus, ut omnis dignitas, & omne cingulum à curia liberare valens, hoc etiam suæ potestatis prœmium honoratis præstet, & nobiliores adhuc patres ostendat: Ubi Bartolus ita summat, quòd generaliter omnis alia dignitas, quæ à curiali fortuna liberat, etiam liberet à Patria potestate, atqui in *l. curialibus. 66. Cod. de decurionibus.* ultra supra allegatas dignitates, enumerantur etiam sequentes, Præfectura quæstoris, Patronatus fisci, Principatus, aut Præfectura agentium in rebus, & Præfectura Sacri Scrinij, quæ officia hodierno tempore ampliùs in usu non sunt, & proinde DD. Consiliarios Imperatoris, Electorum, & magnorum Principum in eorum locum substituunt. Nos putamus, hoc consistere in cujuslibet Principis arbitrio, & determinatione, quosnam ex suis Ministris, & Consiliarijs pro talibus reputare velit, qui ipsi, & Reipublicæ quasi locum parentum sint, & aliorum judices; Non enim decet, ut potestati privatæ subsit, qui alijs jubere potest, cùm imperantis sit, præesse, non subesse.

Sed quid si hominis proprij vel adscriptitij liberi ad dignitatem doctoralem perveniant, anné propterea à servitute liberentur? Respondemus 14 negativè, cùm enim miles, qui armatæ habet Sacramenta militiæ, ut inquit textus in *l. servi. 3. Cod. de agricolis, & mancipijs*, statum servilem non immutet, nisi peractis stipendijs meruerit otia veteranorum, ut loquitur textus in *l. super. 4. Cod. de mancipijs, & colonis.* quia nequaquam placet (verba sunt Imperatorum) tela in usum vomeris ligonisque convertere, ita nec milites togatæ militiæ, sive Doctores à servili conditione adscriptitia liberabuntur. Præsertim, cùm in *l. originarios. Cod. de agricolis, & censitis*, expressè dicatur, per dignitates quascúnque aut Privilegia excusandos non esse, quò minùs domino vel fundo, cui servili obligatione addicti sunt, reddendi sint.

Objicies, Doctores non habendos esse pro gregarijs militibus togatæ mi- 15 litiæ, & proinde majori honore, & veneratione dignos. Respondemus, nec in armata militia decuriones, die Corporal / oder Gefreidten / ductores, die Führer / & ejuscemodi officiales à Patria aut Dominica potestate liberos esse, imò nec fortè capitaneos Pedestres vel Equestres: Cùm magisterium militare altius aliquod officium designet, quo miles quasi mereri possit, ut supra diximus, nomen Patris Patriæ, & qui ita imperet, & jubeat secundùm verba *allegat. text.* ut indignum sit, illos subesse alijs. Ergò idem dicendum est de Doctoribus, qui non pro magistris militum togatorum in tam excelso gradu, sed pro gregarijs, ipsi verò studiosi pro Tyronibus, für die Recrouten / habendi sunt, quocum conveniunt, quæ supra ex DD. de Patria pote-

poteſtate diximus. Quin autem Domini Profeſſores ſint veri Magiſtri militum, cùm ſub ſua poteſtate, & juriſdictione habeant Comites, Barones, & Nobiliſſimos quóſque non ſolùm Tyrones, ſed etiam in togata militia plurimùm exercitatos, neminem puto negare poſſe, & quia illi Conſiliarijs Imperatoris, Electorum, & Principum in dignitate pares ſunt, ſine omni ſcrupulo à Patria, & Dominica poteſtate eximendos eſſe judicamus, præſertim illos, qui induſtriâ, labore, & ingenioſis ſuis lucubrationibus verè titulum Illuſtris meruerunt, qui non patitur, ut obſcuriori poteſtati ſubſint.

16 Quid autem de clericis dicendum? plerique canoniſtæ ſtatuunt, quòd per Sacerdotium ſervus efficiatur liber, *per textus in can. ex antiquo. 9. & in can. frequens. 10 can. ſi ſervus. 19. diſt. 54.* Sed, quia nos ſupra diximus, quòd clericalis dignitas non liberet à poteſtate Patria, convenienter dicendum eſt, quòd nec liberet à poteſtate Dominica, quia ſubjectio erga dominum comparatur cum ſubjectione filiali erga Patrem, & ſi non major, & fortior, ſaltem æqualiter obligatoria eſt, confirmat hanc opinionem *cap. 2.* extra de ſervis non ordinandis, ubi dicitur: Statutum eſt, ut nullus Epiſcoporum deinceps ad ſacros ordines ſervos ordinare præſumat, niſi priùs à Dominis libertatem fuerint conſecuti, &, ſi quilibet ſervus fugiens Dominum ſuum qualibet calliditate vel fraude ad gradus pervenerit Eccleſiaſticos, decretum eſt, ut deponatur, & ejus Dominus eum recipiat: Qui textus per ſe ſatìs clarus eſt. Convenit Auth: *Epiſcopalis ordo. Cod. de Epiſcopis, & Clericis*, ubi ſolus ordo Epiſcopalis liberationem præſtat à ſervili vel adſcriptitia fortuna, ergò clericalis ordo videtur excluſus, quod tamen Canoniſtis relinquimus ulteriùs diſcutiendum, qui *cit. cap. 2.* ſolummodò de ijs intelligunt, qui in quatuor minoribus conſtituti ſunt, ſed an iſte ſit ſenſus hujus capituli, valdè ſubſiſtimus.

17 Interim hoc libenter concedimus, quòd, ſi ſervus Domino ſciente, & non contradicente ordinatus fuerit, quòd hoc ipsò liber fiat, cùm Dominus taciturnitate ſua in tali actu, quem contradicendo impedire potuiſſet, videatur juri ſuo renunciare, *Vid. textus in l. jubemus. 36. Cod. de Epiſcop. & Cler.* ubi diſtinctio fit inter adſcriptitios, & ſervos, adſcriptitius, & cenſitus non poterat in clericum creari, niſi Domini evidens concurrerit conſenſus, ſervus autem etiam volente ac conſentiente Domino ordinari non potuit, cùm velle non videatur, qui non vult eo modo, quo debet, neceſſarium igitur fuit, ut ſervus priùs libertate donaretur, antequam ei iter ad ſuſcipiendos honores clericales aperiretur, ut loquitur textus *in d. l. 36. §. ſervos. 1.* Quod autem correctum eſt in *Novell. 123. cap. 17.* ubi dicitur, ſi ſervus ſciente, & non contradicente Domino in clericum ordinatus fuerit, ex hoc ipſo, quod conſtitutus eſt, liber & ingenuus erit, quia patientia conſenſui comparatur, concordat Auth: *ſi ſervus. Cod. de Epiſcop. & Cler.* qui plura de hac controverſia videre vult, legat *can. ex antiquo. 9. & can. frequens. 10. can. ſi ſervus. 19. diſt. 54.* ubi plures diſtinctiones adducuntur, nos iſtam materiam canoniſtis ulteriùs deducendam relinquimus, quibus etiam noſtram opinionem libenter ſubmittimus. Conſiſtoria nullo modo ordinationes admittunt, niſi homo proprius, vel ſervus de impetrata libertate documentum exhibeat, quod convenit *dicto tit. x. de ſervis non ordinandis*, & ſignum eſt, quòd antiquæ diſpoſitiones Sacrorum canonum, C. & Novellarum non ſint immutatæ.

18 Octava cauſa eſt diſſolvendæ dominicæ poteſtatis, ſi quis duorum vel plurium Dominorum ſervus, & homo proprius ſit, & unus ex illis eum liberum facit, tunc enim alter quoque tenetur, ad libertatem eidem concedendam, ita tamen, ut, qui prior eum dimiſit, teneatur alteri Domino pro parte ſua, quam in communi ſervo habebat, ſatisfactionem præſtare, de quo eſt

eſt integer titulus *in lib. 7. Cod. de communi ſervo manumiſſo*, quamvis enim antiquitus, ſi ſocius ſervo communi libertatem donaret, vel legaret, legatum vel donatio (niſi à milite facta fuerit) inutilis erat, hodie tamen, ſive miles ſive privatus ſit, qui vel inter vivos, vel in ultima voluntate ſervum communem manumittere vult, compellitur ſocius, ſive unus ſit, ſive plures, ſervum ei vel ejus hæredi vendere; Et, ſi unus ex Dominis partem ſuam, quam in ſervo habet, ipſi ſervo legat, pretio præſtito alteri ex Dominis ab hæredibus teſtatoris, aut, ſi recipere recuſet, pretio oblato, conſignato, ac depoſito ſervus communis plenam libertatem conſequitur. Dices, durum eſſe, ut hæredibus teſtatoris, qui ſervo communi partem ſuam legavit, neceſſitas imponatur, alteram quoque partem juſto pretio reluendi, cùm ex beneficio ſuo nemo debeat damnum reportare. Reſpondemus: Cùm nemo poſſit eſſe pro parte liber, & pro parte ſervus, ideo neceſſariò ſequitur, quòd ille, qui ſervum communem pro ſua parte, liberum eſſe deſiderat, debeat etiam alterius partem redimere, cùm illam gratis dimittere non teneatur.

Nonus modus libertatem conſequendi eſt præſcriptio, de quo agit 19

Der Zehendte Articul.

WEr Leibaigen iſt / daſſelb aber jhme vnbewuſt geweſt / vnd doch ſein Herꝛ ſolches / wie auch / wo er ſich auffgehalten / wol gewuſt / aber weder an jhne / noch ſeine Eltern / innerhalb dreyſſig Jahren / ſeinethalben nichts gefordert / oder eingenommen / ſoll er fürterhin auch frey ſeyn.

SUMMARIA.

1. *Quomodò per præſcriptionem libertas acquiratur?*
2. *Quæ conditiones requirantur?*
3. *An homo liber pro vero ſervo præſcribi poſſit?*
4. *An jus agricolationis præſcribi poſſit?*
5. *Quæ præſcriptio requiratur, ut quis ſervilis conditionis ex poſſeſſione boni fiat?*
6. *Quanto tempore libertas præſcribatur?*
7. *Quid ſi homo proprius alienus venditus fuerit?*
8. *Quid ſi ejus ſtatus ſit controverſus?*
9. *Quomodò privilegia de propriis hominibus in civitatibus receptis intelligenda ſint?*
10. *Quomodò ſervus libertatem conſequatur propter ſævitiem & inclementiam domini?*
11. *An dominus debeat prius moneri?*
12. *Quibus ex cauſis libertatem accipiat in præmium fidelitatis?*

QUi definit ad præſcribendam libertatem, non requiri titulum, aut poſſeſſionem vel quaſi, ſed ſufficere ſolumodò negligentiam domini per ſpatium 30. annorum non avocantis hominem ſibi ſervili conditione ſubjectum, per *textum in l. omnes 4. C. de præſ. 30. vel 40. annorum. Guido Pappæ quæſt. 316. Caſſanæus in conſuet. Burgundiæ rub. 9. gloſſa 5. n. 21.* concordant *textus in l. 1. C. de præſcriptionibus longi temp. & l. ſi is §. ſi ſervus ff. de uſucapionibus.* 1

Duæ autem conditiones ad hanc tricennariam præſcriptionem requiruntur. Primum eſt, ut homo proprius neſciverit, ſe talem, & ſervilis conditionis eſſe, nam ſi ſcivit, & fortè fugitivus fuit, præſcribere non potuit propter malam fidem, & quia ſui ipſius furtum fecit, quæ talia vitia ſunt, ut etiam longiſſimi temporis præſcriptionem, nec centum annorum admittant, ut pulchrè deducit *Ant. Faber. in Cod. ſuo de præſc. quæ pro libert. comp. def. 1.* 2

Alterum eſt, quòd dominus ſciverit, ubi ſervus ſuus, ſive proprius homo habitet, ſi enim latitavit, & fortè in locis remotis fuit, ut eum nec citare, & avocare, nec conſuetas præſtationes ab ipſo aut Parentibus ejus exigere potuerit, præſcriptio utique locum non habet, quæ contra ignorantem non procedit.

Multa hactenùs in hoc titulo circa materiam hominum propriorum de præſcriptionibus diximus, quæ, ne benevolum lectorem confundant, in compendium breviter reducemus.

3 Prima igitur quæſtio eſt, an homo liber pro vero ſervo præſcribi poſſit? Et reſpondemus negativè: quia æquitas non patitur, ut aliquis propter errorem ſuum temporis diuturnitate, ex libero ſervus efficiatur. *l. ult. C. de præſc. longi temporis, quæ pro lib. &c.*

4 Si autem quæratur ſecundò, an jus agricolationis, ſive jus hominis proprij præſcribi poſſit? Reſpondemus, triginta vel quadraginta annorum præſcriptionem ſufficere, ut ſupra ad *Art. 1. h. t.* latiùs deduximus, & concordat *textus in l. cùm ſatìs. 22. de agri. & cenſ.* Sive quis homo proprius ſit ex mero jure perſonali glebæ terræ addictus, vel ex jure mixto reali ſimul, & perſonali, id eſt, ſi colonus per triginta vel quadraginta integros annos non ſolùm ratione ſuæ perſonæ, ſed etiam agricolationis, cui adſcriptus erat, pro tali ſemper habitus fuit.

5 Si autem quæritur tertiò de ſola ſervitute reali, ſi videlicet allegetur hoc vel illud bonum hujus conditionis eſſe, ut poſſeſſorem faciat hominem proprium, & adſcriptitium? Idem reſpondemus, quòd curriculum 30. vel 40. annorum ad præſcriptionem hujus qualitatis ſufficiens ſit, ut in præcedentibus ad *art. 7.* deduximus.

6 Si autem quæras quartò, quanto tempore ſervus ſive homo proprius libertatem præſcribat? Ad hoc reſpondet articulus noſter, ſpatio triginta annorum opus eſſe, quamvìs *textus in l. mala fide. 1. C. de præſc. longi temp. quæ pro libert. eſt*, videatur tantùm decem vel viginti annos cum bona fide requirere. Duo tamen, ut diximus, neceſſaria ſunt, ut ſervus non ſit fugitivus, & in mala fide conſtitutus, & dominus ſciverit, ubi lateat, ſive habitet, nihilominùs autem eum avocare neglexerit.

7 Quid ſi autem quintò Dominus ſervum, ſeu hominem proprium, de cujus ſtatu nulla controverſia eſt, vendiderit, is verò alienus fuerit? Tunc emptor eum præſcribit cum titulo ordinaria præſcriptione 5. annorum inter præſentes, & 10. inter abſentes, ut ſuo loco dicemus.

8 Si autem pro ſexto ſtatus controverſus eſt, tunc in judicio liberali ſervus, ſive homo proprius conſtituendus eſt in quaſi poſſeſſione libertatis, donec ſuper ſtatu ipſius definitivè pronuntietur. *l. 14. C. de liberali causa.*

9 Ultimò demum, & ſeptimò. Si quæ civitas, ſeu alius locus privilegiatus eſt, ut ſervus vel homo proprius ibi certo tempore habitans efficiatur liber, ut ſupra de Vienna diximus, debet imprimis inquiri, an privilegium conceptum ſit in merum odium domini ſervum ſuum non perſequentis, ita ut ſervus liber fiat, tametſi ſe furto, & dolo malo ſubduxerit, quo caſu utique ceſſat præſcriptio 30. annorum, & Dominus ſibi imputare debet, quare non ſervum ſuum, vel hominem proprium citiùs indagaverit: Si autem privilegium hujus tenoris non eſt, certè ſervus fugitivus doloſus, & malitioſè latitans tali privilegio dignus non eſt. Et hìc habes benevole lector in compendio, quæ pluribus deduci poſſent, *Vid. tamen Herm. Stam. lib. 3. cap. 32. n. 6. de proprijs hominibus.*

10 Præter hos modos in jure noſtro ſtatutario comprehenſos, adhuc alij ſunt, quibus ſervi ſive homines proprij libertatem conſequuntur, & quidem ſequentes. Decimò ſævitia, & inclementia domini, *And. Gail. lib. 1. obſ. 17. Mynſing. obſ. 8. cent. 5.* caſum habemus *in l. unica §. ſed ſcimus C. de lat. lib.*

lib. tol. si dominus servum gravi morbo correptum à domo sua publicè ejecerit, vel eum aliàs dereliquerit, aut ancillam suam sub hac conditione alienatam, ne prostituatur, dominus neglectâ conditione publicè prostituerit, nam talis dominus jus suum, quod habet in servum, aut proprium hominem, amittit, & servus liber efficitur. Quamvìs alij requirant, quòd dominus, qui servum enormiter cruciat, antequàm privetur jure suo, priùs à judice debeat esse monitus, ut homines suos mitiùs tractet, cum comminatione annexa, si secus fecerit, ipsum jure suo privandum esse. Quamvìs 11
textus in d. l. unica §. sed scimus C. de lat. lib. tol. de admonitione nihil dicat, sed potiùs contrarium, quòd servus à domo ejectus, & tam malè habitus illicò fiat civis Romanus, & maneat segregatus à domino suo, & ejus substantiâ, Vid. tamen *Herm. Stam. de Servit. person. lib. 3. cap. 34. per totum.*

Undecimò, *in tit. C. quibus ex causis servi pro præmio libertatem accipiant*, quatuor recensentur. Prima, si necem domini sui detexerit, & ad 12
eam ulciscendam incorruptas probationes attulerit, *l. quoniam 1. ibidem*, & *l. qui ob necem 5. ff. qui sui mun. ad liber. perven.* Secunda, si falsæ monetæ reos detulerit, quo casu dominus à fisco pretium servi ad libertatem pervenientis accipit, *l. servi C. eodem.* Tertia, si virginis raptum alijs dissimulantibus aperuerit, *l. si quis. 4. C. eodem.* Quarta, si desertorem militiæ prodiderit, *l. si desertorem. 4. C. eodem*, & *l. 1. C. de desertoribus. lib. 12.* Denique additur quinta causa, *in l. æris alieni 39. ff. ad legem falcidiam*, si servus conjurationem reorum detexerit.

Duodecimò, liberantur homines proprij, & servi à dominica potestate, si dominus fuerit excomunicatus, vel bannitus, *Husan. de proprijs hominibus cap. 8. n. 22. Stam. lib. 3. cap. 37. n. 3. Gail. de pace publica lib. 2. cap. 15.*

Der Ailffte Articul.

Hette ein Herr das Recht von alter hergebracht / daß er auff Absterben seiner leibaignen Leuth einen Todtfall / bey dessen hinderlaßnen Güetern / suechen mag / soll er solchen ersuechen vnd erfordern / ehe fünff Jahr nach deß Leibaignen Todt verflossen seynd / dann hernach mag er diser verstorbnen Persohn halben nichts mehr begehrn / doch werden die Kinder / wann sie sonst leibaigen gewesen / hiedurch nit frey / sie haben dann durch die obgesetzte Verjährungen / oder in ander weg / die Freyheit erlangt.

SUMMARIA.

1. *Intra quale tempus mortuariorum exactio fieri debeat?*
2. *An hic terminus locum habeat, sive quis in statu libertatis, sive in statu, & conditione servili mortuus fuerit?*
3. *An omissa exactio mortuarij eximat liberos à servili statu?*
4. *Quid si verò aliquis tempore mortis pro libero habitus fuerit?*
5. *Quid ad hoc requiratur, ut libertas per quinquennium præscribatur?*
6. *Casus proponitur de proprijs hominibus mixtis cum multis circumstantijs.*
7. *Ex quibus deducitur, quòd ejusmodi homines partim personaliter, & partim realiter servilis conditionis, & status sint?*

AD articulum quartum diximus, quòd mortuaria, die Todt-Fäll / à 1
defunctis servis, & hominibus proprijs juxta antiquam observantiam, & consuetudinem exigi possint, nunc in hoc articulo statuitur, ut hæc exactio

xactio mortuariorum fieri debeat intra quinquennium à die mortis computandum, adeò, ut ſi id omiſſum fuerit per lapſum quinquennij, exactioni præſcriptum ſit: Convenit hæc diſpoſitio aliquo modo cum *tit. Cod. & ff. ne de ſtatu defunctorum poſt quinquennium quæratur.* Si enim poſt quinquennium de ipſo ſtatu hominis, an fuerit liber, & ingenuus, vel ſervus aut homo proprius, quæri non poteſt, multò minùs quæri debet de mortuario non ſoluto, quamvìs inter utrúmque magna differentia ſit, cùm quæſtio de mortuario præſupponat, defunctum ſervum vel hominem proprium fuiſſe, quæſtio autem de ſtatu hominis præſupponat, defunctum in ſtatu libertatis, & ingenuitatis vixiſſe tempore mortis, & integrum quinquennium effluxiſ-
2 ſe, antequàm de ſtatu ejus controverſia oriretur. In utróque autem caſu, ſive præſupponas, hominem mortuum eſſe in ſtatu libertatis vel in ſtatu ſervili, mortuarium poſt quinquennium peti non poteſt: In primo caſu, quia homo mortuus, & pro ingenuo liberóque habitus ampliùs de ſtatu inquietari non debet, & proindè exactio mortuarij ceſſat, in ſecundo caſu exactioni mortuarij per quinquennium præſcriptum eſt, ídque in favorem libertatis, & odium ejuſmodi onerum ſervilium, cùm dominus ſibi imputare debeat, quòd ſibi & juribus ſuis non citiùs vigilaverit.

3 Addit articulus, quòd in hoc ſecundo caſu, quando conſtat, defunctum fuiſſe ſervum vel hominem proprium, omiſſa exactio mortuarij per quinquennium ejus liberos à ſervili ſtatu non eximat: Ratio per ſe clara eſt, quia tantùm præſcriptum eſt exactioni mortuarij, & non libertati.

4 Aliud eſt, ſi quis tempore mortis pro libero, & ingenuo habitus, & per integrum quinquennium poſt ejus mortem nulla quæſtio de ſtatu ejus mota fuit, tunc enim etiam liberi in quaſi poſſeſſione libertatis conſtituuntur, & opinio de Patre prodeſt etiam filijs, per textum expreſſum *in l. ſi is. 2. Cod. h. T. Perez. ad hunc Tit. n. 3.* Et ita intelligendus eſt articulus iſte, ut, licèt mortuarium à ſervo vel homine proprio defuncto per quinquennium non fuerit exactum, nihilominùs liberi ejus ſervilis conditionis maneant, niſi vel per præſcriptionem 30. annorum, vel alio ex ſupra dictis modis in libertatem ſe vindicaverint. Imò, *Ant. Faber. Cod. eodem defin. 1.* hujus opinionis eſt, quòd præſcriptio quinquennalis, quæ competit pro defuncti hominis libertate, ſolùm locum habeat, quando res agitur de ſucceſſione defuncti, liberis autem aut agnatis hanc quinquennalem præſcriptionem nihil prodeſſe, cùm non quæratur de ſtatu defuncti, ſed de ſtatu viventium, tametſi in conſequentiam hæc quæſtio etiam defunctum tangat: Quod an verum ſit, nos valdè ſubſiſtimus, & verba hujus noſtri articuli, doch werden die Kinder / wann ſie ſonſt leibaigen geweſen / hierdurch nit frey / ꝛc. intelligimus tantùm de neglecta quinquennali exactione mortuarij, & non de neglecta querela ſive quæſtione ſtatûs. Illud autem, quod
5 *Faber. loc. cit. n. 6.* addit, regulam, quòd poſt quinquennium de ſtatu defuncti quæri non poſſit, de illò tantùm accipiendam eſſe, qui vivus fuit in quaſi poſſeſſione libertatis, geſsitque ſe pro libero, veriſſimum judicamus, qui enim mutavit domicilium doloſè, & malitioſè, ſui ipſius furtum facit, fur autem, ſicut aliarum rerum poſſeſſionem domino intervertere non poteſt, ita nec poſſeſſionem ſui ipſius, *l. rem quæ nobis. 15. in fine ff. de acquirenda poſſeſſ.* ut igitur quis dici poſſit in quaſi poſſeſſione libertatis fuiſſe conſtitutus, ad effectum, ut poſt quinquennium à morte elapſum ampliùs de ſtatu ejus quæri non poſſit, debet aliquid interveniſſe, quod præſcriptioni initium dare potuit, V. G. denegando domino præſtationem ſervilium onerum, quæ ab alijs hujus conditionis hominibus præſtari ſolent. Quoniam talis contradictio intervertit domino poſſeſſionem ſuam, *l. ſi id, quod. 25. §. quòd autem ff. de acquir. poſſ.* uno verbo in qualibet præſcriptione dandum eſt aliquod initium, quo intervertatur alteri ſua poſſeſſio, ſicut igitur

id

id ipsum in legitima præscriptione 30. annorum, de qua diximus in art. 10. necessarium est, quòd scilicet servus se existimaverit hominem liberum esse, & propterea domino 30. annorum spatio nullas serviles præstationes solverit, aut opera servilia non fecerit, ita etiam in hac præscriptione quinquennali, per quam excluditur quæstio de statu defuncti, necesse est, ut defunctus se, dum viveret, pro libero gesserit, & domino consueta opera servilia, & servitia denegaverit. Et hic est casus, quo ad præscribendam libertatem 30. annis opus non est, scilicet, si is, qui fuit in conditione præscribendi, antequam illam legitimè absolveret, mortuus fuerit, & dominus per quinquennium post obitum ejus quæstionem statûs non moverit.

Pro conclusione hujus tituli ad confirmandam nostram opinionem, 6
quòd non solùm duplex genus propriorum hominum sit, id est, qui personaliter tales sunt, & qui ex possessione boni tales fiunt realiter, sed etiam tertium, id est mixtorum, annectamus jura propriorum hominum, qui granario Serenissimi Electoris Aichensi subjecti sunt. Illi enim, ut antiquissimis documentis, & testibus probatum est, 1. Singulis annis solent præstare recognitionem quandam personalem, sive, ut vocant, numum corporalem: ainen Leib-Pfenning / 2. Post mortem illorum granario pro mortuario cedit 20. pars de tota substantia defuncti in mobilibus, & immobilibus consistente. 3. Quoties ejusmodi homo ex districtu illo emigrat, & domicilium suum aliò transfert, debet priùs cum officiali convenire de pretio redemptionis, tametsi nulla bona in districtu illo possideat. 4. Si quis ex istis hominibus proprijs semel libertatem pretio redemptionis soluto consecutus est, tametsi postea revertatur ad illum districtum, & ibi de novo domicilium suum constituat, non revertitur tamen in antiquam servitutem, sed liber pemanet. 5. Si quis dominus extraneus hominem proprium habeat, qui in hoc districtu domicilium figat, remanet prioris sui domini homo proprius, & ratione domicilij novam servitutem non contrahit, per rationem, quia duo non possunt esse ejusdem rei in solidum domini. Econtra 6. Si extraneus homo liber in hoc districtu domicilium suum ponat, efficitur servus, & homo proprius; Et debet singulis annis consuetum nummum corporalem solvere, ac reliqua onera servilia supportare, nec potest iterùm secedere ab inhabitatione sua, nisi cum granario de redemptionis pretio conveniat. 7. Si homines hujus districtus in alio loco liberos suscipiant, illi habentur pro ingenuis, tametsi, quod pro 8. Magìs mirabile est, ex muliere procreati sint, quæ est ad granarium conditione servili adstricta, & ab eadem redemptione nondum liberata. 9. Etiam liberi in ipso districtu ex ejusmodi hominibus proprijs nati tamdiu non habentur pro hominibus proprijs sive ligijs, quamdiu non in illo districtu habitationem, & domicilium constituunt, & proinde nec annuam recognitionem personalem præstant, nec, si migrare, & alibi habitare velint, se redimere, aut, si ibi moriantur, mortuarium solvere debent. Censuit igitur Senatus Auli- 7
cus, hoc esse mixtum genus propriorum hominũ, qui partim personaliter, partim realiter tales sint, & servilem conditionem suam magìs ex inhabitatione loci, quàm ex possessione fundorum contrahant.

Deß V. Tituls

Von Vormundern oder Gerhaben / Versorgern vnd Treüstragern.

Erster Articul.

Wo der Vatter in seinem Leben seinen Kindern / in Krafft eines Testaments / oder letzten Willens / Gerhaben oder Vormunder geordnet hat / alsdann sollen dieselben Gerhaben oder Vormunder / zu solcher Gerhab- vnnd Vormundschafft ohn Irrung gelassen werden. Wo aber der Vatter den Kindern nit Vormunder setzt / so soll die Obrigkeit die nechsten Freund von Vatter vnnd Mutter / die darzu geschickt seyn / verordnen / deren kainer solche Vormundschafft anzunemmen sich entschuldigen mag / er hab dann fünff / oder mehr Eheliche Kinder / oder sey darvor mit schweren Vormundschafften beladen / oder er habe andere Ursachen / in gemainen Rechten außgetruckt / derenthalben er davon billich entladen werden mög. Wo aber vnter der Freundschafft nit taugliche Persohnen gefunden / oder den Pfleg-Kindern beschwerlich vnnd schädlich vermerckt wurden / oder auch da sie je so weit von den Pfleg-Kindern vnd jhren Güetern entsessen / daß sie schwerlich / vnd ohne der Kinder mercklichen Unkosten der Vormundschafft / der Gebühr nach / nit köndten abwarten / in solchem Fall / da auch die Kinder kein Mutter / so die Vormundschafft verwaltete / hetten / sollen jhnen andere nutzliche vnd taugliche Vormunder gegeben / vnd also die Kinder desto baß vor Schaden vnnd Verderben verhütet werden.

SUMMARIA.

1. *Ratio connexionis.*
2. *Quotuplex sit tutela de jure communi?*
3. *Quotuplex de jure nostro Bavarico?*
4. *Quod sit primum, & potissimum genus tutelæ?*
5. *An etiam mater possit tutores in testamento constituere?*
6. *Quid si pater in vivis tutores constituerit?*
7. *Quid si in codicillis, vel alia non solenni voluntate constituerit?*
8. *An tutor à patre extra ultimam voluntatem datus confirmatione indigeat?*
9. *Quid si pater aliquem solummodò precatus fuerit in vivis, ut liberorum suorum tutor esset?*
10. *An pater etiam filijs emancipatis in testamento tutores dare possit?*
11. *An filijs tutores dari possint in ultima voluntate invalida?*
12. *Quid matri circa tutelam permissum sit in defectum paternæ provisionis?*
13. *An tutores à matre dati confirmandi sint?*
14. *Quid si illos simul in testamento hæredes instituerit?*
15. *An debeat ultra legitimam instituere?*
16. *An pater filio exhæredato tutorem dare possit?*
17. *An filio exhæreditato pupillariter substituere possit?*
18. *An sub nomine patris etiam avus paternus contineatur?*

19. *Quid*

19. Quid si nepotes post mortem avi cadant in potestatem patris?
20. In quibus casibus ergò avus rectè nepotibus de tutoribus provideat?
21. An etiam sub nomine matris intelligatur avus, & avia materna?
22. An sub nomine liberorum, & nepotum etiam contineantur nascituri?
23. An datio tutelæ debeat per codicillum semper in testamento confirmari?
24. Quid de jure nostro Bavarico?
25. Quæ sit differentia, si tutor in codicillis datus, fuerit in testamento patris iterum confirmatus, vel non fuerit confirmatus?
26. An etiam curatores in testamento, & codicillis dari possint?
27. Saltem de jure nostro statutario?
28. Quid si curatores ab intestato dati fuerint?
29. An necessarium sit, ut pater in testamento plures tutores constituat, quàm unum?
30. Qui sint tutores legitimi?
31. An omnes æqualis gradûs propingui esse debeant tutores?
32. Quid si soli illi administrent, qui à reliquis propinquis in tutores electi sint?
33. An etiam in jure nostro Bavarico omnes propinqui pro administrantibus obligentur?
34. Quæ sit tutela dativa?
35. An, si mater filio hæredi scripto tutorem dederit, ille tutor dativus sit?
36. An etiam tutores dari possint consanguinei lineæ maternæ?
37. An simpliciter consanguinei in constituenda tutela præferendi sint?
38. An à magistratu denominati præcisè tutores esse debeant?
39. Tametsi spem futuræ successionis remittant?
40. Quid si legitimas habeant excusationes?
41. Quæ sit prima excusatio?
42. Quot liberi excusent à suscipienda tutela, & quare?
43. An etiam liberi defuncti à tutela excusent?
44. An adoptivi, & spurij?
45. An etiam nepotes, & qui?
46. An nepotes prosint in capita, vel in stirpes? *NB.*
47. An etiam posthumi prosint?
48. Quæ sit secunda causa excusationis à suscipienda tutela?
49. Quare numerus tutelarum excusationem præstet?
50. An tutelarum numerus desumatur à personis pupillorum, vel patrimoniorum?

A duobus præcedentibus titulis de ijs, qui alieni juris sunt, nempè de filijs, 1
& servis, patriæ & dominicæ potestati subjectis, statuta nostra Bavarica transitum faciunt ad pupillos, & minorennes, qui tutorum, & curatorum potestati subjiciuntur. De jure communi tutela triplex est, testamen- 2
taria scilicet, legitima, & dativa: De jure nostro statutario tutela legitima expuncta est, & duo tantùm modi sunt constituendi tutores, per testamentum, vel ultimam voluntatem patris, & per ordinarium Magistratum: Ita disponitur non tantùm in Ordin. Bavarica de Anno 1553. *lib. 3. art. 1.* & in reformatione de Anno 1588. *tit. 51. art. 1.* sed etiam articulus noster 3
id confirmat, quæ est notabilis differentia inter jus commune, & jus no- *Diff.*
strum statutarium tollens omnem disputationem antiquitus de legitima tutela oriri solitam.

Prima igitur secundùm articulum nostrum de testamentaria tutela hæc 4
dispositio est, ut, si Pater in vita sua liberis suis virtute testamenti vel ultimæ voluntatis tutores constituerit, illi sine impedimento ad tutelam admitti debeant: quæ est prima pars hujus articuli, ex qua sequentia deducuntur.

Primò, quòd articulus tantùm loquatur de Patre, ex quo sequitur, matri 5
constituendi tutores jus per testamentum non competere, ratio diversitatis est, quia Pater magìs præsumitur liberis suis consulere, quàm mater, cujus judicium firmum non est, & propter sexûs fragilitatem, & imbecilitatem

multis

multis erroribus obnoxium. Deinde teſtamentariæ tutelæ datio effectus eſt patriæ poteſtatis, quam mulier non habet.

6 Sequitur ſecundò, quòd Pater conſtitutionem tutorum vel curatorum facere debeat per vim ultimæ voluntatis, nam, ſi in vivis, & ab inteſtato liberis ſuis de tutoribus vel curatoribus providet, ij teſtamentarij dici non poſſunt, *Schneidew. ad* §. *permiſſum n. 7. inſt. de tutelis.*

7 Sequitur tertiò, tametſi Pater nullum ſolenne teſtamentum fecerit, ſed tantùm codicillum, vel aliam ultimam voluntatem, quòd nihilominùs conſtitutio tutelæ vel curatelæ omninò valida ſit, & teſtamentaria dici debeat, per verba: In Krafft eines Teſtaments oder letzten Willens. Ratio eſt, quia jure noviſſimo in codicillis factæ diſpoſitiones extra hæredis inſtitutionem validæ ſunt, ergò etiam diſpoſitio de tutoribus vel curatoribus. vid. tamen ſeq. 10.

8 Sed quid ſi quartò, Pater extra teſtamentum aut ultimam voluntatem liberis ſuis tutores conſtituerit, annè talis diſpoſitio ſubſiſtet? Et quamvìs articulus de hoc nihil diſponat, nihilominùs dicendum eſt, quòd talis tutor illegitimè datus à judice ſine inquiſitione aliqua confirmari debeat. Diximus, ſine inquiſitione, quæ alias requiritur, ſi tutorem dederit, qui jus dandi tutorem non habet, quoniam Patris affectus inquiſitionem ſupplet, *l. ſi filio ff. de confir. tut.*

9 Hinc ſequitur quintò, ſi Pater extra teſtamentum, & ultimam voluntatem propriè tutores non conſtituerit, ſed tantùm illos, de quibus confidentiam habebat, precatus fuerit, ut curam liberorum ſuorum habeant, quòd illi tutores eſſe poſſint, & ſine inquiſitione, an apti vel habiles ſint, à judice confirmari debeant, *Gutierez de tutelis, & curis, parte 1. cap. 3. num. 17.*

10 Et hoc in tantum verum eſt, ut, licèt tutoris conſtitutio effectus ſit Patriæ poteſtatis, & proinde teſtamentaria tutela emancipatos non comprehendat, quòd tamen tutor etiam emancipatis, vel aliàs à Patria poteſtate liberatis filijs vel filiabus à Patre datus, ſine inquiſitione confirmandus ſit, imò, ſi ſupponas, emancipatis, & à Patria poteſtate liberatis etiam in teſta-
11 mento vel codicillis invalidis, & illegitimis conſtitutionem tutorum factam eſſe, à judice tamen confirmari poſſint, quoniam Patrius amor, & affectus dubitare non ſinit, quin Pater in omni caſu, ſive liberi ſint in ſua poteſtate, ſive extra poteſtatem, ſive diſpoſuerit in ultima voluntate validè vel invalidè, legitimè vel illegitimè, optimè providerit, ut proinde judex talem proviſionem ſine exacta inquiſitione ratihabere poſſit, niſi fortè talis cauſa intervenerit, ob quam judex prudenter judicare poſſit, Patrem à ſua diſpoſitione receſſurum fuiſſe, ſi illi ſuo tempore cognita fuiſſet.

12 Sequitur ſextò, quòd, ſi Pater nullam teſtamentariam conſtitutionem tutelæ pro liberis ſuis in teſtamento aut codicillis fecerit, nec voluntatem ſuam ab inteſtato declaraverit, quòd tunc matri hoc tribuendum ſit, ut in defectu proviſionis à Patre factæ liberis ſuis tutores aſſignare, & denominare poſſit. Diximus, in defectum Paternæ proviſionis, quia ceſſare debet proviſio matris, quando apparet diſpoſitio Patris, cùm habenti tutorem tutor dari non poſſit, §. *interdum Inſt. de curatoribus*: In hoc tamen inter Patrem, & matrem quoad conſtitutionem tutelæ in teſtamento vel ultima voluntate factam differentia eſt, quòd tutores à Patre dati citra inquiſitionem confirmandi ſint, ut ſupra jam diximus, *l. ſi filio, l. qui à Patre ff. de confir. tutor.* §. *ult. Inſt. de tutelis. l. Pater in fine ff. de teſtamentaria tu-*
13 *tela.* Tutores autem à matre dati confirmandi ſunt cum cauſæ cognitione, an ſcilicet habiles, & idonei ſint, ſufficientes facultates pro ſecuritate pupillorum, probitatem morum, & ſimilia requiſita habeant, *l. Pater ff. de teſtam. tutela l. 1. C. de confir. tutorum*, per rationem ſupra allatam, quòd mu-

mulieris judicium paternô infirmius sit, & proinde causæ cognitione indigeat.

Ad hoc autem, ut tutores à matre liberis dati confirmatione non indigeant, requiritur, ut illos in testamento hæredes instituerit, *l. Pater, 4. in princ. ff. de testam. tutel. & l. mater. C. eodem.* 14

An autem necesse sit, ut mater filium, cui tutorem in testamento scripsit, ultra legitimam pro hærede instituat, vel sufficiat, si eum in sola legitima instituerit. Vid. *Gutierez. part. 1. de tutel. & cur. Cap. 4. n. 6. & seqq.* Et quidem in utroque casu constitutio tutorum matri permissa est, sed, si filium tantùm in legitima hæredem scripsit, confirmatio fieri debet cum causæ cognitione, si autem ultra legitimam hæredem fecit, tam exacta, & scrupulosa causæ cognitio fieri non debet, *Balth. Tit. 5. Resol. 1. n. 7.* Secùs est in patre, qui etiam filio exhæredato tutorem dare potest, *l. Pater hæredi. 4. in princ. ff. de testam. tutel.* sicut etiam potest substituere filio suo exhæredato: Textus est in §. *Non solùm. Inst. de pupill. substit.* Et hæc est singularis prærogativa patris, qui filium habet in potestate sua. 15 16 17

Deinde septimò, sub nomine patris intelligitur etiam avus, qui nepotibus suis in sua potestate constitutis in testamento suo tutores dare potest, idque ratione patriæ potestatis, cujus effectus est, testamentariæ tutelæ datio, quæ avo non minùs in nepotes competit, quàm in liberos primi gradus, ut supra de potestate patria diximus: quia pater, cùm ipse in potestate sit, nepotes, id est, liberos suos, in potestate habere non potest. Id tamen singulariter notandum, quòd avus nepotibus tutores in testamento dare non possit, qui post mortem suam recasuri sunt in potestatem patris sui. *l. 1. ff. de testam. tutel. l. f. in princ. Cod. de curat. furios.* Ratio videtur esse, ne patri jus suum providendi liberis post mortem avi intervertatur: Tutorem námque habenti tutor ampliùs dari non potest; ergò, si præsupponamus, tutoris dationem ab avo factam validam esse, patri tollitur effectus patriæ potestatis in liberos post mortem avi in suam potestatem recasuros. 18 19

Ex quo deducitur, si avus nepotibus testamentô tutores dare velit, quòd pater illorum præsupponi debeat mortuus esse, vel emancipatus, nam, si mortuus est, filij post mortem avi, qui patrem supervixit, in patris potestatem recidere non possunt, si autem pater emancipatus fuit, ut supra ad *Art. 2. Tit. 3.* Vers: *Sed ponamus.* probavimus, nepotes post emancipationem patris manent in potestate avi: &, quia post mortem avi non recidunt in potestatem patris jam priùs emancipati, ideò ab avo illis rectè tutores scribuntur. Idem dicendum esse putamus, si pater per matrimoniũ, & separationem ab avo sui juris effectus fuit, quia nepotes similiter manent in potestate avi, & post ejus mortem in potestatem patris nullo modo recidunt, ergò in hoc quoque casu avus illis benè tutores constituit. Aliud est dicendum, si pater ab avi potestate per dignitatem liberatus fuit, nam, quia per dignitatem omnia Patria jura in filios suos adipiscitur, ut supra demonstravimus, avo constitutio testamentariæ tutelæ præcisa est. Similiter, si pater ob delictum fuit deportatus, avi provisio pro tutela nepotum valida est, cùm nepotes sub ejus potestate remanserint; Sed, si ponas, patrem in integrum restitutum esse, distinguendum est, an restitutio facta fuerit vivente adhuc avo, & tunc pater revertitur in potestatem avi, cùm restitutio omnia in antiquum statum reponat, & proinde testamentaria tutela avi nepotibus non prodest, cùm recasuri sint post mortem avi in patris sui veniam impetrantis potestatem, ut diximus ad eundem *Artic. 2.* Vers: *Sed quid si pater.* Si autem avus ante restitutionem patris mortuus fuit, cùm nepotes in patris sui deportati potestatem cadere non potuerint, liberi efficiuntur, & consequenter avi sui testamentaria tutela tenet. 20

21 Ulterius octavò, sub nomine matris intelligitur etiam avus, & avia materna, qui, cùm in nepotes ex linea fœminea nihil juris, aut potestatis habeant, iisdem etiam tutores dare non possunt, &, si fortè in defectu patris, & avi paterni, vel in defectu matris nepotibus tutores designaverint, ij in testamento hæredes scribi, & cum causæ cognitione, prout de matre diximus, confirmari debent. *Gutierez. loc. cit. cap. 5. n. 11.* quæ causæ cognitio sive inquisitio de qualitate, & habilitate tutorum in avi paterni testamento, sicut in testamento ipsius patris remissa est.

22 Intelliguntur nonò, sub nomine liberorum, & nepotum tam nati, quàm nascituri. *l. qui filiabus. ff. de testam. tutel.* quoniam vi patriæ potestatis etiam posthumo tutor dari potest.

23 Sed, cùm 10. DD. requirant, si tutores à parente in codicillo dati sint, quòd codicillus in testamento paterno debeat esse confirmatus, quæritur, an hoc ipsum de jure nostro statutario necessarium sit? Et Respondemus, si per codicillum intelligatur ultima patris voluntas coram quinque testibus declarata, quòd tutoris datio in illo facta omninò subsistat, cùm pater ad hunc effectum, ut filio tutorem constituat, necesse non habeat, ipsum hæredem instituere, ut de matre diximus. Si autem codicillum accipias pro scriptura inter vivos relicta, jam supra diximus, quòd tutela, in tali scriptura confirmata, testamentaria dici non possit, nihilominùs tamen tutores à patre denominati sine inquisitione confirmari possunt.

Instabis, cùm codicillus etiam coram quinque testibus erectus vim testamenti non habeat, quòd tutela in eo constituta testamentaria dici non possit. Respondemus, quòd tamen sit instar testamentariæ tutelæ, cùm articulus noster dationem tutoris non in solenni testamento, sed in qualibet ultima voluntate factam pro legitima agnoscat.

24 *Diff.* Ex hac decima declaratione sequitur 11. notabilis iterum differentia inter jus commune, & jus nostrum statutarium, cùm enim de jure communi, ut diximus, in codicillis tutor testamentarius dari non possit, nisi codicilli in testamento fuerint confirmati, èccontra articulus noster pro testamentaria tutela quamlibet ultimam voluntatem sufficientem agnoscat, hinc scrupulosam illam codicillorum differentiam, de qua modò diximus, sublatam esse cognoscimus.

25 Si quæras, quam utilitatem hæc differentia post se trahat? Paucis dicemus, de jure communi, tutorem in codicillis testamentô non confirmatis datum, indigere judicis, sive magistratus ordinarij confirmatione, quia necesse fuit, ut hæreditas adeatur ex testamento perfecto. Aliud est de jure nostro statutario, quod pro constitutione tutelæ testamentariæ nec testamentum perfectum, nec hæreditatis aditionem requirit, sed solius, & quidem cujuscúnque ultimæ voluntatis dispositionem admittit, proinde tutores, in ultima quacúnque voluntate à patre constituti secundùm verba articuli nostri, debent ad tutelam sine impedimento admitti. Alsdann sollen dieselbe Gerhaber / oder Vormunder zu solcher Gerhab- und Vormundschafft ohne Irrung gelassen werden. Quasi Art: dicat, talem tutelæ constitutionem confirmatione non indigere: Incipit igitur obligatio tutoris ex jure nostro statutario per codicillum extra testamentum constituti statim à die defuncti, cùm tamen de jure cumuni primùm incipiat à die factæ confirmationis in testamento.

26 Quæri potest 12. an nostra constitutio Bavarica in hoc articulo contenta etiam extendi possit ad curatores? Ratio dubitandi est, quia in *l. tutelæ actione. 7. Cod. de legit. tutel.* expresè dicitur, curatorem in testamento dari inutiliter, non ambigitur, cùm lex duodecim tabularum tantùm impuberibus per testamentariam tutelam, non adultis prospicere voluerit, ut inquit *Cujac. lib. 7. observ. cap. 6.* Sed Respondemus, non obstantibus juribus

ribus modò allegatis de jure noſtro ſtatutario conſtitutionem curatoris non minùs, quàm tutoris in teſtamento perfecto, & completo, ac qualibet ultima voluntate valida à patre ita fieri poſſe, ut confirmatione judicis, vel ordinarij magiſtratus non indigeat. Confirmat hoc Rubrica hujus tituli, quæ non loquitur tantùm de tutoribus, in verbis: Von Vormunderen / oder Gerhaberen / ſed etiam de curatoribus, von den Versorgeren / vnnd Treüstrageren.

Oppones, tametſi Rubrum, ſive inſcriptio tituli loquatur de utriſque, tam tutoribus, quàm curatoribus, quòd tamen totus contextus *Artic. 1.* comprehendat ſolos tutores, die Vormunder / vnnd Gerhaber / prout etiam nos in exſplicatione illius de ſolis tutoribus mentionem fecimus, quod utique manifeſtum ſignum eſt, in conſtituendis curatoribus aliud juris eſſe. Sed Reſpondemus, nobis certiſſimum videri, patri non minus jus eſſe, in teſtamento ſuo, vel qualibet ultima voluntate conſtituendi curatores, quàm tutores. Rationes noſtræ ſunt. 1. Quia ſic ubique practicatur, ut parentes æquè minorennibus liberis ſuis curatores, ac impuberibus tutores conſtituant: Imò curatores ſæpiùs, cùm parentes rariùs moriantur relictis liberis impuberibus, quàm minorennibus. 2. Quia in pleriſque pactis dotalibus uxori ſuperviventi ſtipulatio, & conventio fit, non tantùm de impuberum tutela, ſed etiam de minorennium curatela adminiſtranda, ubi nunquam magiſtratûs confirmatio requiritur; Quod autem fieri poteſt per pactum, id multò magìs pater facere poteſt per teſtamentum, vel ultimam voluntatem, utpote in cujus paterna pietate leges plurimùm confidunt. 3. Licèt de jure comuni extra teſtamentum tutor in codicillo, vel alia ultima voluntate à patre dari non poſſit, tamen dari poteſt de jure noſtro ſtatutario. Ex quo apparet, Legiſlatoris noſtri intentionem non fuiſſe, tam ſtrictè inhærendi juris communis apicibus ex legibus XII. tabularum ortum ſuum habentibus. 4. Præcipua cauſa fuit, quòd teſtamentô curator dari non potuerit, quia curator non datur invitis, ſed petentibus. §. *Item. Inſt. de curat.* atqui ſecundùm *Artic. 5.* minoribus etiam invitis curatores obtruduntur, ergò ceſſante ratione, debet etiam ceſſare juris antiqui diſpoſitio. 5. Tutor à patre in teſtamento datus tenetur etiam finitâ tutelâ eſſe curator, juxta *cit. Art. 5.* nec indiget confirmatione, quia ipſo jure tutela in curatelam tranſit, ut ibidem dicemus, ergò nec illi curatores indigebunt, qui ſpecialiter à patre filijs minorennibus curatores dati ſunt. Cur enim expreſſa voluntas non ejuſdem virtutis, & efficaciæ ſit, quàm tacita? Scilicet cùm pater conſtituendo tutores ipſo jure cenſeatur illos etiam voluiſſe habere curatores. Quare rationibus iſtis benè examinatis duplicem differentiam hac in parte inter jus commune, & ſtatutarium noſtrum conſtituimus. Prima eſt, quòd jure noſtro Patrio tutor etiam in codicillo, vel alia ultima voluntate extra teſtamentum rectè detur. Et ſecunda, quòd curator in ipſo teſtamento, ſi filij jam ſint minorennes, à patre dari poſſit. Et horum omnium ratio eſt, quia paterna proviſio erga liberos ſuos ſive pupilli, ſive minorennes ſint, ſemper cenſetur æqualis, nec jura noſtra ad ejuſmodi ſcrupuloſas obſervationes, an proviſio patris in codicillo extra teſtamentum confecto, vel in ipſo teſtamento confirmato pro impuberibus vel minoribus facta ſit, ullum reſpectum habent. Non enim ſolennitas, ſed voluntas hac in re inſpicienda eſt.

Dices, nos etiam approbâſſe patris voluntatem ab inteſtato, vel etiam in teſtamento, codicillo, aut alia qualibet ultima voluntate invalida, & illegali relictam. Reſpondemus, id verum eſſe, ſed hoc ipsò, quia talis voluntas de jure non ſuſtinetur, appoſuimus, confirmationem magiſtratûs neceſſariam eſſe, quamvìs ſcrupuloſa inquiſitione, vel cognitione cauſæ non indigeat, cùm ſemper voluntati patris, quantumvìs imperfectæ, mo-

dò de illa conſtet, ſtandum ſit: Interim manet differentia, quòd periculum adminiſtrationis de jure noſtro ſtatutario tutori in codicillo coram quinque teſtibus erecto incumbat ſtatim à die notitiæ, in reliquis verò diſpoſitionibus paternis imperfectis primùm à die tutelæ confirmatæ.

29 Quæres 13. cùm articulus noſter in plurali loquatur, an neceſſarium ſit, ut pater in teſtamento ſuo plures, quàm unum tutorem conſtituat? Et Reſpondemus, pupillis quidem proficuum eſſe, ut potiùs habeant duos, aut plures, quàm unum, ut ipſis magìs de aſſecuratione rerum ſuarum proſpectum ſit: Interim, cùm jura communia plures tutores non requirant, & id in articulo noſtro correctum non ſit, putamus, patris voluntati inhærendum eſſe, ſi unum tantùm denominaverit, quia fortè in illius perſona plus confidentiæ habuit, quàm in pluribus, cùm plerúmque infeliciùs expediantur, quæ pluribus committuntur: Hoc tamen verum eſt, ſi pater in teſtamento unum ſolum tutorem conſtituerit, poſtea verò in codicillis, vel aliâ ſcripturâ quâcunque ſecundum, vel tertium addiderit, quòd omnes æqualiter tutores ſint, ita tamen, ut ille, qui extra ultimam voluntatem datus eſt, confirmetur à judice, & hoc modo dici non poteſt, quòd tutorem habenti ampliùs tutor dari non poſſit, quia hoc intelligitur tantùm de diverſo tutore, non de ijs, qui priori adjunguntur. §. *penult. Inſt. de curat.*

Et hæc de tutela teſtamentaria, quæ eſt prima ſpecies, & reliquis potior. Nunc agendum eſſet de tutela legitima, ſed, quia præmiſimus, illam in jure noſtro ſtatutario expunctam, & cum tutela dativa commixtam eſſe, tranſitum facimus ad tutelam dativam. Antequam autem id fiat.

30 Quæritur, quem effectum hæc differentia juris noſtri ſtatutarij à jure communi poſt ſe trahat? Et Reſpondemus, maximum. De jure enim communi in defectu teſtamentariæ tutelæ illi ipſo jure tutores ſunt, qui ſpem ſucceſſionis habent, adeò, ut in tutela legitima eadem forma obſervetur, quæ obſervatur in ſucceſſione bonorum, ut ſemper ij reliquis conſanguineis præferantur, qui propinquiores ſunt, non habita amplius ratione, ſive agnati, ſive cognati ſint, ſive ex linea paterna, ſive materna pupillis aut minorennibus conjuncti.

31 Et, ſi illorum plures concurrunt, qui ejuſdem, & æqualis gradus ſunt, debent apud judicem convenire, & unum vel duos eligere, qui communi nomine adminiſtrationē ſuſcipiant, quia plerúmque negligitur, quod plu-

32 ribus committitur. Tametſi igitur uni vel duobus magìs idoneo vel idoneis tutela commiſſa fuit, periculum tamen adminiſtrationis omnibus in eodem gradu exiſtentibus, & ſpem ſucceſſionis habentibus cōmune eſt, & omnium illorum ſubſtantia pupillis vel minorennibus pro adminiſtratione tacitè obligata eſt. Auth: *ſicut Cod. de legit. tutela. l. ſi plures. ff. eodem.* Quod

33 de jure noſtro ſtatutario, quo legitima tutela in dativam tranſit, immutatum eſt, non enim ipſi conſanguinei ex ſe unum vel alterum eligunt, qui communi nomine tutelam adminiſtrent, ſed ordinarius magiſtratus hunc vel illum, quem magìs habilem vel idoneum exiſtimat, eligit, & eis tutelam cōmittit, qui illam ſine dependentia à reliquis conſanguineis adminiſtrant: Rationes reddunt, & ſuo, non communi conſanguineorum periculo adminiſtrationem ſuſtinent, ut apud nos quotidianum eſt; Nunquam enim vidimus, quòd malè geſta tutorum vel curatorum etiam reliquis conſanguineis imputentur, qui cum adminiſtrantibus in pari gradu conſanguinitatis, & æquali ſpe ſucceſſionis conſtituti ſunt: Ratio eſt, quia hi tutores ampliùs legitimi non ſunt, ſed dativi, & quia à judice, non ab ipſis conſanguineis eliguntur, & conſtituuntur, periculum malæ electionis, ſi ipſi tutores ſolvendi non ſunt, non in conſanguineos, ſed in ipſum Magiſtratum, ſive judicem redundat, ut ſuo loco dicemus.

Suffi-

Sufficit, hoc loco notabilem hunc effectum supra allegatæ differentiæ inter jus commune, & jus nostrum statutarium allegâsse.

Altera igitur species tutelæ, & curatelæ est dativa, in qua articulus noster sequentes regulas ponit. Prima est, quòd in casu, quo Pater liberis suis per testamentum, aut ultimam voluntatem de tutela, & cura non providet, quòd tunc officium Judicis, & Magistratûs sit, pupillis vel minorennibus tutores aut curatores constituendi, tametsi autem articulus noster de illo, quod præmisimus, nihil dicat, quòd scilicet etiam mater suo modo liberis tutores vel curatores denominare possit, nihilominùs tamen, cùm jura de materno affectu, & amore plurimùm confidant, hanc provisionem per statuta nostra sublatam esse, dicere non possumus, quia nobis videtur propterea tantùm matris nullam mentionem factam fuisse, cùm tutores, & curatores à matre denominati, non nisi à Judice, & Magistratu ordinario cum causæ cognitione, & inquisitione confirmari debeant, ut ita in effectu potiùs sit dativa tutela, quàm testamentaria. 34

Dices, quando mater filium in suo testamento ultra legitimam hæredem instituit, cessare inquisitionem, & causæ cognitionem, & proinde etiam cessare judicis officium, intuitu cujus talis tutela magìs dativa, quàm testamentaria est; Respondemus, per supra dicta non omninò cessare officium Judicis, & Magistratûs, sed nihilominùs inquisitione, & cognitione causæ opus esse, attamen non tam exactâ, & scrupulosâ. Si igitur remanet officium Judicis, & Magistratûs, tutela in effectu dici debet dativa, & non testamentaria, cùm approbatio, & confirmatio judicis ultimam manum, & validitatem addat. 35

Quando autem ipsa Mater vel avia tutelam liberorum suorum habere possint, dicemus ad *Art. 3.*

Regula autem secunda est, ut judex, & Magistratus ex consanguineis utriúsque lineæ paternæ, & maternæ tutores constituat: Et in hoc supplementum fit tutelæ legitimæ. 36

Diximus, ex consanguineis utriúsque lineæ Paternæ, & Maternæ, tametsi enim lex XII. tabularum solos agnatos, id est, ex linea paterna descendentes, non verò cognatos, id est, ex linea materna junctos ad tutelam admiserit, tamen de jure novellarum id correctum est, quo agnati, & cognati æqualiter administrationis tutelæ capaces sunt. Ratio est, quia in utrisque idem affectus, & eadem fidelitas consideratur, & quia spes futuræ successionis fundamentum legitimæ tutelæ est, successio autem ex jure novellarum agnatorum, & cognatorum æqualis, & communis sit, *Novell. 118. cap. 5. & fin.* & Auth: *sicut hæreditas. Cod. de legitimis tutor.* ideò convenienter articulus noster loquitur de consanguineis, **vom Vatter / vnnd Mutter.**

Sed, cùm articulus addat, quòd constitutio tutorum debeat fieri, **von den negsten Befreündten /** quæritur, an illud præcisæ necessitatis sit? Certè de jure comuni dicendum est, quòd judex obligatus sit, eum vel eos ad administrationem tutelæ admittere, qui pupillo vel pupillis, minori aut minorennibus propinguiores sunt, per rationem, quam supra allegavimus, quòd in tutela observetur forma successionis ab intestato, ut qui, est proximior ad successionem, sit etiam ad tutelam obligatio, quia justum est, ut, qui spem habet comodi, sentiat etiam onus. Verùm hoc in curijs nostris non ita strictè observatur, cùm sæpè remotiores consanguinei proximioribus in tutela vel cura præferantur, præsertim, si magis idonei, & habiles sint, quod etiam huic articulo conforme est, utpote qui statuit, ut ex consanguineis à Judice vel Magistratu illi cæteris præferantur, qui magìs apti sunt, cùm etiam de jure comuni plures casus reperiantur, in quibus spes futuræ successionis non attenditur, & remotiores propinguioribus præ- 37

præferuntur, ut videre eſt apud *Leand. Galganettum. in tractatu ſuo de tutela, & curat. l. 1. tit. 4. per totum.*

38 Regula tertia eſt, quòd ij, qui à Magiſtratu ex conſanguineis pro administranda tutela eliguntur, obligati ſint eam ſubire, Ratio eſt, quia tutela, & curatela ſunt onera publica, quibus ſe nemo ſubtrahere poteſt, *l. 6. §. Ulpianus. ff. de excuſat. tut. §. nam & tutelam. Inſt. eodem. l. 1. ff. de muneribus, & honoribus.* Quod nos in tantum extendimus, ut, tametſi conſanguinei ad tutelam deputati ſpem ſucceſſionis nullam habeant, aut futuræ ſuc-
39 ceſſioni renunciare velint, nihilominùs tamen ad ſubeundam tutelam vel curatelam obligati ſint, nam, cùm ſpes futuræ ſucceſſionis res ſit incerta, quia ipſi pupilli, & minorennes recto naturæ ordine tutores, & curatores ſuos, utpote ſeniores ſupervivere poſſunt, multi ſæpè invenirentur, qui potiùs incertæ ſucceſſionis ſpei renunciaturi eſſent, quàm tutelam fortè laborioſam, & periculoſam ſubituri: Quod autem nullo modo admittendum eſt, ne pupilli, & minorennes contra legem Divinam, & naturæ maneant indefenſi.

40 Limitatur autem hæc Regula, ut tutores, & curatores officium tutelæ vel curatelæ inviti ſuſcipere teneantur, niſi legitimas habeant excuſationes:
41 Principaliter articulus noſter duas excuſationes allegat. Prima eſt, numerus liberorum, ſi quis enim quinque vel plures liberos ſuæ poteſtati ſubjectos, vel emancipatos habeat (antiquitùs numerus trium liberorum Romæ, in Italia quatuor, & in Provincijs quinque legitimam excuſationem præbebant) ad tutelam vel curatelam ſuſcipiendam cogi non poteſt. *l. excuſantur. §. remittit. ff. de excuſ. tut. princip. Inſt. eodem*, de quo eſt integer titu-
42 lus *in Cod. qui numero liberorum ſe excuſant.* Ratio autem eſt, quia tot liberorum educatio, & alimentatio magnam parentibus curam, & ſollicitudinem procreant, ut proinde æquum non ſit, Patrem ab illo, quod ipſi ex naturæ debito incumbit, diſtrahi, & ſuis relictis opem impendere extraneis. Vid. *Manz. ad princ. tit. Inſt. de excuſ. tut. & curat.* ubi plures alias rationes adducit; Oportet autem, ut liberi eo tempore, quo tutela defertur, ſuperſtites ſint, quia defuncti non proſunt, niſi in acie amiſſi aut læthaliter vulnerati, & poſtea ex tali vulnere mortui, hi enim, qui pro Re-
43 publica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. Aliud eſt dicendum, ſi liberi in caſtris aut hybernis, & non in conflictu mortui ſint, vel per cauſam tantùm belli à parentibus arrepti fortè in obſidiali irruptione, & deprædatione. *l. 18. ff. de excuſ. tut. & curat.*

44 Adoptivi autem, naturales, & ſpurij in numero liberorum non computantur, adoptivi enim proſunt ſuo naturali Patri, ergò adoptanti prodeſſe non poſſunt, ſpurij autem aut illegitimi Patri prodeſſe non poſſunt, ne ex ſuo delicto prœmium accipiat. *l. 2. §. 3. ff. de excuſ. tut. & curat.*

45 Sed quid de nepotibus dicendum. Reſpondemus, nepotes ex filio avo prodeſſe, nepotes verò ex filia procreatos non prodeſſe, *l. 2. §. 7. ff. de excuſ. tut. & cur. l. 3. Cod. de his qui numero lib.* Rationes vide apud *D. Manz. loc. cit. n. 16.* principalis hæc eſt, quòd nepotes ex filio ſequantur familiam avi, imò ſub ejus poteſtate ſint, nepotes verò ex filia ſequantur alienam familiam, nempe Patris ſui, cui ad excuſationem à tutela vel cura proſunt,
46 avo igitur Paterno ampliùs prodeſſe non poſſunt. Hoc tamen ſingulariter notandum, quòd nepotes avo proſint non in capita, ſed in ſtirpes, exempli causâ: Titius ex duobus filijs præmortuis quinque nepotes habet, ex uno tres, & ex altero duos, hic numerus nepotum non præſtat avo excuſationem à tutela, ſed, ſicut Patri prædefuncto jure repræſentationis tantùm ſuccedunt in ſtirpes, ita etiam non pro quinque, ſed tantùm pro duabus perſonis quoad excuſationem à tutela vel curatela computandi ſunt, *L. à tutela. 2. §. non ſolum. ff. de excuſ. Galganettus. lib. 1. tit. 8. de tut. & curat.*

Perez.

Perez. in Cod. ad tit. qui numero liber. n. 3. in fine ; Et licèt partus, qui adhuc in utero est, in plurimis habeatur pro nato, quoad excusationem autem à tutela, & cura pro tali non habetur, Ratio est, quia numerus liberorum debet esse completus, quando alicui defertur vel injungitur tutela vel curatela, cùm postea supervenientes liberi ad excusationem non prosint. Deinde partus in utero existens in illis, quæ ipsum posthumum concernunt, habetur pro nato, non in alijs, quæ alterius utilitatem respiciunt. *Manz. loc. cit. n. 23.* 47

Altera excusationis causa est numerus tutelarum, toto Tit: *Cod. qui numero tutelarum se excus.* qui enim tres tutelas vel curas eodem tempore non defunctoriè susceptas administrat, onere quartæ tutelæ, & assecurationis gravandus non est, cùm jàm antea satis gravatus sit molestijs tutelarum, eòque fieret, ut alijs non posset commodè superesse, ut inquit *Perez. ad dictum tit. n. 1. Galganettus. dicto lib. 1. tit. 8. n. 4.* nisi quis tutelas affectaverit, *l. unica. Cod. hoc tit.* §. *item tria. Inst. de excus. tut. &c. l. spadonem.* §. *autem. ff. de excusationibus* : Sibi enim imputare debet, qui onera, & incommoda ultrò sibi imposuit, cùm volenti non fiat injuria. 48 49

Tutelarum autem numerus non desumitur à personis pupillorum, sed à Patrimoniorum separatione, si enim ponas pupillos tres vel quatuor, qui unum tantùm indivisum patrimonium possident, eorum tutela tantùm erit simplex, & una. *l. tria. 3. ff. de excusat. tut. vel curat.* §. *item tria. Inst. eod.* Sed, si inter pupillos patrimonium dividatur, tunc pro numero personarum dividitur etiam tutela, & proindè, si pupillorum tres sint, tres etiam in effectu constituuntur tutelæ, quæ deinde vacationem à quarta præstant, & hujus rei ratio est, quòd divisio tutelarum faciat, ut etiam administratio dividatur, rationum redditio multiplicetur, & proinde tutori vel curatori plus oneris, & sollicitudinis accrescat. *Galganett. loc. cit. n. 4.* 50

Continuatio

SUMMARIORUM.

51. *An numerus de Jure Communi statutus etiam in Jure nostro statutario locum habeat?*
52. *Quid si una ex tutelis ad finem vergat?*
53. *Quid si rationes de tutela nondum sint redditæ?*
54. *An administratio rerum fisci excuset à tutela?*
55. *An absentia Reipublicæ causâ?*
56. *An dignitas, sive potestas magistratûs sæcularis?*
57. *An paupertas?*
58. *An adversa valetudo?*
59. *An imperitia, & ignorantia, & quæ?*
60. *Quid in patria nostra moris, & juris sit?*
61. *An malevolentia, & quando excuset à suscipienda tutela?*
62. *Quid si per sortes alteri tutela procurata sit?*
63. *An inimicitia, & quæ?*
64. *An quæstio status?*
65. *An ætas, & qualis?*
66. *An minorennis tutor dari possit?*
67. *An militia excuset à tutela, & qualis?*
68. *Qui dicantur veterani?*
69. *An clericatus, & monachatus excuset?*
70. *An Professura artium liberalium?*
71. *An, qui tutor fuit, curatelâ onerari possit?*
72. *Quid in patria nostra juris sit?*
73. *An matrimonium excuset?*
74. *Quomodo excuset tutela corporis supremi Principis?*
75. *Quinam hi sint, quibus hæc tutela Principis competat?*
76. *An distantia pupillorũ, & bonorum excusationem præstet, & qualis distantia?*

77. *Quæ*

77. *Quæ hac in parte inter jus commune, & statutarium differentia?*
78. *An ingenuus libertino tutor dari possit?*
79. *An in dignitate constituti vilioribus personis tutores dari, & constitui possint?*
80. *An nostri officjales tutores esse debeant?*
81. *An Consiliarij Principis?*
82. *An Consiliarij à tutelis filiorum à collegis suis relictorum justam excusationem habeant?*
83. *Quatenùs excuset communio rerum inter tutorem, & pupillum?*
84. *Quatenùs causarum controversiæ?*
85. *Quatenùs excuset sententia?*
86. *Quo tempore excusatio proponi debeat?*
87. *Quo tempore absolvi?*
88. *An, & quatenùs à constitutione tutelæ appellari possit?*
89. *Quis sit modus procedendi in Camera Imperiali?*
90. *An hæc tempora sint peremptoria, & exclusiva?*
91. *An appellatio, rejectâ excusatione, habeat effectum suspensivum?*
92. *An rejecta una excusatione altera adhuc superaddi possit?*
93. *An talis, qui alteri spopondit, filiorum ejus post mortem tutor esse, teneatur ex sponsione sua ad tutelam?*
94. *Quænam personæ excusatione à tutela opus non habent, sed ipso Jure tutores esse non possunt?*

51 Noster articulus nullum numerum tutelarum aut curatelarum, qui excusationem præstet, exprimit, sed potiùs respectum habet ad qualitatem earum in verbis: Oder er sey zuvor mit schweren Vormundschafften beladen; Quia tamen loquitur in plurali, putamus, quòd intelligendus sit secundùm jus commune, ut scilicet tres tutelæ vel curæ à quarta vel ulteriori excusationem præstent, non tamen negamus, ad qualitatem earum potissimum respectum habendum esse, nam, si una tutela vel duæ ita diffusæ, & negotiosæ sint, ut tutores illis vix sufficiant, rectè facit Judex aut Magistratus, si ab ulteriori gravatione abstineat, quia, ut paulò antè diximus, non numerus pupillorũ, sed difficultas administrationis, & rationum reddendarum consideranda est, *l. si is. 34. §. cæterùm. ff. de excus. tut.* non raro enim una tutela potest æquipollere tribus vel pluribus, ut benè dicit idem *Galganett. loc. cit. n. 4. ad finem*, quod utique à discreto, & prudente judice in
52 decernendis tutoribus, & curatoribus considerandum est; Exceptio autem trium tutelarum excusationem non præbet, quando una ad finem vergit, utpote, quia pupilli pubertati vel minorennes majorennitati proximi sunt, *l. non tantùm. 20. ff. de excus. tut.* Multò minùs, si una ex tribus tutelis vel curatelis actualiter finita sit, aut tutela vel curatela, quæ priùs fuit multùm diffusa & negotiosa, in ordinem redacta, & tutoribus vel curatoribus ampliùs vel omninò non, vel non multũ onerosa sit, idem *Galganett. loc. cit.* cessante enim causa, propter quam excusatio permissa fuit, cessare etiam
53 debet effectus. Sæpè quidem finitâ unâ vel alterâ tutelâ homines alias suscipere nolunt, propterea quòd ipsis rationum conficiendarum, & reddendarum onus adhuc incumbat, sed hæc excusatio admittenda non est, *l. 1. §. finito. Cod. qui numero tut. &c.* quia sibi imputare debent, quòd redditionem rationum tamdiu distulerint. Idem *Galganett. loc. cit.* & *Perez. ad hunc tit. circa finem.*

Addit articulus noster, quòd plures aliæ excusationes supersint, ratione quarum nos ad jus commune remittit. *D. Balthasar. ad hunc Articulum 13.* enumerat. *Perez. ad tit. Cod. de excus. tut. 9. Gutierez. parte. 1. cap. 21. 15. Galganett. lib. 1. de tutela, & cura sit. 7. 24.* Nos potissimas in compendio breviter repetemus: Post duas igitur jam priùs propositas.

54 Tertia est eorum, quibus administratio rerum fisci committitur, aut alterius cujusdam rei cura, V. G. annonæ, vigiliarum &c. *l. administrantes.*

41.

41. in princ. l. 22. §. 1. ff. de excus. tut. Et quos princeps in consilium assumpsit, *l. juris peritos. 30. ff. eodem*; Sed hæc excusatio cessat, quando cessat administratio aut officium commissum, *§. item D. Marcus. 1. instit. de excus. tut.*

Quarta est eorum, qui absunt Reipub. causâ, *§. item qui 2. inst. eodem,* 55
& l. 10. ff. eod. Et de hoc est integer titulus in Codice *si tut. vel curat. Reipub. causâ, &c.* Absentia autem reipublicæ causâ non debet esse affectata, aut sui commodi causâ procurata, sed necessaria, & à superiori injuncta, *Perez ad eundem titulum n. 1.* Et hac excusatione etiam fruuntur, qui de facto absentes non sunt, sed propediem abituri, *l. administrantes. 41. §. 2. ff. eodem,* & itineri se accingentes, *l. legato. 5. ff. de legatis.* Imò, & eorum ministri, comites, & famuli eodem privilegio gaudent, *dict. l. administrantes. 41. §. 2. ff. eodem.* Dumodò sint intra legitimum numerum, & non supernumerarij, dict. *l. 41. §. 1. & l. 6. §. 3. ff. eodem.* Si autem tutores, & curatores dati fuerint, antequam Reipub. causâ abesse ceperint, excusantur quidem, quamdiu absunt, reversi autem antiquum onus tutelæ vel curatelæ confestim recipiunt, & intermedio tempore, ne pupillus vel minorennis sit indefensus, eis tutor, vel curator, seu tutores, vel curatores constituuntur. Diximus, confestim, quia illis vacatio annalis non ab oneribus pristinis jam semel aliquando susceptis, sed tantùm à novis suscipiendis indulgetur, ut spatium aliquod respirandi à laboribus habeant, *l. non solùm. 11. §. 2. l. Titius 45. ff. & §. item qui. 2. inst. de excus. tut.* Annus autem hic respirationis continuus est, & statim incipit à die, quo quis redijt, vel redire debuit, *Galganett. lib. 1. tit. 8. n. 23. & lib. 2. tit. 26. n. 26.*

Quinta causa est dignitas, sive Magistratûs potestas, textus in *l. pote-* 56
statis. 215. ff. de V. S. §. & qui. 3. instit. de excus. tut. Quænam autem dignitas Magistratûs ad hanc excusationem sufficiens sit, DD. inter se multùm variant, ut videre est apud *Schneidew. Mynf. & Harprech. ad dictum §. & qui. 3.* Hoc tamen certum est, quòd dignitas sive potestas Magistratûs tantùm excusationem præstet à tutela vel cura suscipienda, non autem à tutela vel cura priùs suscepta, *DD. ad dict. §. & qui. 3. inst. de excus. tut.* Quod attinet ad nostras Provincias, experientia clara est, quòd nostri Magistratus provinciales, die Pfleger vnd Pflegs-Verwalter / imò nec alij officiales, utpotè telonarij, granarij, salenarij, &c. ad hanc excusationem non admittantur, ratio est, quia *dict. §. 3.* tantùm illum magistratum à tutela vel cura excipit, qui magistratus est cum potestate, pro quali enumerati officiales, quamvìs jurisdictionem habeant, reputandi non sunt, cùm illis nulla potestas sive imperium competat, juxta *Legem potestatis. 215. ff. de V. S*

Sexta causa est paupertas, *§. sed propter. 6. Inst. & in l. paupertas. 7. ff.* 57
de excusat. tut. crudelitati enim proximum esset, si quis cogeretur sua negotia alienis posthabere, & se ipsum propter alios deserere, *D. Manz. ad dict. §. 6. n. 1.* requiritur autem, ut paupertas evidens vel notoria sit, aut legitimè probetur, & faciat hominem ad impositum onus tutelæ ferendum imparem, quod dijudicationi, & arbitrio judicis committitur.

Septima causa est adversa valetudo sive morbus, & quidem talis, pro- 58
pter quem aliquis ne quidem suis negotijs superesse possit. *§. item. 7. Inst. & l. 10. in fine. l. 11. & l. 40. ff. de excus. tut. toto titulo Codicis : Qui morbo se excus.* quales sunt Tabescentes, Epileptici, Paralitici, Hydropici, Podagrici, & hujuscemodi valetudinarij : Excusat autem morbus sive adversa valetudo, quàmdiu durat, si igitur perpetua est, tutor excusatur in perpetuũ, *l. 12. ff. eod.* & tutelam jam susceptam rectè deponit, *l. 40. ibidem,* aliúsq; tutor in ejus locum substituitur, *l. cùm plura. 17. ff. de tutelis.* Si autem temporalis est, excusatur tantùm ad tempus, & interim curator substituitur textus in *l. solet. 13. ff. de tutelis, & l. 10. §. 8. ff. de excus. tut.*

59 Octava est imperitia, sivè ignorantia litterarum, scilicet si quis neque legere, neque scribere possit, cùm etiam in tutela, & cura principale officium sit, inventarium conficere, & rationes reddere, *l. tutor. 7. ff. de adminiſt. tut.* is, qui neque legere, neque scribere potest, utique ad conficiendum inventarium, & rationum redditionem ineptus erit, si tamen ejusmodi homines negotiorum peritiam habeant, & sagaces ac versuti sint, eorum excusatio non admittitur, cùm inventarij confectio, & rationum red-
60 ditio aliorum operâ fieri possit, & hinc in Patria nostra tutelæ, & curatelæ sine scrupulo Rusticis committuntur, inter quorum centum vix unum reperies, qui legere aut scribere possit: Imò committuntur illis Ecclesiarum, confraternitatum, Xenodochiorum, & aliarum piarum causarum administrationes, & subinde valdè ponderosæ, cùm plures Ecclesiæ multa millia florenorum sub censu habeant, imò quandòque etiam alios pingues reditus, quos ejusmodi Ecclesiarum vitrici, & piorum locorum administratores recipiunt, & ècontra solitas expensas faciunt, tametsi ad inventarium conficiendum, & rationes reddendas prorsùs incapaces, & inutiles sint, quæ tamen à locorum judicibus, & Magistratibus expediuntur, administratio verò rusticorum periculo relinquitur, & rectè, si enim à tutela, & cura omnes litterarum imperiti excusationem haberent, ipsi pupilli, & minorennes plebeiorum hominum, imò, & multæ piæ causæ manerent indefensæ, & neglectæ. Hoc tamen Magistratibus incumbit, ut ex plebe illos ad talia officia assummant, & eligant, qui sagaciores, & in rebus agendis magis periti sint, juxta §. *similiter. 8. Inſt. de excuſ. tut.* & hinc nunquam probare potui illum abusum, qui in multis communitatibus viget, ut in gerendis tutelaribus Ecclesiasticis, & alijs administrationibus alternent, ita ut, nulla habita ratione de habilitate vel capacitate personarum, simplices æquè ac sagaces ejusmodi onera subire debeant, quod directò articulo nostro repugnat, qui expresſè statuit, ut semper habiliores, & aptiores talibus administrationibus præficiantur, ne in subsidium etiam contra ipsos magistratus actio detur.

61 Nona causa est malevolentia ipsius testatoris aut judicis, si enim Pater in testamento, vel judex ab intestato propter inimicitias ex mero rancore, & odio aliquem tutorem constituerit, magis eo animo, ut tanquam adversarium suum supponat laboribus, molestijs, & periculis, quam ut pupillo prospiciat, hæc malevolentia tutori vel curatori justam excusationem præstat. §. *item si. 9. Inſt. & l. severiter. 14. C. l. 6. §. 13. ff. de exc. tut.* Idem dicendum putarem, si per sordes ef-
62 fectum sit, ut huic vel alteri tutela vel curatela injungeretur, *Galganett. loc. cit. n. 17. ubi citat dictam l. severiter. 14. C. de excuſ. tut.* Ubi dicit, quòd iste, quidquid impendit, recuperet à judice, qui eum per sordes defendit, sive à tutela vel curatela onerosa liberavit, vel ex l. Julia repetundarum, vel condictione ob turpem causam, vel ex officio judicis, vel actione in factum generali, vel crimine concussionis, quod planè sæpissimè fit, maximè, si tutela vel cura laboriosa, & intricata sit, nam locupletiores talia onera munusculis declinare, & in pauperiores devoluere possunt, sicut etiam fit in delectu militiæ provincialis, deß Land-Volcks / ubi ditiores se sordibus subducunt, & onus pauperioribus injiciunt; Certè hæ, & similes materiæ officialibus amplissimum arundinetum præstant, ex quo sibi pro libitu fistulas scindere possunt.

63 Decima causa est inimicitia, nam, si tutor vel curator à Magistratu datus est, inter quem, & pupilli parentem inimicitia intercessit, rectè tutor excusationem habet, imò ipsi judici, & magistratui incumbit, ut talem ad tutelam vel curam non admittat, quia inimicitia patris serpit in filios, &, qui pupillis vel minorennibus tutorem aut curatorem dat, inter quem, & pupillorum, sive minorennium Parentem inimicitiæ intercesserunt, quasi lu-
po

po oves committit, §. *inimicitiæ. 11. Inst. & l. 6. §. 12. ff. de excus. tutor.* Requiritur autem, ut inimicitia fuerit gravis, & non affectata, nam tantùm leve aliquod, ut Juris-Consultus vocat, fribusculum, ein kleins Hauß-Kriegl oder Auffstößl / tanti momenti esse non debet, ut excusationem præstet, multò minùs, si fuerit tantùm affectatum, raro enim homines ab omni discordia liberi sunt, & hinc non facilè propter quodlibet dissidium, & simultatem excusatio admittenda est, ne copia tutorum, & curatorum nimium restringatur.

Undecima causa est quæstio status, Exempli causâ: Si Pater alicui, qui se hominem liberum asserebat, quæstionem status moverit, & suum servum asseruerit, hic enim justè se excusat, cùm quæstio status gravissima sit, & sine gravi offensione, & inimicitia moveri non possit. §. *item is. 12. Inst. & l. 6. §. amplius. 18. ff. de excus. tut.* Idem est, si tutor ipsis pupillis vel minorennibus quæstionem status moverit, & suos servos, vel libertos esse prætenderit, eadem enim causa subest, quòd ex tali controversia non nisi magnæ inimicitiæ, & exacerbationes animorum oriri possint. *Dicta l. 6. §. amplius ff. h. t.* ubi limitatio additur, nisi ideò litem calumniosè moverit, ut tutelam evaderet. 64

Duodecima causa est ætas, vel senilis vel minorennis: Senilis quidem, si sit septuaginta annorum, cùm enim in tali decrepita ætate senex sibi ipsi parùm prodesse possit, inutiliter alienis negotijs præficitur, § *item major. 15. Inst. & l. 2. ff. de excus. tut.* Minorennes autem ex *l. finali. C. de legit. tut.* prohibentur ad tutelam vel curam adspirare, nec admitti possunt, vel debent, tametsi velint. Incivile enim esset, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egent, & ab alijs reguntur, aliorum tutelam vel curam subire, *Perez. ad t. C. qui ætate se excus. n. 2.* 65

Dices, quòd minorennis in testamento tutor dari possit. §. *2. Inst. qui test. tut. dari poss.* ergò etiam à judice. Respondemus, tametsi minorennis in testamento tutor datus sit, quòd tamen administrare non possit, sed administrationem usque ad legitimam ætatem differre debeat, prout suo loco dicemus. 66

Decima tertia excusatio est militia, §. *idem & in milite. 14. & l. sed & milites. 8. ff. de excus. tut. &c.* Duplex autem genus est militum, videlicet eorum, qui in expeditione constituti sunt, alterum emeritorum, sive veteranorum: Primum genus ne cum voluntate quidem sua ad tutelam admittitur. *dicto §. 14. Inst. de excus. tut.* quoniam negotijs privatis homines à negotijs publicis avocari non convenit: Alterum genus, id est emeritorum, & veteranorum militum, qui honestè dimissi, & Sacramento militari soluti sunt, ij enim propter benè merita à tutela paganorum in perpetuum excusantur, sed non nisi per unum annum à tutela filiorum commilitonum suorum vacationem habent, *l. 8. in prin. ff. de excus. tut.* Ex quo in consilijs nostris Electoralibus sæpissimè hæc ratio desumpta, & adhuc quotidiè in usu est, quòd consiliarij Electorales à tutelis, & curatelis collegarum sive commilitonum suorum non liberentur. 67

Veterani autem illi sunt, qui vicena stipendia meruerunt, *l. 1. C. de excus. veteran.* illud enim legitimum militiæ tempus apud Romanos fuit. *l. 1. 2. & 3. Cod. de his, qui non impleverunt stipend.* qui autem ignominiâ dimissi fuerunt, habebantur tanquam infames, & perinde, acsi nunquam milites fuissent, ab honoribus fuerunt exclusi, sed non ab oneribus, *Perez. ad tit. Cod. de excus. veteran.* ex quo inferimus, si quis ex Consilia-rijs Electoralibus pro emerito fuit declaratus, & honestissimè dimissus, vacationem à tutelis, & alijs ejusmodi oneribus publicis meritò habeat, qui autem propter delictum aut negligentiam suam ammotionem meruerunt, hoc privilegio minimè gaudeant. 68

69 Sed quid de clericis, & religioſis dicendum? Certè, cùm illi debeant eſſe à rationibus liberi, & ſe ſæcularibus negotijs implicare non poſſint, à ſuis ſignis cœleſtis militiæ avocandi, & ad ſæcularia negotia applicandi non ſunt: Si autem clericus ultrò, & ſponte ſua alicujus conſanguinei ſui tutelam vel curatelam ſuſcipere velit, fortè propter ſpem ſucceſſionis, quam in bonis illius habet, impediri non debet, ſicut etiam in caſu viduarum, & orphanorum, ac aliarum miſerabilium perſonarum, quia diſtractio, quæ fit à cultu, & obſequio divino propter ejuſmodi perſonas, chriſtianæ charitati omninò conveniens, & laudatiſſima eſt. *Can. pervenit. 26. diſt. 76. Venat. de ferijs. in fine.*

70 Decima quarta excuſatio eſt profeſſio liberalium artium, §. *item Romæ. 15. Inſt. de excuſ. tut. & l. 6. ff. eod.* modò illas artes exerceant, ac officio ſuo fungantur, & vel Romæ, vel in Patria ſua doceant, nec numerum profeſſorum excedant. Illud mirabile eſt, quòd leges noſtræ gramatiſtas, & Philoſophos ad hoc privilegium admittant, Legum autem doctores excludant: Sed ratio in promptu eſt, quia doctores legum jura pupillaria magis intelligunt, quàm reliquarum artium liberalium profeſſores.

71 Decima quinta excuſationis cauſa eſt tutela priùs adminiſtrata: Qui enim antiquitus tutor erat, curatelâ ampliùs onerari non potuit, §. *qui tutelam 18. Inſt. &. l. Cajus. 16. ff. l. curator. 20. C. de excuſ. tut.* Quod adeò verum fuit, ut, ſi quis in teſtamento tutor, & curator ſimultaneè conſtitutus fuerit, invitus curatelam ſuſcipere non debuerit, *dict. §. 10. verſ. in tantum Inſt. de excuſ. tut.* Sed hæc excuſatio in patria noſtra ſublata eſt, cùm officium tutorum, & curatorum continuetur uſque ad annum vigeſimum primum, quo quis major efficitur, ut dicemus in articulo ſequenti,
72 generali enim conſuetudine germaniæ tutoris adminiſtratio pubertate non finitur, ſed continuatur uſque ad majorennitatem, *Gail. l. 2. obſ. 96. Zanger. de exceptionibus part. 3. C. 19. n. 20.* quia tutela poſt pubertatem ipſo jure tranſit in curatelam, quæ differentia inter jus commune, & ſtatutarium
Diff. noſtrum annotari poteſt.

73 Decima ſexta cauſa eſt matrimonium: Ad quod intelligendum, recurſus faciendus eſt *ad Artic. 16. Tit. 1.* der Land-Recht / ubi diſtinctio facta eſt inter bona mulieris dotalia, paraphernalia, & receptitia; In bonis dotalibus maritus dominium habet: In paraphernalibus plenam adminiſtrationem: Ergò ſola bona receptitia reſtant, à quibus maritus, ſi uxor in minorenni ætate ſit conſtituta, excuſationem habere poteſt, vel, ut alij volunt, ab adminiſtratione ipſo jure repellitur: §. *ijdem. 19. Inſt. & l. 4. C. de excuſ. tut.* Ratio per ſe clara eſt, ne maritus adminiſtratione bonorum uxoris ſuæ in proprium commodum abutatur, & hinc, ſi uxor fatua vel mente capta ſit, maritus eidem curator dari non poteſt: *l. vir. 14. ff. de curatoribus furioſ. l. maritus C. qui curatores dari poſſunt.* Quod juri noſtro Bavarico conforme eſt, in alijs enim locis, ut *ex Berlichio de Saxonia loco cit.* diximus, mulieres ſub perpetua tutela vel curatela maritorum ſuorum ſunt, nec liberantur, niſi per mortem alterius utrius conjugis.

74 Decima ſeptima cauſa eſt tutela corporis ſupremi Principis, *l. ultima C. de excuſ. tut.* & horum numero continentur ſupremus Camerarius, aurati clavigeri: die Cammer-Herren / ſervi cubicularij: die Cammer-Diener /
75 Portitores: die Portier / latrones ſive laterones: die Trabanten / vnd Hatſchier / utpote, quorum officium eſt, ſemper ad latus principis aſſiſtere, & pro cuſtodiendo corpore excubias agere, quamvìs hoc in patria noſtra obſervari non viderimus, utpote, quia camerarij, cubicularij, & alij hujuſmodi homines ad protectionem, & cuſtodiam principis deputati paſſim ad onera tutelarum, & curarum admittuntur, & obligantur, fortè propterea, quia illorum officium operoſum non eſt, ſed ſucceſſivum, ita ut, ſi quis ex cubi-

cularijs

cularijs unâ ſeptimanâ fungatur officio ſuo, poſtmodùm in multas ſubſequentes hebdomades vacationem habeat. Laterones verò, die Trabanten / vnd Hatſchier / ſaltem in ſingulos dies inter ſe alternent.

Decima octava excuſatio eſt, diſtantia pupillorum, & rerum pupilla- 76
rium, de ijs enim, quæ in aliena provincia ultra centeſimum lapidem, ſive ultra 25. milliaria germanica ſita ſunt, tutor datus juſtam excuſationem habet, *l. non ſolùm. 10. §. & qui teſtamento ff. de excuſationibus tutorum : & l. 2. C. eod.* Diximus, de rebus in aliena provincia ſitis, nam, ſi tutor ad univerſum patrimonium datus ſit, excuſare ſe non poteſt ob diſtantiam rerum pupillarium, ſi in eadem provincia contineantur, tametſi ultra centeſimum lapidem diſtent, *l. propter litem. 21. §. 2. ff. eod.* quod tamen in jure noſtro ſtatutario non obtinet, quia in hoc articulo expreſsè ſtatuitur : Da die Vormunder ſo weit von den Pfleg-Kindern / vnd jhren Güeteren entſeſſen / daß ſie ſchwerlich / vnd ohne der Kinder mercklichen Unkoſten der Vormundſchafft der Gebühr nach nit könten abwarten / daß jhnen andere Vormünder gegeben werden ſollen ; Qui textus utique intelligendus eſt de diſtantia in ipſa provincia,
77 hodierno enim jure tutoris datio, quidquid antiquitus fuerit, extra provinciam non extenditur, & hæc iterum eſt differentia inter jus commune, & *Diff.*
ſtatutarium noſtrum. Imò, cùm articulus noſter diſtantiam Pupillorum, vel bonorum pupillarium non determinet, nec ad 25. milliaria extendat, putamus, jus commune per ſtatuta noſtra provincialia etiam in hoc correctum, & judicis arbitrio relictum eſſe, ut, ſi gravitas tutelæ negotiorum, & litium diverſitas, aut aliæ circumſtantiæ propinquiores adminiſtratores requirant, excuſationem diſtantiæ admittere poſſit, tametſi ſe ad 25. milliaria non extendat, quod iterum, ſi placeat, pro differentia inter jus commune, & provin- *Diff.*
ciale annotari poteſt ; Ratio hujus rei eſt, quia articulus noſter principaliter conſiderat difficultatem adminiſtrationis, & Pupillorum expenſas, quæ etiam intra centeſimum lapidem, V. G. inter quindecim, octodecim, vel viginti milliaria contingere poſſunt, quando tutela eſt nimium diffuſa, & intricata, multiſque litibus, & controverſijs obnoxia. Prudentis igitur judicis eſt, ut, apparentibus ejuſmodi difficultatibus, conſtitutionem tutorum vel curatorum ita moderetur, ut eos ſemper cæteris præferat, qui utiliores, & aptiores ſunt, & pupillorum vel minorennium indemnitati vel maximè conſulere poſſunt, quod certè cæteris paribus per propinquiores potiùs, quàm remotiores effici poteſt.

Decima nona excuſationis cauſa eſt, ſi homo ingenuus pupillo liber- 78
tino tutor vel curator datus fuerit ; nam ingenui dignitas tanti æſtimatur, ut leges inconveniens eſſe judicent, ingenuos libertinorum tutelis vel curatelis gravari, maximè, ſi libertini in promptu ſint, qui aliorum libertinorum tutelas vel curas ſuſtinere poſſint, in defectum autem libertinorum præſes in eodem loco ingenuum ſubſtituere poteſt, cui in tali caſu excuſatio denegatur, *l. ingenuus ff. de excuſ. tut. l. Pupillo. 27. §. fin. ff. de tut. dat. l. excuſationes. 3. C. de excuſ. tut.* Si autem ingenuus, cui libertini tutela vel cura commiſſa eſt, ſe non excuſaverit, ſed adminiſtrationem ſuſceperit, ad rationes reddendas eſt obligatus, *Galganett. lib. 1. tit. 8. n. 11.*

Ex quo aliqui deducunt, quòd etiam ij, qui in magna dignitate con- 79
ſtituti ſunt, vilioribus perſonis, & plebeis tutores vel curatores dari non poſſint : de ſenatoria dignitate eſt *textus in l. ſpadonem. ff. de excuſat. tut.* adeò ut, ſi priùs antequam ſenator fieret, vulgaris alicujus perſonæ tutelam vel curatelam geſſerit, deinde primùm fiat ſenator, continuò abſolvatur à ſollicitudine ejuſmodi tutelæ vel curatelæ, *dicta l. ſpadonem §. ſcire oportet.* Secus eſt, ſi quis adminiſtrationem rerum fiſcalium ſuſceperit, tametſi enim durante adminiſtratione tutelam curamve ſuſcipere non cogatur, ab ea tamen, quam ante adminiſtrationis officium ſuſcepit, non excuſatur, *l. admini-*

nistrationes ff. de excus. l. exactores C. eod. §. item divus Marcus Inst. eod. ratio differentiæ est, quia administratores rerum fiscalium potiùs excusantur ratione officij, quàm dignitatis, quoniam eorum officium magis necessitatis est, quàm alicujus specialis dignitatis, si enim ipse fiscalis, sive, ut jura nostra communia vocant, rationalis, secundùm *And. Knichen de jure territoriali*, homo duræ cervicis est, ut favorem nullum mereatur, quantò minùs cæteri fiscales administratores inferiores?

80 Hinc supra jam diximus, nec granarios, salinarios, telonarios, aut minores officiales fiscales, tametsi sibi de nescio quo honore, dignitate, aut Magistratu blandiantur, à tutelis, & curatelis suscipiendis immunes esse.

81 Consiliarij Principis, qui in consilijs publicis Reipublicæ prosunt, rectè senatoriæ dignitati adnumerantur, & non tantùm ex hoc capite dignitatis, sive magistratûs potestatem, & imperium habentis, à tutelis, & curatelis excusantur, sed etiam ex speciali Principum indulgentia; Quamvis enim in statutis nostris Bavaricis nihil de eorum excusatione inveniatur constitutum, tamen me in relectione annua instructionis Aulici Consilij sæpiùs audivisse memini, quòd senatores, & assessores Aulici Consilij se tutelis, & curatelis implicare non debeant, quæ utique sufficiens causa est, ut consiliarius Principis tutor vel curator datus maximè pupillis vulgaribus, & plebeis se justè excusare possit; An etiam consiliarij Electorales Camerales ejusmodi provissionem habeant, ipsis examinandum relinquo. Antiquitus quidem cameralis consilij longè alia forma fuit, quàm nunc sit, cùm solùm fuerit unus Magister cameræ, ein Cammer-Maister / qui unum vel ad summum duos adjunctos coadjutores, nescio an pro consiliarijs vel secretarijs habuit, moderno autem tempore consilium camerale, si justitiarium non superat, saltem adæquat, & assessores illius cum reliquis consiliarijs principis in pari gradu, & existimatione habentur: Quid igitur de illis dicendum, annè similiter excusationem à tutelis, & curis habeant? putamus, convenienter dici posse, quòd consiliarij Aulici, & Justitiarij habeant vi Magistratûs Potestatem, & imperium habentis, ut supra jam explicavimus, consiliarij autem camerales vi administrationis rerum cameralium ad fiscum vel Principem pertinentium, utriúsque autem consilij dignitatem per specialia Decreta novissimè adæquatam, & parem esse, quapropter Cameralibus consiliarijs hanc prærogativam dubiam facere, multò minùs negare possumus. Examinando tamen has leges libenter dixissemus, illam adhuc differentiam esse, quòd camerales tutelas, & curas, antequàm in consilium camerale assumpti, etiam postmodùm dimittere non possent, *juxta allegatam. l. administrationes. ff. & l. exactores C. de excus. tut.* Consiliarijs Aulicis autem tanquam veris Senatoribus continuò post impetratam illam dignitatem absolutionem à priorum tutelarum vel curatelarum sollicitudine indulgendam: Sed ne manus impingam, eas à tabula subtraho.

82 Hoc autem singulariter notandum est, quòd ejusmodi personarum excusatio se ad collegarum Pupillos vel minorennes non extendat, justum enim est, ut, quod quis pro suis posteris exspectat, etiam collegarum suorum pupillis, & minoribus impendat, quod in curijs nostris quotidie observatur, ut collegis excusatio à tutelis, & curis liberorum collegarum non concedatur: Ut supra jam de militibus diximus.

83 Vigesima causa excusationis est communio rerum, quam habet tutor vel curator cum pupillo vel minore: Idem *Galganett. loc. cit. n. 19.* Ad hoc autem requiritur, ut communio sit inseparabilis, & in re alicujus momenti. Nam, si facilè divisio fieri possit, vel communio consistat tantùm in re modica, excusationi locus non est. *l. quod res. 21. Cod. de excus. tut. §. fin. Inst. de auctorit. tut. l. 1. & 2. Cod. de in litem dando tutore.* Idem *Galganett. loc. cit. n. 19.* & aliàs comuniter dicitur, quòd de modicis prætor non

curet,

curet, *l. non tantùm. ff. de excuſ. tut. l. legitimos. Cod. de legit. tut. ibi in verbis: Maximè ſi modica.*

Vigeſima prima cauſa excuſationis eſt, ſi cui nomine Pupilli actiones movendæ ſint contra conſanguineos tutoris vel curatoris, & illæ ſint magni ponderis: Quia nemo cogi poteſt ſuſcipere tutelam, vel Patrocinium contra conſanguineos ſuos. *l. humanitatis. 23. Cod. de excuſ. tut.* 84

Vigeſima ſecunda cauſa eſt, ſi quis tutor vel curator denominatus legitimam excuſationem oppoſuit, & à delatione tutelæ vel curatelæ fuit abſolutus. *l. ſpadonem. §. qui abſolutus. ff. de excuſ. tut.* Sed abſolutus à tutela vel curatela unius pupilli, vel minorennis non excuſatur à tutela vel cura alterius, ſi eorum res ſeparatæ ſint, *l. ambobus. ff. de teſt. tutel.* Deinde, ſi cauſa, ob quam fuit abſolutus, ceſſet, ceſſare etiam debet abſolutio, *l. cùm ex oratione. ff. de excuſ. tut.* quod idem etiam obtinet, ſi quis ſub conditione fuit abſolutus, nam conditione nulla vel deficiente, nulla etiam erit abſolutio, vel deficiet. *l. qui teſtamento. ff. de excuſ. tut.* vel ſi quis falſis allegationibus uſus ſe excuſaverit, & abſolutus fuerit. *§. fin. Inſt. de excuſ. tut. l. 1. 2. & 3. Cod. ſi tutor vel curator falſis allegat. &c.* 85

His præſuppoſitis, quæritur nunc primò, quo tempore excuſatio proponi debeat? Et ad hoc reſpondetur, intra 50. dies continuos, à tempore ſcientiæ computandos. *l. 13. §. 9. ff. de excuſ. tut. §. qui autem. 16. Verſ. ſed intra. Inſt. eodem.* ad proſequendam verò excuſationem eámque, probandam, & à judice obtinendam ſententiam ſuper admiſſione, vel rejectione excuſationis admittitur tempus 4. menſium à die nominationis computandum. *l. quinquaginta. 38. ff. de excuſ. tut.* ut ita totus proceſſus hoc ſpatio 4. menſium finiri debeat, pulchrè *Galganett. de tutel. & cur. lib. 1. Tit. 9. n. 8.* Et, quamvìs in articulo noſtro de his temporibus interponendæ excuſationis, probandæ, & dijudicandæ nihil diſpoſitum reperiatur, quia tamen in favorem pupillorum, & minorennium conſtituta ſunt, ne, dum diutiùs tutoribus vel curatoribus carere debeant, damno afficiantur, ideò in curijs quoque noſtris obſervanda eſſe non dubitamus. In hoc autem advocati noſtri, & procuratores forenſes graviter errant, dum ſæpiſſimè, poſtquàm hic vel ille in tutorem datus vel denominatus eſt, à decreto denominationis ſtatim appellationem interponunt, cùm appellationes tales prorsùs inutiles, & invalidæ ſint, ſive loquamur de teſtamentarijs, ſive de tutoribus, vel curatoribus dativis: Nam teſtamentarius tutor provenit ex facto teſtatoris tanquam privati, ſed à facto privati non apellatur. *l. 1. in princ. ff. de appellat.* Dativus verò provenit ab Imperio Magiſtratûs, à quo nemo appellat, ſed, ſi poteſt, ſe excuſat, idem *Galganett. loc. cit. n. 5.* Deinde hæc materia exigit celerem expeditionem, ne pupillus ex protractione damnum incurrat. Igitur excludit appellationem, utpote quæ celeritatem impedit: Neceſſe eſt igitur, ut, ſi quis in tutorem vel curatorem nominatus ſit, intra 50. dies excuſationem proponat, & intra 4. menſes legitimè probet, & deducat, atque judex deſuper cognoſcat, & pronunciet, à qua ſententia, ſi gravatus ſit, tutori vel curatori denominato conceditur appellatio, ſi velit. *l. cùm una. 17. §. tutor. ff. de appell. & relat. l. 1. §. ſi quis tutor. ff. quando appellandum ſit.* 86 87 88

Verum quidem eſt, quòd in Camera Imperiali Spirenſi iſta tempora non adeò exactè obſerventur, ſed, cùm alicui tutela vel curatela decernitur, & ipſe adminiſtrationem ſuſcipere negligit, ſive ſe excuſet, ſive non excuſet, contra ipſum quaſi per modum judicij proceditur, ita, ut ſi excuſationem omninò omiſerit, tunc mediante arctiore mandato prima, & ſecunda, vel tertia vice cum cominatione pœnæ pecuniariæ, vel etiam carceris, adminiſtratio repetitis vicibus injungitur, additâ clauſulâ de injungendo omni damno, & intereſſe, quod pupillus vel minor ex neglecta adminiſtratione 89

ſtratione incurrit: Sed quis non videt, hunc modum conſtitutionis non niſi ad protelandum negotium tendere, cùm tamen, ut paulò antè diximus, favor pupillorum celerem, & compendioſam expeditionem requirat? Licèt igitur auctoritas Cameræ in rebus judicatis maxima ſit, in modo tamen procedendi verè nullibi recepta eſt, procul dubio, quia experientia hactenùs docuit, quòd in Camera lites immortales fiant, & uſque in tertiam, & quartam generationem propagentur. In judicijs noſtris municipalibus, Hoffmarchialibus, & ruralibus longè expeditior modus practicatur; Statim enim, poſtquam civis vel ruſticus mortuus eſt, qui pupillos vel minorennes poſt ſe reliquit, citantur ejus conſanguinei, & propingui, & ex ijs eliguntur duo à Judice vel Magiſtratu, qui tutelam vel curam ſuſcipiant, hi, ſi volunt, in eadem audientia ſuas excuſationes proponere poſſunt, ſuper quibus Judex vel Magiſtratus admittendo vel rejiciendo decernit quod juſtum eſt, ita ut uno die negotium expediatur, ſalva interim parti gravatæ appellatione ad ſuperiorem judicem.

Si autem nobilis quædam perſona moriatur, conſanguinei, & propinqui, quibus etiam jus inventandi competit, inter ſe conveniunt, & ex gremio ſuo unum vel alterum eligunt, qui poſt impetratam confirmationem adminiſtrationi ſe immiſcent, ita ut nunquam viderim caſum, in quo obſervatione terminorum ſive temporum tam ſollicitè à jure comuni conſtitutorum opus fuerit. Si quis autem caſus controverſus occurreret, non dubito, quin ſuperiora noſtra dicaſteria non ſtylo Cameræ à diſpoſitione juris communis utpotè favorabili pro pupillis, & minoribus, minimè eſſent receſſura.

90 Quæres ſecundò, an hæc tempora interponendæ excuſationis, & cognoſcendæ ſive dijudicandæ cauſæ, ſint fatalia peremptoria, & excluſiva? Et Reſpondemus affirmativè, ita ut à judicibus prorogari non poſſint: Ratio eſt, quia terminus legis, judicis ſive hominis prorogationi non ſubjacet, ut in *Proceſſu Summario* ad *Tit. 5. Art. 7. & 8.* & *Tit. 7. Art. 3. & 17.* pluribus probavimus.

91 Quæres tertiò, an appellatio à rejectâ excuſatione habeat etiam effectum ſuſpenſivum, ut curator vel tutor nominatus pendente appellatione ſine periculo ab adminiſtratione abſtinere poſſit? Et Reſpondemus cùm diſtinctione, nam, vel in judicio appellationis invenitur, quòd appellans uſus fuerit veris allegationibus, vel falſis, ſi uſus eſt veris, tunc periculum adminiſtrationis ad eum non pertinet. *l. 22. Cod. de excuſ. tut.* Ratio eſt, quia tunc neceſſariò ab onere ſubeundæ tutelæ vel curatelæ abſolvi, & ejus excuſatio approbari debet, ſi quis autem ad effugiendum onus tutelæ vel curæ falſis excuſationibus uſus eſt, & propterea ad adminiſtrationem condemnatus, ab onere, & periculo tutelæ vel curatelæ non eſt liberatus. §. *ſi quis autem fin. Inſt de exc. tut. l. 1. & 3. Cod. ſi tut. vel curator falſis alleg. &c.* ne cuiquam dolus ſuus proſit, ex quo patet: Quare leges, quæ, ut modò explicavimus, in materia excuſationum à tutelis, & curis celerem proceſſum exigunt, nihilominùs à ſententia rejectæ excuſationis appellationem admittant, quia, ſi benè appellatum eſt, abſolutio à tali onere ſubinde graviſſimum præjudicium poſt ſe trahentè juſtiſſimè decerni debet, ſi autem malè appellatum eſt, quæ tempore appellationis neglecta ſunt, periculo appellantis incumbunt; Non eſt igitur cuiquam via appellationis deneganda.

Oppones, quòd aliàs ſententia lata ob falſas allegationes ſit primùm per novum proceſſum reſcindenda, *l. 33. Cod. de re judicata*; Reſpondemus, aliud eſſe in eo, qui falſis allegationibus ab onere tutelæ excuſationem impetravit, poſtulat enim favor pupilli, & minoris, ut ejuſmodi decretum ex falſis allegationibus interpoſitum ipſo jure ſit nullum, & tutor

vel

vel curator ab eo tempore, quo dati sunt, periculum administrationis sustineant: toto Tit: *Cod. si tutor vel curat. falsis alleg. &c.* Ex quo sequitur, tametsi sententia appellationis pro ejusmodi tutore vel curatore, qui falsis excusationibus usus est, accesserit, quòd nihilominùs neglectæ administrationis periculum eidem incumbat, & sententia rescissoria opus non sit, quia, ut diximus, sententia ipso jure nulla est: *Perez. ad d. tit. C. si tutor vel curat. &c. ad fin.* ubi illud pro singulari notat.

Quæres quartò, si una vel altera causa excusationis tanquam insufficiens fuerit rejecta, an tutor vel curator datus aliam opponere possit? Et Respondemus, quòd sic, quia habens plures defensiones, & unam proponens, reliquis renunciare non censetur, necessarium tamen est, ut proponat in termino 50. dierum, quia, ut diximus, ille legalis, & peremptorius est: Addit tamen Galganettus, bonum esse, ut proponens unam excusationem protestetur, quòd aliæ sibi debeant manere in salvo, quæ protestatio licèt bona sit, tamen inutilem, & superfluam judicamus: Quid si autem quis plures excusationes interposuerit, sed imperfectas, anné quoad validitatem conjungi possint, juxta Regulam. Et, quæ non prosunt singula, cuncta juvent? Et Respondemus, quamvìs tales imperfectæ excusationes plures sint, quòd tamen conjungi non possint. *l. spadonem. 17. §. si civitatis. ff. de excus. tut. l. 1. §. imperfectæ. Cod. qui numero tutel. &c.* Ex quibus juribus prædicta regula omninò subvertitur, & contraria statuitur, ut scilicet, quæ singula non prosunt, nec unita juvent, quamvìs multa sint. *Galganett. loc. cit. n. 43.* 92

Quæres denique quintò, cùm sæpè contingat, ut boni amici sibi invicem promittant, ut is, qui supervixerit, liberorum defuncti tutelam vel curatelam suscipiat, anné talis tutelam vel curatelam ex legitima causa recusare possit? Et Respondemus, quòd non, nisi post promissionem factam nova legitima causa, de qua tempore sponsionis cogitatum non fuit, supervenerit, ut pulchrè respondet *Galganett. loc. cit.* 93

Sunt tamen quædam personæ, quæ excusatione opus non habent, sed ipso jure à tutelis, & curis excluduntur, scilicet servus. *§. servus autem. Inst. qui testam. tut. dari possunt*; Mulier. *l. tutela. l. ult. ff. de tut. & l. 1. Cod. quando mulier tutel. offic. &c.* exceptâ Matre, & aviâ, de qua in *Art. 3.* Mutus, Surdus, Cœcus, furiosus, & mente captus. *l. 1. & l. ult. ff. de tutel. l. luminibus. Cod. qui tut. dari, &c. §. furiosus. Inst. qui testam. tutor.* Oportet autem, ut affectus isti verè tales sint, nam, si quis tantùm surdaster, cœcutiens, tardiloquens, vel hypocondriacus, vel per intervalla melancolicus sit, ut judicium, & intellectum non perdiderit, eorum excusatio sufficiens non est, quamvìs ejusmodi homines, qui vel in intellectu, vel in sensibus aliquem defectum patiuntur, maximè si notabilis sit, ad officium tutoris vel curatoris facilè nominari non debeant, cùm articulus noster aptiores, & habiliores requirat, quod potissimum in tutelis, & curatelis dativis observandum est. Deinde prodigus, *l. his qui. ff. de tut. & curat.* & minor. *§. item major. Inst. de excus. tut.* quoniam ipsi sub tutela vel curatela sunt, & proinde, cùm sibi prodesse non possint, incivile sit, ut alienis negotijs præficiantur. Denique miles. *§. idem & in milite. Inst. de excus. tut. l. militiæ. Cod. qui tutores dari possunt*, & Religiosi. *Novell. 123. Cap. 5. & 6. Auth: præsbiteros. l. generaliter. Cod. de Episcopis, & Cler.* nisi personarum miserabilium. *Can. ult. dist. 86.* Et quod principale est, si quis pupilli vel minorennis debitor sit, vel cum eo de notabili parte bonorum actionem, & litem habeat, de quo dicemus ad articulum ultimum hujus tituli. 94

Der Andere Articul.

STirbt ein Vatter/ vnd hat seinen Kinderen keine Vormunder gesetzt / so soll die Obrigkeit / vnder welcher der Vatter zur Zeit seines Absterbens / mit Weib vnd Kinderen / sein haußlich Anweesen gehabt / denselben Kinderen Vormunder ordnen / ob gleich die Kinder damalen / oder hernach an anderen Orthen in Diensten / oder sonsten wohneten / vnnd also beschaffen wären / daß sie der Vormunder oder Curatoren bedürfftig ; Da aber der vervormunden Kinder Elteren / Vatter oder Mutter mit haußlicher Wohnung in ein anders Gericht wurden ziehen / die Kinder seyen gleich bey jhnen oder anderswo / so sollen gleichwohl die Vormunder in der Vormundschafft / da sie wöllen / bleiben / doch fürterhin der jenigen Obrigkeit / vnder welcher der Kinder Elteren gezogen / Innhalt der Lands-Freyheit / Rechnung thuen / vnd so vil die Vormundschafft betrifft / derselben vnderworffen seyn. Es wäre dann / daß sich die Vormunder dessen wolten beschweren / mögen sie auff vorgehende ordentliche Rechnung / vnd Erstattung deß Rests / von der Vormundschafft abtretten / vnd die Obrigkeit / darunder der Kinder Vatter oder Mutter gezogen / jhnen alsdann andere Vormunder setzen. Da sich auch begebe / daß die nechste Freund nit vnder dessen Gerichtbarkeit / allda der Kinder Vatter oder Mutter gesessen / wonhafft wären / so mag solcher Gerichts-Herr / den anderen Gerichts-Herrn / vnder deme die jenigen / welche zu Vormunderen erkießt / wonhafft / ersuechen / daß dieselb jhme die Vormundschafft aufftrage / vnd jhne in die Vormundschafft pflicht neme. Doch soll ein solcher alsdann der Vormundschafft halben / vor der ersten Obrigkeit / vnder welcher der Kinder Elteren gesessen / vnnd verstorben / Rechnung zu thun schuldig seyn / da er aber hinderstellig / oder sonsten die Vormundschafft / wie sich gebührt / nit verwaltet / alsdann von seiner ordentlichen Obrigkeit / zu Laistung dessen / was er zu thun schuldig / angehalten / vnnd da er straffwürdig / der Gebühr nach gestrafft werden.

SUMMARIA.

1. *An datio tutoris sit simplicis jurisdictionis vel imperij?*
2. *Quot modis quis forum sortiatur?*
3. *An constitutio tutoris ad locum domicilij, vel originis, vel bonorum sitorum pertineat?*
4. *An ad locum domicilij patris vel pupillorum?*
5. *An idem locum habeat in constitutione curatorum?*
6. *An Magistratus secularis possit clerico minorenni curatores dare?*
7. *An tutela vel curatela extinquatur, si mulier post mortem patris locum mutet?*
8. *Quid si mutatio loci fiat remotè?*
9. *Quid si tutores vel curatores post mutationem loci tutelam dimittere velint?*
10. *Ubi post mutationem tutelæ rationes præstandæ sint?*
11. *Quomodò hæc verba intelligenda sint,* von der bevormunder Kindern Elterē?
12. *Quid requiratur, ut tutores vel curatores post translationem domicilij dimissionem impetrare possint?*

13. A

13. A quo Magistratu dimissio fieri debeat?

14. Ad quem Magistratum nova constitutio post dimissionem pertineat?

15. An in nova constitutione sit habenda ratio consanguineorum.

16. Quid si consanguinei alibi degant?

17. Ubi processus contra tutores vel curatores malè administrantes institui debeat?

ANtiquitùs apud Juris-Consultos quæstio erat, an datio tutoris sit sim- 1
plicis jurisdictionis, vel pertineat ad judicem superiorem, qui imperium
habet? *Stephan. de Jurisd. l. 1. cap. 4. Treutler. Vol. 2. disp. 8. Thes. 1. litt. C.*
quæ tamen hodiernis moribus sublata est, *Besold. de tutel. & cur. cap. 17.*
juxta dispositionem, deß Reichs-Abschied / de Anno 1648. Rubr: Von deren
Pupillen / unnd minder-jährigen Kinderen Tutoren, Vers: Wann aber nun.
Et de Anno 1577. *Tit. 32.* Cui se etiam consuetudo Patriæ nostræ confor-
mat, ratione cujus quilibet Magistratus, qui bassam jurisdictionem habet,
pupillis, & minorennibus suæ jurisdictioni subjectis, tutores vel curatores
constituere potest.

Altera tamen exinde quæstio oritur, cùm quis tripliciter forum sorti- 2
ri possit, ratione originis, ratione domicilij, & ratione bonorum in loco,
in quo illa sita sunt, utri Judici vel Magistratui ex his tribus vi bassæ sive
simplicis jurisdictionis constitutio tutorum vel curatorum competat? Et re-
solvit articulus noster remotis omnibus distinctionibus, quæ à doctoribus su-
per hac quæstione passim afferuntur, quòd constitutio tutorum, & curato- 3
rum pertineat ad judicem, sub cujus districtu jurisdictionali Pater pupillorum
vel minorennium domicilium suum habuit, & rectè, cùm jurisdictio do-
micilij potior sit jurisdictione originis, & hæc est sententia *Azonis. ad l.
unicam, verbo, ubi moratur. Cod. ubi petantur tutores. Gutierez. de tutel. & cur.
parte. 1. cap. 16. n. 4.* Deinde tutor datur principaliter personæ, & secun-
dariò tantùm rebus, non est igitur mirum, si dispositio principaliter perso-
nam respiciens effectum suum in consequentiam porrigat etiam ad bona,
Gail. 2. obs. 23. in fine. dictus Steph. l. 1. de Jurisd. cap. 33. n. 42.

Ampliatur hæc dispositio per articulum nostrum in tantum, tametsi pu- 4
pilli tempore mortis alibi in servitijs sint, aut etiam alibi proprium domi-
cilium habeant, quòd nihilominùs constitutio tutoris ab eo judice fieri de-
beat, ubi pupillorum defunctus Pater habitavit, non ubi ipsi pupilli de-
gunt, nam, cùm præsupponantur adhuc provisione tutelari opus habere,
rectè ijs judex vigilare debet, sub cujus jurisdictione Pater illorum domici-
lium habuit, ut, quod pater in testamento, vel ultima voluntate neglexit,
judex defuncti suppleat, ut proinde in constitutione tutorum respectus po-
tiùs habeatur ad patrem, quàm ad ipsos pupillos, & in effectu dici possit,
quòd in hoc casu, quo pupilli alibi degunt, potior habeatur jurisdictio o-
riginis, quàm domicilij.

Diximus, hoc locum habere in constitutione tutorum, sed quid dicen- 5
dum est de curatoribus? Et videtur, constitutionem curatorum pertinere
ad judicem, ubi bona sita sunt, per rationem, quòd curatores potiùs dentur
rebus, quàm personis, & hinc *Dominus Balthasar. Tit. 5. resolutione. 2. n. 6.*
docet, quamvìs clerico pupillo à judice laico tutor dari non possit, quòd
tamen curator rectè detur, eò quòd clerici in realibus à jurisdictione laica
non eximantur. Accedit, quòd articulus noster in rubro specialiter tantùm
de tutoribus loquatur, & non de curatoribus, in verbis: Welche Obrig-
keit den Kinderen Vormunder ordnen soll. Sed his non attentis, putamus, arti-
culo nostro conformius esse, ut non tantùm tutores, sed etiam curatores
ab illo Magistratu constituendi sint, ubi Pater defunctus domiciliū habuit,
verba articuli nostri sunt satìs clara, quæ præcipiunt, liberis defuncti Patris

alibi habitantibus, à Magiſtratu, ubi Pater domicilium habuît, providendum eſſe, ſi res ſic conſtituta ſit, ut liberi tutoribus vel curatoribus indigeant,
6 da ſie der Vormunder oder Curatoren bedürfftig. Nec obſtant in contrarium allata, nam etiam curatores dantur perſonis minorennium, ergò rectè dantur ab illo judice, ubi Pater minorennium domicilium habuit. Doctrinam D. Balthaſ: de clerico minorenni valdè dubiam exiſtimamus, cùm enim judex, ubi bona ſita ſunt, ut modò probavimus, ex articulo noſtro ipſis minorennibus laicis curatores dare non poſſit, multò minùs dare poterit clerico minorenni: Deindè jam ſupra diximus, quòd ex notoria conſuetudine Patriæ noſtræ, ex diſpoſitione articuli ſubſequentis tutela ipſo jure continuetur in curatelam, ſi ergò præſupponas, pupillo clerico tutorem datum eſſe à judice Eccleſiaſtico, poſt pubertatem illius tutor ab Eccleſiaſtico judice datus erit curator, & ſic curatorem habenti ampliùs curator à judice rerum ſitarum dari non poteſt.

7 Quid ſi autem poſt mortem Patris mulier domicilium ſuum in alium locum transferat, annè tutela vel curatela liberorum propter mutationem domicilij extinguitur? Et negativè reſpondet articulus noſter, per rationem, quia ſemel legitimè conſtituta tutela vel curatela per mutationem domicilij non imutatur, ſive liberi in priori loco, ubi tutores conſtituti ſunt, maneant, ſive cum matre aliò tranſmigrent.

8 Et ex hac conſtitutione ſequentia notanda ſunt. 1. Quòd articulus non tantùm loquatur de tranſmigratione ab uno loco in alium propinquum, ſed etiam remotum, quia utitur verbis: In ein anders Gericht / quæ etiam remotiorem tranſmigrationem important, cùm una præfectura ab altera ſubinde aliquot milliaribus diſtet. Durat igitur tutela vel curatela, tametſi mater cum liberis ſuis longiùs proficiſcatur, & ibi ſedem ſuam figat, quoniam talis tranſmigratio modus ſolvendæ tutelæ vel curatelæ non
9 eſt. 2. Quòd articulus tamen adminiſtrationem tutelæ vel curatelæ tutorum vel curatorum voluntati relinquat, in verbis: Da ſie wöllen / ergò, ſi nolunt, à contrario ſenſu dimiſſionem à tutela vel curatela petere poſſunt: Quod nos ſic intelligimus, ſi diſtantia ſit talis, quæ præbet magnam difficultatem adminiſtrandi, & ſic juſtam excuſationem, prout ſupra explicavimus causâ 18. excuſationum.

10 3. Quòd tamen translato domicilio rationes præſtandæ ſint non judici, qui tutores vel curatores dedit, ſed ei, in cujus diſtrictum juriſdictionalem domicilium translatum eſt: Ratio eſt, quia fundamentum fundandæ juriſdictionis in tutelæ vel curatelæ conſtitutione, eſt domicilium Patris defuncti, ergò eo translato in alium locum, transfertur etiam juriſdictio quoad adminiſtrationem tutelæ vel curæ.

11 Interim fatemur, nos hunc articulum non ſufficienter intelligere, ille enim non de matre ſolùm, ſed de pupillarium liberorum parentibus loquitur: Von deren bevormunden Kinderen Elteren Vatter oder Mutter / nam, ſi præſupponas, Patrem mutâſſe domicilium, ipſius liberi non poſſunt dici, bevormundet / cùm Patria poteſtas poteſtatem tutelarem vel curatelarem excludat, debemus ergò hunc terminum, deren bevormunden Kinderen Elteren / quoad Patrem explicare de vitrico, von einem Stieff-Vatter / vel de Patre prodigo, furioſo, aut mente capto, cujus liberis eo vivente tutores vel curatores conſtituti ſunt, vel certè in hunc textum menda irrepſit, ad hoc enim, ut tutor vel curator liberis detur, præſupponi debet, Patrem mortuum eſſe, cùm liberi Patre in vivis exſiſtente nec tutore nec curatore egeant.

12 Quartò notandum eſt, ſi tutores vel curatores dati poſt translationem domicilij ad continuandam tutelam vel curatelam propter diſtantiam nolint ampliùs eſſe obligati, quòd priùs, antequàm dimittantur, & novi tutores

vel

vel curatores constituantur, rationes præstare, & reliquum solvere debeant; Ratio est, quia præstatio rationum, & residui solutio essentiale requisitum est tutelæ vel curatelæ dimittendæ, ita ut tutor vel curator à juramento non absolvatur, nisi præstitis rationibus, & residuo soluto, ut dicemus *Articulo 4. & 5.*

Notandum est quintò, quòd dimissio tamen fieri debeat à Magistratu, 13 quò domicilium translatum est, licèt enim videatur dicendum, quòd illius judicis sit dimmittere, cujus fuit constituere, cùm unumquódque eo modo solvi debeat, quo fuit colligatum, nihilominùs tamen, quia articulus noster exprefsè disponit, quòd post translationem domicilij tutores vel curatores alibi dati, sub jurisdictionem illius Magistratus cadant, in cujus districtu jurisdictionali novum domicilium positum est, & quòd proinde rationum redditio, & reliquorum solutio coram novo Magistratu præstari debeat, necessariò sequitur, quòd etiam illius officio incumbat, super dimissione, an justè vel injustè petatur, concedi vel denegari possit, cognoscere, & judicare, ut ita prioris Magistratus, qui tutores constituit, jurisdictio per translationem domicilij extincta esse præsupponatur.

Notandum est sextò, quòd, dimissis prioribus tutoribus vel curatoribus, 14 nova subrogatio non spectet ad priorem judicem originis, sed ad novum Magistratum, in cujus districtum domicilium parentum translatum est: Ratio per se patet, cùm enim, ut dictum, translato domicilio tutores, & curatores cadant sub jurisdictionem novi Magistratus quoad administrationẽ, rationum redditionem, reliquorum præstationem, dimissionem, & alios actus tutelares, necessarium est, ut eidem etiam nova subrogatio tutorum vel curatorum competat: Et hoc indistinctè, sive liberi, qui tutore vel curatore indigent, cum parentibus in loco noviter constituti domicilij habitent, vel alibi degant, cùm, ut supra jam diximus, respectus habeatur ad domicilium parentum, & non ad personas pupillorum vel minorennium, multò minùs ad locum, ubi pupillorum vel minorennium bona sita sunt.

Notandum est 7. quòd, sicut in prima constitutione tutorum, prima 15 ratio habenda est consanguineorũ, & propinguorum, ut diximus ad *1. Art.* ita etiam in surrogatione, eorum consideratio habenda sit, qui enim spem successionis habent, justè etiam præ alijs onera suscipient.

Sed quid si 8. consanguinei, & propinqui non sub ea jurisdictione, 16 ubi subrogatio tutorum vel curatorum facienda est, degant, sed alibi domicilium habeant? Tunc per litteras mutui compassus Magistratus illius loci requirendus est, ut ejusmodi consanguineis, & propinquis tutelam vel curatelam injungat, & juramentum tutelare vel curatelare ab illis suscipiat, qui tamen postmodùm quoad administrationem tutelæ vel curatelæ, rationum redditionem, & reliquorum præstationem illi judici subsunt, ubi parentes liberorum pupillarium vel minorennium domicilium habent; Quod tamen in multis locis non observatur, maximè inter homines plebejos, cùm plerúmque judex domicilij alterum judicẽ, ubi personæ, quæ ratione consanguinitatis vel propinquitatis ad tutelam vel curam designantur, degunt, pro remissione requirit: Schreibt vmb die Verschaffung / quâ factâ judex domicilij remissis juramentum tutelare vel curatelare imponit: Quamvìs libenter fateamur, si judex requisitus remissionem denegare, & ipse personas designatas juramento tutelari vel curatelari, sive, ut jura nostra loquuntur, sacramento tutelaris administrationis obligare velit, quòd omninò sit audiendus, quia articulus noster hanc obligationem, die Verpflichtung der Vormunder / judici, ubi tutores vel curatores habitant, & non judici, ubi Pater vitricus pupillorum vel minorennium, vel potiùs ipsi pupilli, & minorennes domicilium habent, adjudicat.

17 Notandum tamen 9. tametsi tutores vel curatores alterius jurisdictionis, quoad administrationē rerum pupillarium vel minorenniū, item quoad redditionem rationum subsint judici domicilij, si tamen contingat, ut reliquatores fiant, vel aliàs contra ipsos tanquam malè administrantes executivè procedi debeat, processus non coram judice domicilij, ubi constitutio sive subrogatio tutelæ facta est, sed coram ordinario magistratu ipsorum tutorum vel curatorum instituendus esse videatur, quod quidem in articulo nostro ad finem obscurè proponitur, cùm hujus tantùm tenoris sit, quòd judex ordinarius tutorem reliquatorem, vel malè administrantem ad præstandum id, was Er zuthuen schuldig / id est, quod pupillis vel minorennibus debet, exsequi, &, si punibilis reperiatur, eum mulctare debeat. Cujus autem judicis cognitio sit, quid tutor reliquator debeat, & in quantum punibilis sit: An judici domicilij, ubi rationes reddi, & examinari debent, vel an judici, cui tutores vel curatores tanquam ordinario Magistratui subsunt? Articulus noster clarè non definit. Nos salvo meliori judicio putamus, cognitionem de bona vel mala administratione pertinere ad judicem domicilij, ubi tutores vel curatores ad examinandam administrationem, & rationum disquisitionem obligati sunt, qui tamen post causæ dijudicationem exsecutionem non habet, sed alterum judicem, cui tutores vel curatores subsunt, requirere debet, ut in reliquatores per exsecutionem procedat, & eos condignæ mulctæ subjiciat; Uno verbo, processus malæ administrationis pertinet ad judicem, cui tutelæ administratio subest, processus autem exsecutionis post debitam requisitionem, & litteras mutui compassus pertinet ad judicem sive magistratum, cui tutores vel curatores subsunt; Ratio hæc satis clara est, cùm etiam in omnibus alijs causis, quando sententia legitimè lata est, judici autem exsecutio deficit, quia fortè in ejus districtu sive territorio condemnatus nulla bona habet, in quæ exsecutio fieri possit, recurritur ad implorandum brachium alterius judicis, in cujus districtu bona condemnati sita sunt, ut supra in *Processf. Summ. Tit. 11. Art. 6.* fusiùs explicavimus.

Der Dritte Articul.

Wo auch ein Wittib nach Absterben jhres Hauß-Wirths / jhren Wittib-Stuel nit verrucken / sondern sich in Ehrbar- vnd Frombkeit gern bey jhren Kindern / denselben zu nutz vnd guet / enthalten wolte / vnd deßhalben hiervon keine besonder Heurat-Geding / oder Verträg auffgericht weren / oder der verstorbne Vatter vor seinem Todt durch Testament / oder in ander weg kaine andere Vormunder geordnet hett / die mag / auff zuvor gemachtes ordenlich Inventarium, in massen sonsten ein Vormunder zethun schuldig ist / jhrer Kinder Vormunderin wol seyn / vnd soll alsdann vnverhindert meniglich es / als lang sie jhren Wittib-Stand nit verkehrt / noch den Kindern schädlich zu seyn vermerckt würdet / bey solcher Vormundschafft / vnnd jhren Kindern gelassen werden / doch sollen jhr / in dem Fall / wann in den Heurats-Gedingen / oder deß Vatters letzten Willen / der Wittib die Vormundschafft nicht anbefohlen were / zween ordenliche verpflichte Vormunder zuegeordnet werden / denen sie Jährlich / wo nit gar specificirte, doch auff das wenigist summarische Rechnung thuen solle / damit man sehen mög / ob sie den Kin-

Kinderen zu Nutzen oder Schaden hause. Were aber jhr die Vormundschafft durch Geding / oder letzten Willen / wie erst angedeut / vertrauet / sollen jhr alsdann nur Beystånder / ohne sondere Vormundschafft-Pflicht zugeordnet werden / denen sie summarische Rechnung / auß denen man / ob sie den Kindern zu Nutz oder Schaden hause / wol vnd aigentlich verspůhren můge / Jåhrtlich thun solle / vneracht im Heuraths-Geding / oder Testament / sie der Rechnung vnd Inventur entlassen wåre. Wurden aber die jhr zugeordnete Vormunder oder Beystånder / so wol im ersten / als andern Fall / Mångel bey der Wittiben Verwaltung vnd Haußhaben vermercken / vnd sie solchen auff beschehene Ermahnung nit verbessern wöllen / mögen sie solches an die hohe Obrigkeit gelangen lassen.

SUMMARIA.

1. *Quomodò mater vel avia in defectum paternæ dispositionis liberis tutores dare possint?*
2. *An etiam mater, & Avia tutrices esse possint?*
3. *Quare regulariter fœminæ inidoneæ sint?*
4. *Quare mater, & avia excipiantur?*
5. *An cogantur esse tutrices liberorum?*
6. *An semel susceptam tutelam iterum dimittere possint?*
7. *Quid requiratur, ut mater vel avia tutrix liberorum esse possit?*
8. *Quid si de novo nubant?*
9. *Quid in secundis nuptijs matris vel aviæ ratione tutelæ ampliùs agendum sit?*
10. *Quid si mater vel avia luxuriosè vivat?*
11. *Quid si mater vel avia se tantùm ad secundas nuptias declaraverint?*
12. *An sponsalia de futuro matrem, & aviam tutelâ liberorum privet?*
13. *An autem impediant tutelæ delationem?*
14. *An per secunda vota ammittant tutelam etiam testamentariam?*
15. *Quid si pater expresè disposuerit, ut mulier etiam binuba tutrix sit?*
16. *An pater in testamento prohibere possit, ne mater vel avia tutrix sit?*
17. *Quid si uxori tutela debeatur ex pactis dotalibus?*
18. *Quid si in pactis dotalibus eidem tutela expresè adempta fuerit?*
19. *Quid si pacta dotalia meram vim conventionis habeant?*
20. *An pater inter vivos de liberorum tutela disponere possit?*
21. *Quatenùs valeat dispositio patris, si uxori tutelam in pactis dotalibus datam adimat?*
22. *An mater tutrix liberorum teneatur inventarium conficere?*
23. *Quid si Pater in testamento confectionem matri remiserit?*
24. *Quid si illam prorsùs vetuerit?*
25. *Quæ sint pœnæ non conficientium inventarium?*
26. *An hæ pœnæ etiam in matre, & avia locum habeant?*
27. *Quomodò in patria nostra matri, & aviæ contutores vel assistentes adjungantur?*
28. *Quando mater, & avia rationem reddere debeant?*
29. *Quæ hac in parte distinctio inter homines plebeios, & nobiles sit?*
30. *An mater tutrix debeat senatus-consulto vellejano renunciare?*
31. *An hæc renunciatio sit pro forma substantiali?*
32. *An mater, & avia, & quatenùs ad satisdationem obligentur?*
33. *An etiam tutor testamentarius satisdare debeat?*
34. *An matris, & aviæ bona pro administratione tutelæ obligata sint?*
35. *Quando matris, & aviæ tutela tolli possit?*
36. *Quæ sit differentia inter matrem, & aviam binubam, aut malè administrantem?*

37. An

37. An hoc etiam in nobilibus personis locum habeat?
38. An matri vel aviæ plebeiæ contutores vel assistentes adjungi debeant?
39. An mater minorennis tutrix esse possit?
40. An minorennis nupta possit reputari pro majorenni?

1 DIximus ad articulum primum, quòd, si Pater liberis suis de tutoribus, & curatoribus non providerit, illud jus etiam matri, & aviæ ob singularem præsumptionem amoris, & bonæ affectionis tribuatur, ut in defectu Paternæ dispositionis liberis vel nepotibus suis tutores dare possint,
2 nunc in hoc articulo quæritur, an etiam mater vel avia liberorum, & nepotum suorum tutrices vel curatrices esse possint? Et, licèt regulariter mulieres ad officium tutelæ vel curatelæ administrandum non tantùm ideò, quia publicum, & virile est, sed vel maximè ex eo habeantur pro inidoneis,
3 & inhabilibus, quia destituuntur prudentia, consilio, & judicio, quæ in tutoribus, curatoribus desiderantur. *l. si Pater in fine. l. 1. ff. quando Mulier tutor. offic. fungi &c.* per *Novellam* tamen *118. cap. 5. & Novellam 94. cap. 2. item per Auth. matri, & aviæ: Cùm sequenti C. quando mulier tutelæ officio &c.*
4 Mater, & avia excipiuntur, quæ ad liberorum vel nepotum suorum ante omnes reliquos legitimos tutores consanguineos, & propinquos tutelam, vel curam admittuntur; Cum qua distinctione juris communis articulus noster convenit; Solis igitur testamentarijs tutoribus à Patre datis, Mater, & avia postponuntur, legitimis autem vel dativis tutoribus præferuntur, idque, ut dictum, ob singularem amorem, quem erga liberos, & nepotes gerunt, quibus etiam optimè prospecturæ præsumuntur: *Perez ad dict. Tit. C. n. 1.*

5 Statim autem ex rubro notandum est, quòd mater, & avia possint esse tutrices liberorum, & nepotum suorum, sed non cogantur esse; Juxta verba: Daß die Wittiben ihrer Kindern Vormunder seyn mögen / defertur illis hic honor, sed non imponitur inivtis, *l. 2. C. eod. glossa, & D.D. in Auth. matri, & aviæ C. eod.* Et hinc *Antonius Faber ad dict. Tit. C. defin.*
6 *1.* benè infert, quòd, sicut mater tutelam liberorum suscipere non cogitur, ita etiam eandem sibi à marito aut judice delatam, & agnitam liberrimè iterum dimittere possit, licèt nullam causam dimittendi allegaverit aut probaverit.

7 Ut autem mater vel avia tutelam liberorum vel nepotum suscipere, & administrare possit, sequentia requiruntur. 1. Ut maneat in viduitate. Antiquitùs quidem necessarium fuit, ut mater vel avia tutelam liberorum subjens debuerit secundis nuptijs cum juramento renuntiare, *l. 2. C. quando mulier offic. tutel.* quod tamen postmodùm Justinianus in *Auth. Sacramentum. C.*
8 *eod.* correxit, & expresse constituit, ut Sacramentum quidem non exigatur, sed contractis secundis nuptijs mulier tutelam amittat, salvâ minoribus omni aliâ, prout juris est, cautelâ, & huic correctioni etiam se conformat articulus noster in verbis: So lang sie ihren Wittib-Stand nit verkehrt / nam per transitum ad secunda vota ipso jure tutelam perdit: *dict. Auth. matri, & aviæ, & Auth. Sacramentum C. quando mulier. &c.* per rationem, quia sublatâ causâ tollitur etiam effectus, causa autem, quòd mater, & avia tutrices esse possint, est præsumptus amor, & affectio erga prolem, qui per secundas nuptias præsumitur omninò extinctus, *l. lex quæ tutores C. de administ. tut.*

9 Multùm quidem D.D. disputant, an matre per secundas nuptias à tutela liberorum remota locus sit tutelæ legitimæ vel dativæ, sed, quia nos supra diximus, quòd tutela legitima vi statutorum nostrorum omninò extincta, & in dativam commutata sit; sic ex supra dictis necessariò sequitur, quòd ordinario magistratui domicilij inter personas plebejas, vel inter per-

ſonas nobiles defuncti, conſanguineis, & propinquis reſtauratio tutelæ vel curatelæ per ſecundas nuptias matris vel aviæ quaſi, ut ita dicam, viduatæ incumbat; ita tamen; ut præcipua ratio, & conſideratio habeatur conſanguineorum; & propinquorum habilium: Juxta notandum 7. Et hoc modo ipſo jure dicta controverſia, an legitima vel dativa tutela ſuccedat tutelæ matris vel aviæ, eliditur; Nam tutela vel curatela, quæ conſtituitur ab ipſo judice ex conſanguineis, & propinquis, dativa eſt, &, quæ conſtituitur à nobilibus perſonis conſanguineis ex ſuo gremio, confirmatione opus habet, *juxta articulum 4. ſubſequentem*: Utraque igitur in effectu dativa; & conſequenter ſecundùm diſpoſitionem ſtatutorum noſtrorum controverſia hæc inutilis eſt.

Quod autem dictum eſt de matre vel avia binuba, id etiam ſecundò locum habet in matre vel avia luxurioſè vivente. *l. ult. C. quando mulier tutelæ offic. &c. ubi gloſſa ſupermarginalis ſub litt. B.* hanc ſententiam expreſsè approbat; Convenienter noſtro articulo, qui ſingulariter hoc exigit, ut mater vel avia cum liberis ſuis, in Ehrbar- vnd Frombkeit / cohabitare velit: Et hujus rei ratio ſatis conveniens eſt, ſicut enim mulier per ſecundas nuptias amorem, & affectionem à liberis; & proprio ſuo ſanguine in ſecundùm maritum transfert, ita multò magis præſumendum eſt, quòd luxurioſè vivendo omnem affectionem cum damno, & periculo liberorum ſuorum in Procum, & fornicatorem ſuum ſit averſura. Sunt multi D.D. qui 11
non ſine ratione dicunt, quòd mater non ſolùm ſecundò nupta, ſit repellenda à tutela filiorum, ſed etiam ſi declaraverit, ſe velle ad ſecundas nuptias tranſire, nam, dum mulieres ad ſecundas nuptias aſpirant, recolligunt ſarcinulas, & diſponunt, quæ volunt ſecum aſportare ad domum futuri viri, componunt ad ſuam utilitatem rationes, & omnia agunt in fraudem filiorum, ac eorum excoriationem: *Tyraquell. de cauſa ceſſante, limit. 12. n. 10. Caſſanæus ad conſuet. Burgund. rub. 6. §. 8. n. 25. Galganett. l. 3. quæſt. 13. n. 17.* Nos quidem hujus opinionis non ſumus, cùm nemo debeat cogitatio- 12
nis ſuæ pœnam pati, & communis ſit opinio, quòd etiam ipſa ſponſalia de futuro hunc effectum non habeant, ut mater vel avia priventur tutelâ filiorum vel nepotum ſuorum: *Idem Caſſanæus, & Galganett. loc. cit.* tamen, ne vita luxurioſa majus privilegium habeat, quàm ſecundæ nuptiæ honeſtæ, rectè communiter dicitur, quòd mulier luxurioſè vivens non minùs tutelam amittat, quàm ſi ad ſecunda vota tranſeat, nos calculo noſtro adderemus cum citatis paulò ante D. D. quòd mulier, quæ de luxurioſâ vitâ quidem non convicta, ſed ex gravibus, & prægnantibus indicijs ſuſpecta eſt, privari debeat tutela filiorum ſuorum, ne filiorum facultates, in turpes, & impuros amores impendat.

Hoc interim tertiò ſingulariter notandum eſt, quòd, tametſi mater vel 13
avia contractis ſponſalibus de futuro, non amittat tutelam vel curatelam liberorum ſuorum ſemel ſuſceptam, nihilominùs tamen poſt ſponſalia de futuro ad tutelam admitti non debeat: *Speculator de tutore §. nunc dicendum, verſ. quòd ſi nondum n. 3. & 4. Galganett. loco cit. n. 18.* Imò, ſi mulier talis declarationem fecerit, quòd ad ſecunda vota tranſire velit, tametſi nullis ſponſalijs adhuc obligata ſit, à tutela filiorum ſuorum nondum ſuſcepta omninò removendam eſſe cenſemus: Honeſtiùs enim non admittitur, quàm poſtea dejiciatur, & ad hunc caſum maximè quadrant rationes paulò ante adductæ, faciliùs enim aliquid impeditur ab initio, quàm tollatur ex poſtfacto.

Extenditur autem, quartò, hæc regula de ammiſſione tutelæ per ſecun- 14
das nuptas matris vel aviæ, tametſi illæ à marito vel in pactis dotalibus, vel in teſtamento, aut alia quavis ultima voluntate pro tutricibus fuerint declaratæ: Ratio eſt, quia ſemper remanet cauſa impeditiva, ne ſcilicet filijs

vel nepotibus suis præjudicium faciant. *Gutierez de tutel. & curat. par. 1. cap. 9. n. 16.*

15 Sed de testamentaria tutela quintò ulterior quæstio superest, an non mater eam retinere possit, si testator expresse disposuerit, ut binuba uxor tutrix sit? Et verius esse putamus, quòd infirmetur dispositio testatoris, cùm in voluntate privati consistere non possit, leges publicas immutare.

16 Illud tamen sextò dubium est, si Pater pro liberis suis in testamento nullos tutores vel curatores dederit, sed expressè disposuerit, ne mater vel avia ad liberorum tutelam vel curatelam admittatur, an talis dispositio teneat? Per rationem paulò ante allegatam, quòd maritus uxori privilegium à lege datum, privata authoritate aufferre non possit, sive quòd legis dispositio hominis privati dispositioni non subsit: Quæ sententia eò magis videtur esse probabilis, quia in patris potestate est, ut constituendo tutorem testamentarium, tutelam matris vel aviæ evertat, sed, tametsi Pater nullum testamentarium tutorem constituerit, liberam judici ordinario constitutionem tutelæ relinquendo, nihilominùs hunc vel illum privatum sibi suspectum à tutela in testamento suo excludere potest, cur non idem possit de uxore sibi suspecta? Ratio in contrarium allata, quòd matri, & aviæ tutela deferatur ab ipsa lege, nostra opinione nullius momenti est, Lex enim nec matri nec aviæ tutelam præceptivè imponit, sed tantùm permissivè, ut paulò priùs diximus, nec Patri, cujus judicium pro liberorum suorum salute validissimum est, harum mulierum exclusionem inhibet, ergò nullam necessitatem invenimus, patrem obligandi, ut uxoris suæ vel aviæ, quarum honori fortè parcere paratus est, non nisi per testamentariam tutelam procurare possit.

Tutela legitima consanguineorum magìs legalis, & præceptiva est, quàm matris, & aviæ, & tamen quis negabit, quin non hodierno jure nostro, quo legitima tutela in dativam transit, pater in testamento suo cavere possit, ne hic vel ille ex consanguineis sibi suspectis post mortem suam ad liberorum tutelam assumatur, cur ergò non idem judicium de uxore sibi suspecta in ultimo elogio suo validè proponere possit?

17 Difficilior quæstio est septimò, si uxori per pacta dotalia tutela vel curatela liberorum constituta fuit, an Pater illam in testamento reprobare, & invalidare possit? & videtur dicendum, quod non: Ratio dubitandi ex ipso nostro articulo desumitu, qui disponit, ad hoc, ut mater possit esse tutrix liberorum suorum, requiri, quòd in pactis dotalibus vel transactionibus contrarium non fuerit convē-

18 tum, si ergò articulus noster matri denegat tutelam liberorum, quando in pactis dotalibus aliud conventum fuit, scilicet, ut uxor liberorum tutrix esse non possit, ergò à contrario sensu, si in pactis dotalibus expresse conventum fuit, ut vidua tutelam liberorum habere, & administrare possit, hæc conventio à Patre in testamento irritari non potest, pactorum enim dotalium ea vis est, ut exactè observari debeant, ut diximus *ad art. 18. & 19. tit. 1.* der Land-Recht / Et hujus opinionis fuerunt consiliarij legislatoris in examinatione hujus articuli, ubi expresse hanc limitationem ponunt, quòd mater tutrix esse non possit, si sic in instrumento dotali pactum, & conventum fuerit. Sed nos existimamus, distinctione opus esse, an constitutio tutorum vel curatorum in instrumento dotali facta valeat in vim ultimæ voluntatis, vel in vim pacti, & actûs inter vivos, si valeat in vim ultimæ voluntatis, certum est, quòd Pater potestatem habeat, tutelam uxori in casum suæ mortis commissam per testamentum subsequens infirmandi, quia ultima voluntas ad ultimum spiritum semper revocabilis est: Si autem tutela mutuo, & reciproco consensu uxori in vim pacti, & transactionis decreta est, unius partis dissensu infirmari aut irritari non potest: Si quæras, in dubio, quando non satis apparet, an tutela uxori per modum

ulti-

ultimæ voluntatis, vel per modum pacti, & conventionis permissa sit, quid sentiendum? Respondemus, jam supra nos *ad Art. 19. Tit. 1. cum D. Rhat.* hujus opinionis fuisse, quòd dispositio facta in casum mortis semper habeatur pro dispositione ultimæ voluntatis, quidquid *D. Balth. ibidem* in contrarium dixerit; In pactis autem dotalibus dispositio de tutela à viduâ administranda semper confertur in casum mortis, si maritus uxori præmoriatur, ergò valet in vim ultimæ voluntatis, & consequenter à Patre in testamento est revocabilis.

Si autem ponas, pacta dotalia ita concepta esse, ut merum sensum 19 conventionis habeant, nec pro ultima voluntate ullo modo explicari possint, tunc non dubitamus, quin secundùm articulum nostrum sustinenda sint, cùm mens articuli, ea, quæ in instrumento dotali de futura tutela liberorum disposita sunt, per expressum approbet.

Dices, nos *supra ad Art. 1. sequela 2.* dixisse, quòd Pater per actus inter 20 vivos de liberorum tutela nihil disponere possit, ergò nec pactum valet, quo in instrumento dotali tutela in viduam confertur, respondemus, quòd Patris dispositio de tutela liberorum facta per actum inter vivos in tantum non valeat, ut tutela dici possit testamentaria, valet tamen, ut nihilominùs sustineri debeat, si confirmatio judicis accedat, quæ in testamentaria tutela necessaria non est: Dicimus igitur convenienter, si in pactis dotalibus non per modum ultimæ voluntatis, sed per modum conventionis tutela liberorum in uxorem collata est, quòd illa non valeat ut testamentaria tutela, sed ut dativa, & sic confirmatione judicis opus sit: Nunc ergò redeundo ad supra propositam quæstionem, an Pater uxori tutelam in pactis 21 dotalibus per conventionem datam in testamento iterum adimere possit, respondemus quidem negativè, sed, si talem ademptionem Pater fecit, certè judicis officio incumbit, ut facilè tutelam uxori non confirmet, nisi priùs sollicitè inquirat, quam causam Pater habuerit adimendæ tutelæ uxori, nam, cùm Pater uxoris suæ mores optimè novisse, & liberis suis, ne per malam administrationem uxoris lædantur, prospicere voluisse præsumendus sit, sanè nostra opinione talis paterna dispositio sufficiens argumentum præbet, in mores uxoris, quam fortè maritus diffamare noluit, inquirendi, &, si administrationem mulieris periculosam esse invenerit, confirmationem denegandi: Quam tamen nostram opinionem aliorum judicio libenter submittimus.

Octavò principale requisitum est, si vidua velit tutelam liberorum su- 22 scipere, ut inventarium conficiat; Inventarium enim fundamentum est omnis administrationis, maximè verò in tutela, & cura pupillorum, & minorennium, ad cujus confessionem omnis tutor obligatus est, sive sit testamentarius, sive legitimus, sive dativus, sive judicialiter ab ordinario magistratu datus, sive à nobilibus juxta speciale privilegium suum patriæ extrajudicialiter electus sit, *Gutierez de tutel. & cur. par. 1. cap. 8. n. 41. & 48.* Et quamvìs leges de matris, & aviæ pietate erga liberos, & nepotes plurimùm confidant, tamen propterea nec mater nec avia à confectione inventarij relevantur. *Galganett. lib. 2. tit. 2. n. 12.* concordat articulus noster, qui à matre confectionem solennis inventarij eo modo requirit, **wie es ein jeder Vormunder zuthuen schuldig ist**: Et licèt Pater in testamento suo, vel etiam 23 in pactis dotalibus confectionem inventarij matri, & aviæ remittere possit, *juxta Galganettum loc. cit. n. 3.* nihilominùs tamen fieri debet descriptio bonorum, cùm vidua tutrix melioris conditionis non sit, quàm ipse Pater, qui tanquam legitimus administrator bonorum ad liberos spectantium non quidem tenetur ad inventarium conficiendum, tenetur tamen ad prædictam descriptionem. *Molina de jure Primogenituræ cap. 15. n. 34. & seq.* Imò hæc descriptio necessaria est, non modò, si Pater confectionem inventarij remiserit,

rit, ſed etiam, ſi inventarium fieri prorsùs vetuerit. *Gutierez par. 2. cap. 1. n. 37.* Ratio eſt, quia etiam mater, & avia ad rationes reddendas obligatæ ſunt, ut paulò poſt videbimus, rationes autem reddi non poſſunt, niſi vel inventarium ſolenne, vel ſummaria quædam deſcriptio tanquam fundamentum rationum adſit. Sunt autem quatuor pœnæ non conficientium
24 inventarium; Prima eſt incurſio doloſæ ſuſpicionis. *l. tutor qui. ff. de adminiſt. tut.* Secunda incarceratio, ob præſumptionem furti rerum pupillarium, §. *Sancimus Auth. de Hæred. & falcid.* Tertia eſt incurſus infamiæ: Quarta, quòd contra non conficientem inventarium ad liquidandum omne damnum, & intereſſe juretur in litem: *Idem Galganett. loc. cit. n. 12.* ubi
25 expreſsè dicit, quòd hæ pœnæ etiam locum habeant in matre, & avia inventarium negligentibus, ſola incarceratione excepta: *Caſſanæus in conſuet. Burgundiæ rub. 6. des Enfans. n. 12.* Sunt quidem multi hujus opinionis, quòd mater, & avia ab inventarij confectione, ſi non de jure, ſaltem de conſuetudine immunes ſint: ut videre eſt apud *Boërium deciſ. 61.* certè in patria noſtra matri, & aviæ, ob reverentiam neceſſitatem conficiendi inventarij, & præſtandarum rationum olim remiſſam fuiſſe, ex eo probabile eſt, cùm neque, in der Bayriſchen Lands-Ordnung / *de Anno 1553. l. 3. Art. 7. nec in Reformatione de Anno 1588. Tit. 44. Art. 1. & Tit. 51. Art. 2.* hujus obligationis ulla mentio fiat, *& dictus Art. 7.* der Bayriſchen Lands-Ordnung / expreſsè addat, ut redditio rationum à matre tunc tantùm fieri debeat, quando magiſtratui vel aſſiſtentibus id neceſſarium viſum fuerit: Attamen in hoc articulo noſtro præciſa diſpoſitio de inventario conficiendo, & reddendis rationibus facta longè tutior eſt, &, ſi quæ contraria conſuetudo priùs irrepſit, eam juſtiſſimè ſublatam per nova ſtatuta noſtra exiſtimamus.

26 Hoc Nonò ſpeciale eſt in jure noſtro Bavarico, ut matri vel aviæ tutelam liberorum ſuſcipientibus, vel alij contutores, vel ad minimum aſſiſtentes adjungantur, cum hac diſtinctione, an tutelam ſponte, & proprio motu ſuſcipiant, aut an eam ex teſtamento patris, vel ex dotali inſtrumento conſequantur. Si ſponte, & ex proprio motu tutelam affectant, ipſis adjunguntur duo alij tutores non honorarij, ſed veri, qui juramentum pupillaris adminiſtrationis præſtare obligati ſunt: Si verò tutelam ex teſtamento paterno, vel ex inſtrumento dotali habeant, adjunguntur ipſis duo aſſiſtentes, qui à præſtatione juramenti tutelaris immunes ſunt: Et
Diff. in hoc notabilis eſt differentia inter jus noſtrum ſtatutarium, & jus commune, cùm *nec Auth. matri, & aviæ C. quando mulier, &c. nec Novell. 114. cap. 2. aut Novell. 118. cap. 5.* de adjunctione contutorum aut aſſiſtentium quidquam diſponant.

27 Decimò obſervandum eſt, tametſi antiqua ſtatuta noſtra paulò ante allegata Matri, & aviæ tutricibus redditionem rationum tantùm injunxerint in eo caſu, quo id magiſtratui vel conſanguineis, & propinquis neceſſarium viſum fuerit, quòd tamen articulus noſter eam in ſingulos annos ſpecialiter requirat.

28 Quod undecimò noſtra opinione cum ſupra allegata diſtinctione intelligendum eſt, an perſonæ nobiles vel plebejæ ſint. Sicut enim perſonæ nobiles contutores vel aſſiſtentes ex conſanguineis, & propinquis eligunt, judicique ad confirmationem præſentant, ita etiam jus, & poteſtatem habent, à matre vel avia adminiſtrationis ſuæ rationes petendi, & diſquiſitionem ſive examinationem earum faciendi. Plebei verò homines magiſtratui ordinario rationes reddunt, ut conſequenter id, quod in articulo noſtro de rationibus à matre, & avia contutoribus vel aſſiſtentibus reddendis diſpoſitum eſt, ad perſonas nobiles tantùm reſtringendum ſit. Interim utriſque incumbit, ut redditio rationum annuatim fiat.

Duo-

Duodecimò obſervandum eſt, quòd, licèt articulus noſter matri, & aviæ tutricibus renunciationem S. C. Velleiani non injungat, nos tamen eandem omninò neceſſariam eſſe judicemus: Ratio eſt, quia Auth. *matri, & aviæ &c.* duo requirebat, ut nimirum mater vel avia ſecundis nuptijs, & S. C. Velleiano renuntient: In ſubſequenti Auth. *Sacramentum &c.* renunciatio jurata ſecundarum nuptiarum quidem abolita eſt, ad conſervandam libertatem matrimonij. Sed circa renunciationem S. C. Velleiani nihil eſt imutatum; Manet igitur illa ſtabilis, & inconcuſſa, quam *D. Balthaſ. tit. 5. reſol. 3. n. 13.* pro forma ſubſtantiali in tutela vel curatela Matris, & aviæ requirit. Verum quidem eſt, quòd hæc renuntiatio neque in tutelis vel curatelis nobilium, neque plebejarum perſonarum obſervetur, interim jus ſic ſcriptum, & noſtra opinione obſervandum eſt, quod fieri debet, non quod communiter negligitur. 29 30

Decimò tertiò obſervandum eſt, quòd nec mater, & avia à ſadiſdatione releventur. In noſtra Patria tutorum, & curatorum ſatiſdationes quidem non ſunt in uſu, niſi Magiſtratui neceſſariæ viſæ fuerint, juxta *Artic. 4. hujus Tit.* quia verò articulus noſter matri, & aviæ, tametſi aliàs præ alijs tutoribus vel curatoribus magìs privilegiatæ ſint, quoad ſatiſdationem nullam exemptionem tribuit, ideò in caſu, quo Magiſtratus ſatiſdationem neceſſariam eſſe judicaverit, etiam matri, & aviæ neceſſitatem hanc incumbere omninò judicamus, videantur dicta ad *Art. ſeq.* Verum quidem eſt, quòd ſatiſdatio de ſubſtantia tutelæ vel curatelæ non ſit, præſertim quando patrimonium tutoris vel curatoris æquivalet facultatibus pupilli vel minorennis, *Gutierez. de tutel. & cur. cap. 12.* Et hinc *Rebuff. gloſſ. 5. in proem. n. 39. Tomo. 1. conſtit. Gallicar.* refert, ſatiſdationem in Gallijs maximè cum fidejuſſoribus in deſuetudinem abijſſe. Quod planè etiam de Patria noſtra aſſerere non dubitamus, cùm longiſſimo tempore plus quàm 30. annorum ejuſmodi ſatiſdationem per fidejuſſores non viderimus, & in Matre, & avia longè minùs neceſſariæ ſint, quàm in privatis perſonis, quia de earum amore, & fidelitate magìs præſumitur, & commune proverbium eſt, quòd facultates matris, & aviæ pupillos, & minorennes faciant ſecuros: Si tamen ſatiſdatio Magiſtratui etiam in matre vel avia neceſſaria viſa fuerit, non minùs illam præſtandam eſſe putamus, quàm ab alijs tutoribus, & curatoribus, quia verba articuli ſequentis, ein jeder Vormund oder Gerhab / nullum excipit. Inter tutores legitimos de jure communi prima eſt mater, & avia, ſed tutores legitimi ad ſatiſdationem obligati ſunt, *Everhardus Ainkiren. de jure pupill. Cap. 33. Theſ. 147.* ergò etiam mater, & avia, ſi judici ſic viſum fuerit, quod expreſsè approbat *Galganett. lib. 3. quæſt. 20. & 21. per totum.* 31

Quod decimò quartò in tantum extenditur, ut, quamvis communis ſententia ſit, tutorem in teſtamento Patris datum ad ſatiſdationem obligatum non eſſe, quòd tamen etiam noſtra opinione hæc diſpoſitio in Patria noſtra locum non habeat, ſi Judici vel Magiſtratui fortè ob lapſas tutoris in teſtamento dati facultates aliter viſum fuerit. Quo præſuppoſito etiam mater, & avia, ſi propter inopiam judici videbitur, eas ad ſatiſdationem obligare, neceſſarium eſſe, non erunt immunes, tametſi ipſis in teſtamento Patris vel in pactis dotalibus tutelæ vel curatelæ adminiſtratio commiſſa ſit, quia quoad hoc cum reliquis tutoribus, & curatoribus pari paſſu ambulant, *Galganett. lib. 3. quæſt. 7. n. 2.* 32 Diff.

Et hinc, quod pro decimo quinto annotandum eſt, matris, & aviæ bona non minùs quàm aliorum tutorum vel curatorum pro adminiſtratione tutelæ vel curatelæ tacitè obligata ſunt, *Galganett. lib. 2. tit. 37. n. 4.* 33

Decimò ſextò, matris, & aviæ tutela vel curatela non minùs quàm 34

aliorum tutorum tolli poteſt, ſi pupillis vel minorennibus damnoſa, & præjudicialis eſt, juxta verba : **Noch den Kinderen ſchädlich zu ſeyn vermercket wird.**

35 Hæc tamen pro decimo ſeptimo differentia eſt inter matrem, & aviam binubam, & malè adminiſtrantē, quòd binuba juxta Auth: *Sacramentum &c.* ipſo jure tutelâ vel curatelâ privetur , malè adminiſtrans autem per judicis cognitionem ſecundùm verba poſtrema hujus articuli.

36 Quæ pro decimo octavo non tantùm de plebeis hominibus, ſed etiam,& vel maximè de nobilibus perſonis intelligenda ſunt, ita ut,tametſi nobiles perſonæ pupillis, & minorennibus defuncti conſanguinei tutores vel curatores conſtituere, & rationes ſingulis annis ſuſcipere poſſint, tamen jus, & poteſtatem, tutores vel curatores ſemel legitimè conſtitutos, ob malam adminiſtrationem deponendi, non habent. Ratio hujus rei eſt, quia conſtitutio nobilium perſonarū indiget confirmatione judicis, ut ſupra jam diximus, cui, ſi incumbit cognitio quoad confirmandum, debet etiam competere quoad deponendum.

37 Decimò nonò , dubium eſſe poteſt, an id, quod in hoc articulo de adjungendis matri vel aviæ contutoribus vel aſſiſtentibus ſtatutum eſt , tantùm locum habeat in perſonis nobilibus , vel etiam in plebeis ? Ratio dubitandi eſt , quia his contutoribus vel aſſiſtentibus jus, & poteſtas ſuſcipiendarum rationum tribuitur , quod in plebeis hominibus videtur eſſe abſurdum , & paradoxum. Certè non memini, me unquam apud plebejos homines vidiſſe , ejuſmodi contutores vel aſſiſtentes matribus aut avijs fuiſſe adjunctos , multò minùs ipſis rationum ſuſcipiendarum facultatem fuiſſe conceſſam , ſed omnia , quæ ad tutelarem vel curatelarem vulgarium adminiſtrationem pertinent, coram ordinario Magiſtratu fuiſſe peracta : Verùm, cùm articulus noſter non diſtinguat , putamus, ſi apud plebejos, maximè in civitatibus apud honeſtiores, digniores, & locupletiores cives mater vel avia tutrix vel curatrix eſſe cuperet , quòd illis denegari non poſſit, cùm nec articulus noſter , nec Auth: *matri vel aviæ , &c.* aut cætera jura hoc jus tantùm ad nobiliores reſtringant. Contutores autem vel aſſiſtentes ſecundùm diſtinctionem articuli noſtri matri vel aviæ adjungendi apud plebejos homines non à conſanguineis , & propinquis , ſicut nobilibus hoc privilegium competit , ſed à Magiſtratu ordinario denominari , & eligi debent.

38 Vigeſimò quæri poteſt , an mater minorennis liberorum ſuorum tutrix eſſe poſſit ? Ratio dubitandi eſt, quia minorennis ſibi ipſi providere non poteſt , ergò nec videtur alterius tutelam gerere poſſe : Sed, quia ſupra ad Tit: *de Patria poteſt: Tit. 3. Artic. 2.* diximus , quòd matrimonium , & ſeparatio à domo paterna ſit modus ſolvendæ Patriæ poteſtatis , ita ut mulier minorennis nupta ſui juris efficiatur , & quaſi pro majorenni habeatur , & in ejuſmodi juvenculis , maximè ſi in viduitate perſiſtant , ferventior erga liberos amor præſumatur , quàm apud ſeniculas, non horrerem cum D. Balthaſ: aſſerere , quòd mater minorennis à tutela liberorum ſuorum excludenda non ſit , ſi enim pro apta , & idonea habita fuit , ut regeret totam familiam mariti , cur non etiam habilis eſt , ut regat liberorum ſuorum perſonas , & bona priùs jam à marito ſibi concredita ?

Deinde, vel talis mater minorennis affectat tutelam liberorum ſuorum tanquam ex teſtamento Paterno , vel pactis dotalibus ſibi collatam , vel ex proprio motu , & ſua ſponte ? Si poſterius, adjunguntur ipſi duo veri contutores , ut ita nullum periculum liberorum ſubſit. Si prius, *Anton. Fabri. ad tit. Cod. quando mulier tutelæ offic. definit. 3.* opinione poteſt mater etiam minor ad tutelam admitti , ſi in teſtamento patris pro tutrice conſtituta ſit , & quia ipſi, ſi perſona nobilis ſit, duo aſſiſtentes adjunguntur , iterum non apparet periculum eſſe malæ adminiſtrationis , cùm aſſiſtentes ſupplere poſſint , quod matris judicio deeſt. Certè *Nicol. Boërius. deciſ. 64. n. 7.* & *Ludovic.*

lovic. Molin. de Just. & Jure. tract. 2. disput. 221. n. 6. dicunt, generali consuetudine introductum esse, ut matres minorennes liberorum suorum tutrices esse possint, eò quòd nubentes exeant à Patria potestate, & post contractum matrimonium reputentur esse majores.

Oppones, nos supra *Tit. 3. Art. 2.* dixisse, quòd mulieris nuptæ bona sine decreto judicis alienari non possint., ergò minorennis nupta non potest reputari pro majorenni. Ad quod Respondemus, non potest reputari pro majorenni in odiosis, & sibi præjudiciosis, ultrò concedimus, sed in favorabilibus, ut est tutela vel curatela liberorum, negamus, maximè cùm tam firma adminicula accedant, ut pupillis vel minorennibus liberis non facilè præjudicium generari possit. 39

Der Vierdte Articul.

Ein jeder Vormunder oder Gerhab / so Er die Vormundschafft annemmen will / oder Ihme die anzenemen befohlen / oder durch letzten Willen verschafft würdet / der soll derselben sich nit selbs underziehen / noch sich eindringen / bey Vermeydung ernstlicher Straff / sonder vor allen Dingen für die Obrigkeit kommen / derselben sich / als ein Vormunder erzaigen / vnnd darauff der Obrigkeit vnnd Kinderen Pflicht thuen / oder an Ayds statt geloben; Auch wo es die Obrigkeit für Noth ansicht / ein Versicherung / Gewißheit / oder Porgschafft thuen / daß Er seiner Pfleg-Kinder Persohn vnd Guet / Recht vnd Gerechtigkeit / getreulich vnnd ehrbarlich versehen / handlen / vnd die ligenden Güter / wo die verhanden seynd / ohn Erkandtnuß der Obrigkeit nit veränderen noch beschweren / sonder die im Weesen behalten / die Kinder vnd jhre Güter / inn- vnd ausserhalb Gerichts verantworten / wo Noth ist / vertretten / vnd nit verlassen / darzue was jhnen nutz vnd gut ist / nit vnderwegen lassen / Auch der Kinder Haab vnd Güter mit Hülff der Obrigkeit / Innhalts andern Articuls drey vnd viertzigisten Tituls / offentlich / getreulich vnnd aigentlich beschreiben / vnd zu gebührlichen Zeiten Rechnung vnd Antwort darumb geben / vnd was der Kinder Haab vnd Güter in seinen Gewalt komen / dieselb den Kinderen zu seinen Zeiten / widerumb zuestellen / folgen lassen / vnd sonsten allenthalben getreulich / ehrbarlich / vnnd auffrichtiglich damit handlen wölle. Doch wo auff Absterben einer Adels-Persohn der Fürstl. Räthe / Geschlechten vnnd Doctoren die Freund für sich selbs / auß ihnen geschickte vnnd taugliche Vormunder erwöhlen / denselben ordentlich zu inventiren, auch die Vormundschafft getreulich auff gebührliche Rechnung zuverrichten befehlen / vnnd sich ermelte Vormunder / bey jhr jedes vngemittleten ordentlicher Obrigkeit / vmb jhr Beståttigung anzaigen wurden / soll es / wie bißhero beschehen / noch darbey bleiben.

SUMMARIA.

1. Quomodo tutoribus administratio decerni debeat?

2. Et quibus?

3. An etiam matri, & aviæ?

4. Quid si tutori testamentario licentia administrationis data sit à patre?

5. An

5. An etiam ad matrem, & aviam hoc extendendum sit?
6. An administratio sine judicis decreto suscepta, privationem inducat?
7. Quare hoc decreto opus sit?
8. Quomodò tutores debeant præstare homagium?
9. Quæ sit forma hujus præstationis?
10. An debeat fieri sub juramento, & fide juramenti?
11. An etiam mater, & avia ad eam obligentur.
12. Quando satisdatio necessaria sit?
13. An apud nos nobiles personæ à satisdatione prorsus exemptæ sint, vel non?
14. An decretum pro administratione etiam in nobilibus personis necessarium sit, & quale?

1 TRia continentur in hoc articulo: Primum est, quòd quilibet tutor, sive in testamento patris, sive à judice constitutus administrationem rerum pupillarium vel minorennium subire non debeat, nisi ei à judice dictâ administratio decreta fuerit, per *l. tres tutores.* §. *ult ff. de administ. tut. l. ult.* §. *illud procul. C. arbit. tutelæ.* convenit cum hac dispositione juris communis, die Reichs-Pollicey / de Anno 1558. *Rubr.* Von der Pupillen- vnnd minder-jährigen Kinderen Tutoren, & de Anno 1577. *sub eadem Rubrica. Tit. 32.* Licèt igitur jura communia, & prædicti recessus imperij loquantur de omni genere tutorum, sive testamentariorum, sive legitimorum, sive dativorum, tamen articulus noster iterum tantùm duplicis generis tutorum, & curatorum meminit, nempe dativorum: So jhme die Vormund-
2 schafft anzunemmen befohlen wird / & testamentariorum: Denen durch letzten Willen die Vormundschafft verschaffet wird. Ex quo iterum apparet, tutelam vel curatelam legitimam expunctam esse, ut jam supra annotavimus, exceptâ solâ tutelâ legitimâ matris, & aviæ, de qua in præcedenti articulo sufficienter diximus: Quia tamen articulus noster universalem dispositionem facit: Daß ein jeder Vormund oder Gerhab / id est, quilibet tutor vel curator, sich der Vormundschafft nit vnderziehen / noch eintringen soll / id est, ut tutelæ se immiscere non debeat, nisi eidem administratio à judice decreta sit, ideò nullum dubium est, quin etiam mater, & avia sive in testamento, sive in pactis dotalibus pro tutricibus declaratæ, sive ad tenorem Auth:
3 *Si matri vel aviæ, &c.* & dispositionem præcedentis articulo proprio motu, & sponte sua tutelam liberorum, & nepotum suorum affectent, administrationem suscipere non possint, aut debeant, nisi illa ab ordinario Magistratu ipsis decreta sit: Quoniam mater, & avia à necessitate huius decreti nullibi inveniuntur exemptæ.

4 Imò, tametsi DD. velint, quòd testamentarius tutor vel curator judicis decreto opus non habeat, quando eidem in testamento Patris licentia data est, administrationem tutelæ vel curatelæ propria auctoritate ingrediendi, *Bart. in l. legitim. 5. n. 3. ff. de legit. tut. Schneidew. Inst. de agnator. tut. ad princ. n. 3.* tamen, non attenta hac testatoris dispositione, decretum judicis necessarium esse, non dubitamus, ob generalitatem textûs, quæ omnibus tutoribus necessitatem imponit ad requirendum decretum judicis pro subeunda administratione, rectè enim hìc dicimus, quòd privatus per dispositionem suam, legem juris communis immutare non possit: Quod etiam
5 extendendum est ad matrem, & aviam, quoniam hæ in parte præ reliquis tutoribus, & curatoribus privilegiatæ non sunt, sive tutelam sua sponte, & proprio motu affectent, sive eandem ex testamento, & ultima voluntate patris, sive ex pactis dotalibus consequantur, prout paulò antè de necessitate inventarij conficiendi, & rationum reddendarum diximus.

6 Quid si autem tutor testamentarius vel dativus administrationem sine judicis decreto susceperit, anné propterea tutelâ privandus est? In tutela dativa plebejorum, quæ fit à Magistratu ordinario, res difficultatem non habet,

bet, cùm plerumque uno actu, & constitutio tutoris, & decretum administrationis expediatur, dicendo: Wir verordnen dich für einen Vormunder / vnd sollest dich Krafft dises der Vormundschafft vndernemmen / si autem testamentarius tutor præterito judicis decreto administrationem propria auctoritate occupaverit, propterea à tutela non cadit, sed, ut articulus dicit, seriò: Ernstlich / id est severiter puniendus est, quam dispositionem ex eadem ratione ad matrem, & aviam eò, quòd nihil præcipui habeant, extendimus.

Dices, quare hoc decreto administrationis opus sit, maximè in tutela dativa vel curatela, cùm hoc ipsò, quòd Judex vel Magistratus ordinarius tutorem, & curatorem constituat, jam declaret, quòd ei administratio debeatur, ut consequenter ulteriore decreto opus esse non videatur? Respondemus, verum quidem esse, quòd statim is, qui vel in testamento, vel in pactis dotalibus pro tutore vel curatore declaratus, vel, sicut mater, & avia ex legis dispositione pro tutrice constituta, vel à nobilibus consanguineis, & propinquis in tutorem vel curatorem electus, vel à Judice, & Magistratu ordinario datus est, jus habeat ad ipsam tutelam vel curatelam, interim ex testamentaria constitutione, legis, & pactorum dotalium dispositione, consanguineorum electione, aut Magistratûs datione non consequitur possessionem administrationis vel quasi: Quia igitur nemini licet, possessionem vel quasi propria auctoritate ingredi, & occupare, ideò decreto judicis opus est, per quod in quasi possessione administrationis constituatur. Videatur *Ferrariensis in forma libelli ad redd. ration. pupill. Verb. in suo testamento. n. 19.* 7

Alterum est, quod in hoc articulo continetur, ut quilibet tutor, sive testamentarius sive dativus, obligetur ad fidem præstandam: Zu Laistung der Pflicht / quòd pupillorum suorum vel minorennium personas, & bona, actiones, & jura fideliter administrare, immobilia, si quæ habeant, sine Magistratûs decreto nec alienare, nec gravare, sed in bono statu conservare, pupillos, & eorum bona in & extra judicium tueri, & defendere, & nihil omittere velit, quod ipsis utile, & proficuum est: Item quòd super omnibus bonis mobilibus, & immobilibus publicum, fidele, & specificum inventarium conficere, debito tempore rationes præstare, & justificare, &, si quid de bonis pupillorum sub suam potestatem devenit, suo tempore fideliter restituere, & in omnibus fideliter, & sincerè administrare velit. Et hæc est summa tutelaris obligationis: der Vormundschaffts Pflicht / quam *D. Rath. in dict. disert. Jurid. assert. 46.* breviorem facit, dicendo: Quòd omnis tutor, & curator tam de jure civili, *Novell. 72. cap. ult.* quàm ex constit: Imp. in reformatione Policiæ: de Anno 1548. & Anno 1577. *Tit. 32.* sanctè cogatur promittere, se se curaturum, ut personæ pupilli, & minoris in educatione, & cæteris ipsis necessarijs rectè prospiciatur, & bona eorum utiliter, & fideliter administrentur. 8

9

Et quamvìs de jure communi, & recessuum Imperialium hæc promissiò debeat fieri per juramentum corporale, tamen articulus noster juramentum corporale tam præcisè non requirit, sed etiam promissionem sub fide juramenti: an Aydts statt / recipit, maximè in personis nobilibus, de quibus diximus: in dem Summarischen Proceß / ad *Tit. 7. Art. 15.* ubi nobilibus personis in testimonijs dicendis juramentum testium, aliàs summoperè necessarium remittitur, & in hoc iterum differentia est inter jus commune, & jus nostrum statutarium: Quamvìs obligatio sub fide juramenti æquiparetur obligationi juratæ. 10 *Diff.*

Neque ab hac necessitate præstandæ obligationis tutelaris: Laistung der Vormundschaffts-Pflicht / eximuntur mater, & avia, licèt jura de earum amore, & fidelitate plurimùm confidant, ut jam supra ad *Art. præced.* etiam 11

de inventarij confectione, & rationum redditione diximus, quòd reliquis tutoribus æquiparentur; Et paulò ante præmisimus, quòd etiam propria authoritate, & sine judicis decreto liberorum suorum tutelarem administrationem invadere non possint, & à reliquis tutoribus nihil præcipui habeant.

12 Tertium est, quod continetur in articulo nostro, satisdatio tutorum vel curatorum. De jure communi antiquo testamentarij tutores, & à magistratu per inquisitionem dati ob testatoris judicium, & approbationem, atque accuratam magistratûs investigationem à satisdatione fuerunt relevati *l. de creationibus. 27. C. de Episc. Audient. l. testamento. 17. ff. de testam. tutel. l. penult. C. de tut. vel curat. qui satis non dedit.* In recessibus verò Imperij jus hoc antiquum correctum est, & dispositum: Daß ein jeglicher Vormunder/ er seye gleich Testaments-Weiß verordnet/ oder durch das Recht/ oder Richter gegeben/ rechtmässige Caution vnd Versicherung thuen müsse/ *Vid.* der Reichs-Abschid zu Augspurg/ de Anno 1548. vnd zu Franckfurt/ de Anno 1577. Nostra statuta Bavarica mediam viam ingressa rem judicis, & magistratus ordinarij arbitrio relinquunt, nam cùm, ut supra jam diximus, satisdatio tutorum vel curatorum non sit de substantia, & necessitate tutelaris administrationis, illa non facilè obtrudenda est viris honestis bonæ famæ, & fidei, & quorum facultates patrimonium pupillorum vel minorennium, si non excedant, saltem adæquent; Et in hoc iterum differentia est non tantùm inter jus antiquum commune, sed etiam inter recessus Imperij juniores, & inter statuta nostra Bavarica.

Diff.

13 Unum dubium superest ex verbis ultimis hujus articuli, ubi confirmatur antiqua consuetudo patriæ nostræ, vi cujus nobiles personæ, consiliarij principis, patricij, & doctores ex consanguineis, & propinquis, idoneos, & habiles tutores eligere, & solennis inventarij confectionem, rationúmque redditionem, & præstationem ipsis imponere possunt, an hi similiter à satisdatione liberi sint, cùm articulus dicat: Daß es dabey/ wie bißhero geschehen/ noch verbleiben soll? Sed, cùm articulus in ingressu, ut jam diximus, generaliter de omni tutore loquatur, & neminem excipiat, puto, quòd tutores à nobilibus ex gremio suo electi etiam ad omnia tria requisita hujus articuli, nempe ad præstandam fidem: Zu Ablegung der Vormundschafft-Pflicht/ ad impetrandum decretum administrationis, & ad præstandam satisdationem, si ita judici vel magistratui visum fuerit, obligati sint. Ratio mea est, quia, ut articulus expresè dicit, necessarium est, ut tales tutores vel curatores electi se coram ordinario magistratu sistant, & confirmationem impetrent; principale autem punctum confirmationis consistit in hoc, ut præcedat obligatio tutelaris: Die Pflichts-Laistung/ deinde subsequatur decretum administrationis, & denique, si judex vel superior magistratus invenerit, tutores vel curatores electos propter inopiam ad administrationem insufficientes esse, ut prudenter æstimatis omnibus circumstantijs ante confirmationem dijudicet, quæ, & qualis cautio pro securitate pupillorum vel minorennium recipienda sit. Si enim consanguinei obligati sunt, electos tutores vel curatores ad magistratum pro confirmatione remittere, ergò potest magistratus confirmationem ex justa causa denegare: justissima autem causa denegationis est, si electi tutores vel curatores inopes sint, & satisdationem præstare nolint, vel non possint.

14 Quoad decretum administrationis contrarium tenet *D. Balth. resolut. 4. ad hunc tit. in fine*, ubi dicit, quòd nobiles personæ tutoribus vel curatoribus à se electis administrationem decernere possint; Quia tamen articulus noster de potestate decernendi administrationem nullum verbum dicit, nos certè huic opinioni assentiri non possumus: Non est enim bonum argumentum, nobiles possunt tutores vel curatores eligere, illis confectio-

nem

nem inventarij committere, & rationum redditionem injungere, ergò etiam possunt illis decretum administrationis impertiri, quia priores actus sunt meræ, & liberæ dispositionis, nobilibus ob singularem honorem concessi, interpositio verò decreti pro administratione est actus jurisdictionis, quàm nobiles in tutores vel curatores à se electos nullam habent: Et hinc est, quòd tales tutores vel curatores à consanguineis electi confirmari debeant, confirmatio autem requirit cognitionem causæ, quæ non nisi à magistratu ordinario fieri potest, prout igitur consanguinei nec causæ Cognitionem, nec confirmationem tutorum, & curatorum habent, ita nec habent potestatem, decretum administrationis impertiendi. Deinde fortissimum argumentum est, quòd etiam tutores, & curatores in testamento dati à magistratu ordinario decretum administrationis impetrare debeant, ut articulus noster in principio expresè requirit, & docet *Galganettus lib. 1. tit. 3. n. 10. & lib. 2. tit. 1. n. 21.* tametsi testator expresè disposuerit, quòd tutor propria auctoritate administrationem ingredi possit, quia, ut paulò antè diximus, nemo disponere potest in testamento suo, ut leges in eo locum non habeant, ergò multominùs tutores vel curatores à consanguineis privilegiatis electi à necessitate decreti judicialis impetrandi immunes sunt, ratio consequentiæ evidens est, quia tutela testamentaria prima, & omnium favorabilissima est, & utique de paterno affectu plus, quàm de affectu consanguineorum, & propinquorum præsumendum, & confidendum est, tacemus, quòd testamentarius tutor confirmatione opus non habeat, ut supra probavimus, tutores, & curatores verò à consanguineis electi judiciali confirmatione indigeant, juxta verba: Daß sie sich bey jhrer vngemittleten ordentlichen Obrigkeit vmb jhr Bestättigung anzaigen müssen / si igitur decreto judiciali ad administrationem occupandam opus habet, qui confirmatione non indiget, multò magis is tutor vel curator opus habebit, qui subjacet confirmationi judiciali. Nos semper vidimus, in curijs nostris superioribus sic observari, ut tutores, & curatores à nobilibus electi, fuerint ordinario magistratui denominati, & postquàm obligationem tutelarem, die Vormundschaffts-Pflicht / in scriptis præstiterunt, nec contra illorum personas defectus apparuit, fuerint admissi, adjuncto statim decreto, ut administrationem suscipiant. His vel similibus verbis: Weil man bey jhrer Persohn kein Bedencken / sollen sie sich der Administration vnterfangen / vnnd die Vormundschafft also verwalten / wie sie es jhnen gegen GOtt vnd der Obrigkeit getrauen zuverantworten.

Der Fünffte Articul.

SO vnmündigen Kindern Tutores, die man Vormunder nennet / gesetzt oder gegeben werden / die sollen in solcher Vormundschafft bleiben / biß die Kinder zu jhren Tagen kommen / nemblich so lang / daß die Knaben vierzehen Jahr alt worden / vnd die Mägdlein zwölff Jahr / vnnd nach Außgang derselben Zeit / sollen sie von vergangner Vormundschafft / oder so es die Obrigkeit oder die Freund für nutz vnd noth ansicht / alle Jahr jhres Einnemmens vnd Außgebens der Obrigkeit desselben Orths / oder da es zwischen denen vom Adel / Doctoren / so Fürstliche Räthe / Geschlechtern vnnd andern Doctorn / die jhren Gradum bey bewehrten Universitäten erlangt / den nechsten Freunden / wie sich gebührt / Rechnung thun. So aber die Knaben / die vierzehen / vnnd die Mägdlein die zwölff Jahr er-

erraicht / vnnd die Vormunder darauff Rechnung gethan haben / so sollen darnach dieselben Vormunder / vneracht ein Kind sich dessen hernach widern wolt / füran Curatores, das ist / Treußtrager vnd Versorger seyn / biß die Kinder 21. Jahr jhres Alters vollkömmlich erraichen / vnd also nit mehr für minder jährig gehalten werden. Alsdann vnd nit bälder / mögen dieselben Curatores durch gebührlich vnd endliche Rechnung vnd Abschid / jhrer Versorgnuß abtretten / es kunt dann einer ein rechtmässige Ursach fürbringen / derenthalben er bälder zu entlassen seyn möchte; Wo auch die Kinder vor Außgang der ein vnd zwaintzig Jahr / in Geistlichen- oder Ehe-Stand bestättiget werden / demselben seyn die Curatores, alsdann wie vorstehet / auch Rechnung zethun schuldig. So nun die Curatores das thuen / alsdann sollen sie von solcher Versorgnuß / auff zimblichen Abschid auch endledigt werden. Und solle die Rechnung denen / die zu jhren vogtbarn Jahrn kommen seynd / in Beysein der Freunden / vnnd Zuverordneten von der Obrigkeit / oder da es vnder denen vom Adel / Doctorn / die Fürstliche Räth seyn / vnd Geschlechtern / vnnd andern Doctorn / die jhren Grad bey bewehrten Universitäten erlangt / in Beyseyn der nechsten Befreundten / ohn allen Verzug / durch die Vormunder beschehen / vnd sie alles das / was sie schuldig bleiben / fürderlich bezahlen vnd außrichten.

Wurden aber die Vormunder / jhrer ainer oder mehr / solcher Rechnung vnd Bezahlung halben saumig / oder vngehorsam / denen soll durch die Obrigkeit / von Ampts wegen / ohn alle vorgehende Rechtfertigung / Rechnung vnnd Bezahlung zu thun verschafft werden.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit differentia inter tutorem, & curatorem?*
2. *An quis apud nos curator esse, cogi possit, qui prius tutor fuit?*
3. *An curator detur invitis?*
4. *Quando tutela finiatur?*
5. *An tempus majorennitatis abbreviari possit?*
6. *An abbreviato tempore majorennitatis etiam abbrevietur tempus restitutionis in integrum?*
7. *Quomodo minor veniam ætatis impetrare possit?*
8. *Cur fœminis citiùs concedatur venia ætatis, quàm masculis?*
9. *Quomodo professione religionis finiatur tutela?*
10. *Quomodo per matrimonium?*
11. *An etiam per clericatum?*
12. *An quis ante majorennem ætatem clericus fieri possit?*
13. *Quomodo tutoribus, & curatoribus detur quietantia, & liberatio?*
14. *Quæ hac in parte inter nobiles personas, & plebeias differentia sit?*
15. *Quomodo rationes nobilium tutorum, & coram quo judice justificandæ sint?*

1 IN hoc articulo dicitur primò, quæ sit differentia inter tutorem, & curatorem: Under ainem Vormunder vnd Versorger. Tutores constituuntur impuberibus, curatores verò minorennibus.

Impubes ætas, ut ex Instit. notum est, terminatur in fœminis anno 12. & in masculis 14. ætatis anno completo. Duo antiquitùs statuta fuerunt,

sunt, quæ hodierno jure nostro statutario immutata sunt; Primum est; quòd is, qui tutor fuit, post pubertatem cogi non potuerit ad curatelam suscipiendam, ut diximus *ad Artic. 1. hujus Tit. excus.* Aliter disponitur 2
in hoc articulo, ut tutor debeat quidem post pubertatem pupillorum rationes præstare, nihilominùs tamen curatelam suscipere, & illam usque ad 21. annum minorennium continuare, eò quòd tutela, ut diximus, & pro Diff.
differentia inter jus commune, & statutarium notavimus, ipso jure transeat in curatelam, quod certè singularem rationem habet, faciliùs enim administrationem curatelarem sustinebit, qui priùs tutor fuit, & in rebus pupillaribus sufficientem informationem acquisivit. Alterum est, licèt de 3
jure communi puberi invito (nisi ad litem) curator obtrudi non potuerit, siquidem olim turpe reputatum fuerit, esse jam puberem, & tamen imperio curatorum regi, quod furiosorum potiùs, & prodigorum erat, quàm minorennium, *D. Rath. in dict. disertat. Jurid. assert. 48.* tamen id de jure nostro statutario non obtinet, quo usque ad 21. annum sub tutorum potestate, ita tamen, ut tutela in curatelam ipso jure transeat, permanere coguntur, quod etiam constitut. Imperij conforme est, *juxta recessum de Anno 1548. Augustæ editum sub tit.* Von den Pupillen vnd minder-Jährigen / *& And. Gail. lib. 2. obs. 96.* ubi attestatur de recepta consuetudine in Germania, quòd tutores etiam curatores permanere, & rebus minorum usque ad majorennem ætatem præesse debeant. Unde hæc differentia non quasi Diff.
pro speciali, & propria patriæ nostræ, sed pro generali Imperij à jure communi annotanda est.

Ulteriùs, tametsi tutela, quæ ex constitutione hujus articuli etiam continuatur in curatelam, de jure communi finiatur primùm completo anno 25. de jure tamen nostro statutario finitur anno 21. completo, quia tempus majorennitatis ad annum 21. restrictum est: Quod iterum pro differentia à jure communi notandum est. 4 Diff.

Disputant quidem aliqui, an tempus majoreñitatis abbreviari possit? Sed, cùm sacrilegum sit, de potestate legis, & legislatoris disputare, nos ab hac inutili controversia abstinemus, interim certum est, ex reformatione de Anno 1588. *Tit. 51. Art. 4.* quòd antiquitùs tempus majorennitatis ad 18. annum fuerit restrictum, prout etiam Berlich. de tali statuto mentionem facit *part. 1. decis. 6.* ut proinde hodierna nostra statuta majorennitatem non abbreviaverint, sed pro tribus annis auxerint, & ex hoc apparet, quàm ineptè aliqui pro singulari notent, quòd duces Bavariæ sicut Electores Imperij 18. anno legitimam ætatem pro adeundo regimine provinciarum suarum consequantur, cùm quilibet rusticus, & plebeius homo in Bavaria 18. ætatis anno pro majorenni habitus, & à curatela liberatus fuerit. 5

Aliam autem quæstionem movent *D. Rath. loc. cit. assert. 49. & D. Balt. Tit. 5. resolut. 5. n. 18.* an scilicet abbreviato tempore majorennitatis beneficium restitutionis in integrum duret ad annum 29. completum, vel an quadriennium restitutionis computetur ab anno 21. completo, quo quis majorennitatem consequitur, & finiatur anno 25. completo? Uterque quidem rationibus convincere nititur, quòd beneficium restitutionis in integrum nihilominùs durare debeat ad 29. annum completum. Sed, cùm anno 1660. hæc quæstio in consilio aulico, & revisorio agitaretur, per majora conclusum est, quòd inspecto, & benè examinato jure, & praxi patriæ nostræ beneficium restitutionis ultra 25. annum non sit extendendum: Rationes videantur in *semicent. nostra prima controvers. 24. per totum*, quò Lectorem remittimus. 6

Sunt tamen quædam causæ, ex quibus curatela citiùs finitur, quàm 21. anno completo, & quidem prima causa est, quando minor veniam ætatis impetravit. *l. omnes adolescentes, & toto tit. C. de his qui veniam ætatis im-* 7

petrant: Ubi apud D.D. videri poteſt, an à ſolo principe, vel etiam ab alijs magiſtratibus venia ætatis, & quomodò cum cauſæ cognitione decernenda ſit.

8 Curioſè autem indagari poteſt, cur ſecundùm jura communia maſculo minorenni ante 20. annum completum venia ætatis impertiri non poſſit, & tamen fœminæ poſt annum 18.? Licet enim fœminæ citiùs puberes fiant, quia malitia in hoc ſexu ſæpiùs prævertit ætatem, tamen firmum, & ſtabile judicium non citiùs quàm mares, imò nunquam acquirunt. Deinde, ſi venia ætatis illis citiùs concedi poteſt, quàm maribus, cur non etiam conceditur brevior majorennitas, nulla enim diſtinctio eſt inter marem, & fœminam quoad completam ætatem conſequendam, *l. omnes adoleſcentes. C. de his, qui veniam ætatis &c.*? Nos certè hanc legem abrogatam eſſe cum *Bugnonio apud Perez ad hunc tit. C. n. 3.* non malè exiſtimamus, cùm nunquam viderimus, mulieri ante 21. annum completum adminiſtrationem rerum ſuarum per veniam ætatis conceſſam eſſe, ſæpè verò maſculis ante 20. annum, ut ita hi duo termini notoriè non obſerventur, & ridiculum quaſi eſſe videatur, ut mulier in judicio, & intellectu maturior fiat, quàm maſculus.

9 Altera cauſa eſt, ſi minor religionem ingrediatur, cùm enim tranſeat in poteſtatem Abbatis vel ſuperioris, per ſe clarum eſt, quòd alio curatore ampliùs non indigeat, ſed per profeſſionem habeatur pro mortuo, & curatela ejus pro extincta, *Schneidew. ad §. filiusfam. n. 7. Inſt. quibus modis jus Pat. poteſt. ſolvitur.*

10 Tertia cauſa eſt matrimonium, cùm enim, ut diximus *ad tit. de Patria poteſt.* matrimonium, & ſeparatio à foco paterno ſolvat patriam poteſtatem, quæ longè fortior eſt, quàm poteſtas curatelaris, utique etiam per matrimonium extinquitur curatela; Et hoc vel maximè obtinet, quando mulier tranſit in poteſtatem, & tutelam vel curatelam mariti, prout in Saxonia moris eſt: Sæpiùs quidem diximus, apud nos mulieres nuptas non eſſe ſub tutela vel cura mariti, ſed tamen tranſire in ejus poteſtatem, ita ut ſine præſcitu mariti in rebus ſuis nullam alienationem vel mutationem facere poſſint, *juxta Art. 16. Tit. 1.* der Land-Recht/ nihilominùs tamen hæc poteſtas maritalis omninò ſolvit poteſtatem tutelarem vel curatelarem: Ratio eſt, quia maritus fit legitimus adminiſtrator rerum uxoris, ſicut igitur uxor ante matrimonium nullo tutore vel curatore indiguit, quia præſupponimus, Patrem ejus legitimum adminiſtratorem fuiſſe, ita etiam, ſi ſupponas, mulierem, antequàm nuberet, fuiſſe ſub tutela vel curatela, ſolvitur tutelaris vel curatelaris poteſtas, ſicut per nuptias, ut diximus, ſolvitur patria poteſtas: Et hinc quotidianum eſt, ut, ſive maritus ſive uxor matrimonium contrahant in minorenni ætate, ſtatim peractis nuptijs tutores vel curatores rationes deponant, & reliqua ſolvant, totàmque adminiſtrationem in manus ſponſi reſignent, quod optimè congruit articulo noſtro, in verbis: Wo auch die Kinder vor Außgang der 21. Jahr im Geiſtlichen- oder Ehe-Stand beſtättiget werden / demſelben seynd die Curatores alsdann wie vorſtehet auch Rechnung zuthuen ſchuldig. Loquitur enim articulus noſter in rubro de duratione tutelæ vel curatelæ: Wie lang jhr jedes (id eſt) der Vormunder vnd Verſorger / Verwaltung weren ſoll / vnd von derſelben Abſchid vnd Rechnung: Quod intelligendum eſt de ratione finali; Quia ante finalem rationem tutoribus vel curatoribus non datur quietantia aut liberatio ſive der Abſchid/ cùm igitur articulus dicat, tutores vel curatores ad præſtationem rationum finalem obligatos eſſe, ſi minorennis matrimonium contrahat, ergò neceſſariò præſupponit, per matrimonium tutelam vel curatelam finiri.

Dixi-

Diximus paulò ante, quòd per ingressum religionis etiam curatela finiatur, & rectè, propter rationes ibi allatas, sed hoc ex modò allegatis verbis hujus articuli etiam extendimus ad clericos sæculares, quia articulus loquitur: Von den Geistlichen. 11

Inquies, quòd nullus præsbiter fieri possit ante 25. annum, & sic hanc decisionem inutilem esse. Respondemus, quòd tamen reliquos sacros ordines ante 25. annum, vel ante 21. qui in patria nostra terminus majorennitatis est, vel etiam ex dispensatione ante majorennitatem præsbiteratum obtinere possit, in quibus omnibus casibus vi hujus articuli curatela finitur, & curatoribus necessitas rationum reddendarum incumbit, hinc supra ad *Tit. de patria potest.* quidem diximus, clericos in bonis post clericatum acquisitis patriæ potestati non subesse, subesse tamen in reliquis effectibus patriæ potestatis secundùm communem doctorum opinionem; Nos tamen hujus opinionis esse, quòd, sicut matrimonium, & separatio à foco paterno solvit patriam potestatem, ita etiam facilè defendi posse, quòd clericatus, & clerici separata habitatio solutionem à patria potestate importet, in qua opinione nos confirmat articulus noster, qui expresè dicit, quòd status clericalis liberet à curatela, maximè si fuerit confirmatus, ut verba sonant: Die im Geistlichen Standt bestättiget werden. Si enim talis status confirmatus, & separatus potest liberare minorennem à curatela, cur non etiam à patria potestate, maximè si clericus non ampliùs sit in foco, & pane patris? 12

Præstitis igitur rationibus, & sufficienter examinatis, reliquisque solutis, ex dispositione articuli nostri curatoribus quietantia, & liberatio sive absolutio à tutela, & curatela concedenda est: Soll jhnen ein ordentlicher Abschid vnd Entquitung erthailt werden. Quæ finalis quietantia regulariter omni administratori debetur, qui per præstationem rationum, & earum justificationem fidelitatem suam comprobavit. 13

In hoc tamen iterum distinctio facienda est inter tutores, & curatores à magistratu datos, vel inter nobiles personas à consanguineis, & propinquis electas: In primo casu magistratus in examinatione, & justificatione rationum adhibere debet minorennes, qui majorennitatem consecuti esse præsupponuntur, quoniam principaliter de eorum corio agitur; Deinde etiam quosdam ex propinquis minorennium; Ob rationem, quia illi præsupponuntur de pupillorum, & minorennium educatione, & bonorum administratione omnium optimè esse informati, ut, si quid malè gestum sit, ante tutorum vel curatorum absolutionem, & liberationem id palàm facere, & judici intimare possint. Si autem nihil inveniatur, aut in commissione aut ommissione peccatum, judicis officium est, ut sub judiciali suo sigillo quietantiam expediat, casu autem, quo nobiles consanguinei rationes suscipiunt, & examinant, post justificationem, & approbationem rationum, instrumentum quietantiæ, & liberationis expeditur sub nobilium consanguineorum sigillis, & subscriptionibus, quod deinde idem robur, vigorem, & auctoritatem habet, prout instrumentum judiciale, ut jam sæpiùs de nobilium actibus, & contractibus diximus. 14

Si verò è contrario rationes inveniantur defectuosæ, tutela vel curatela malè gesta, & administrata, & tutores vel curatores reliquatores, exsecutio nobilibus consanguineis nullo modo competit, sed ordinario magistratui, qui ex officio sine omni processu præcedenti: Ohne alle Rechtsfertigung / tutores, & curatores ad justificandas rationes, & reliqua solvenda compellere debet, ut sonant ultima verba hujus articuli. 15

Ad primum igitur quod attinet, nempe ad recursum, qui fieri debet ad magistratum, res per se clara est, quia nobilibus sola tutelæ constitutio, & administrationis examinatio, sive susceptio rationum commissa

est,

eſt, nulla autem in tutores vel curatores electos conceſſa juriſdictio. Alterum verò de exſecutione contra tutores vel curatores ſine omni præcedenti proceſſu minimè obſervatur, cùm ſæpè viderimus, proceſſus ſuper rationibus tutelaribus vel curatelaribus in plures annos fuiſſe agitatos, quod adeò improbari non poteſt, cùm ſæpè incidant controverſiæ circa acta vel neglecta, quæ altiorem indaginem, & examinationem requirunt. Debet igitur finalis hujus articuli concluſio de exſecutione ex officio, & ſine omni prævio proceſſu facienda tantùm intelligi, quando verſamur in claris, ita ut conſtet de tutorum obligatione certa, & de præſtandæ ſatisfactionis negligentia, tunc enim contra illos tanquam contumaces utique ſine ulteriori proceſſu ex officio procedendum eſt.

Der Sechſte Articul.

WO auch bey der Vormunder oder Verſorger / vnnd Treuſtrager Perſohnen / vor vnd ehe ſich jhr Verwaltung endet / oder jnner Jahrs friſt / Unſchicklichkeit erfunden / oder verſaumbliche Handlung geſpührt würde / ſollen dieſelben / vnnd ein jeder Vormund oder Verſorger / ſo es die Obrigkeit / oder die Freund / für nutz vnd gut erachten / alle Jahr der Obrigkeit / vnd wen ſie darzu verordnen / in Beywesen der Kinder vnd jhrer Freunden / Oder da es vnder denen vom Adel / Doctoren / ſo Fürſtl. Räthe / Geſchlechtern / vnd anderen Doctoren / die jhren Gradum auff bewehrten Univerſitäten erlangt / allein den nechſten Freunden Rechnung vnd Bezahlung thuen / in maſſen hievor darvon geſetzt iſt / vnd alsdann / an der vngeſchickten Vormunder oder Verſorger ſtatt / andere verordnet werden.

SUMMARIA.

1. *Cur hic articulus inſcribatur de inhabilitate tutorum, & titulus juris communis de ſuſpectis tutoribus?*
2. *An tutor inhabilis, & ineptus à tutela removeri poſſit?*
3. *An poſtulatio ſuſpecti in Patria noſtra ſublata ſit?*
4. *Quid ſub nomine*, der Ungeſchicklichkeit *intelligatur?*
5. *An tutor ineptus ante remotionem rationes præſtare debeat?*
6. *Et cui?*
7. *An nobiles tutores à ſe electos ex capite imperitiæ removere poſſint?*
8. *An nobilibus jus ſit, in locum remoti alium tutorem ſubſtituere?*

1 PRoviſum eſt in *Art. 1. hujus Tituli*, quàm ſolliciti, & cauti eſſe debeant tam Pater, qui liberis ſuis in teſtamento tutores vel curatores ſcribit, quàm Magiſtratus, qui in defectum Patris eos ex officio conſtituit, ut habiles, & idoneos eligant, quæ videtur cauſa fuiſſe, ut legitima tutela, quæ à lege proximis ad ſuccedendum defertur, fuerit reformata, cùm ſæpè contingere potuiſſet, ut proximior ad ſucceſſionem fuiſſet ad tutelæ, & curatelæ adminiſtrationem reliquis inhabilior, & ineptior. Quia tamen ſæpè tam teſtamentarij tutores, & curatores, quàm dativi, qui priùs pro habilibus, & bonis ſunt habiti, ex poſt facto reperiuntur inepti, vel, quòd eorum qualitates non fuerint ſatìs cognitæ, vel ingenium, & mores eorum in pejus mutati; Igitur in hoc articulo, qui inſcribitur de inhabilitate, & ineptitudine tutorum, & curatorum, pupillis vel minorennibus providetur. Mirum alicui videri poteſt, quòd inſcriptio hujus articuli cum jure communi non conveniat, ſicut enim in jure communi de inhabilibus, & ineptis tutoribus,

toribus, & curatoribus nulla, ſed in *Cod. ff. & inſtit.* tantùm de ſuſpectis tutoribus invenitur, ita in jure noſtro ſtatutario de ſuſpectis tutoribus nulla, ſed tantùm de inhabilibus mentio fiat. Cujus rei alia ratio eſſe non poteſt, quàm quòd ſtatuta noſtra præſupponant, in conſtitutione tutorum tam teſtamentariorum quàm dativorum tam exactè, & ſollicitè omnia præſcripta eſſe, ut caſus tutorem tanquam ſuſpectum criminandi (prout leges loquuntur) vix evenire poſſit: Deinde de jure comuni tutor ſemel approbatus, vel à patre in teſtamento, cujus judicium ob ſingularem affectionem erga filium maximæ auctoritatis eſt, vel à judice datus, & confirmatus, quod fieri debet cum cauſæ exquiſita cognitione, & examinatione, ampliùs non debet reprobari, ſed eidem curator adjungi. *l. 6. ff. de ſuſpectis tut.* per rationem, quia removeri non debet, qui ſine ſua culpa minùs idoneus eſt. 2 *Cap. de rectoribus. 3. extra de clericis ægrot. Weſenb. n. fin. ff. de curat. furioſ.* At in hoc articulo contra hanc juris communis diſpoſitionem ſtatuitur, ut etiam quis ob ſolam inhabilitatem, & ineptitudinem à tutela vel curatela removeri poſſit, quæ in effectu iterum differentia eſt inter jus commune, & Dif. ſtatutarium.

3 Quæres an ergò in Patria noſtra ſuſpecti poſtulatio prorsùs ſublata ſit? Et Reſpondemus, eam nullo modo ſublatam eſſe, ſi enim quis removeri poſſit à tutela vel cura propter ſolam inhabilitatem, cur non etiam propter crimen ſuſpecti? Crimen autem ſuſpecti incurritur, ſi quis tutelam vel curatelam non ex fide gerat, ſi dolum committat, ſi datâ pecuniâ tutelam impetret, ſi inventarium non conficiat, ſi pupillum à lucroſa hæreditate abſtineat, ſi adminiſtrationem intermittat, ſi copiam ſui non faciat, ſi pupillo alimenta deneget, ſi res pupilli ſine judicis decreto diſtrahat, ſi contutorem ab adminiſtratione excludat, ſi inimicitiam cum pupillo vel minorenni contrahat, & ſimilia perpetret, de quibus videri poteſt, *Galganett. lib. 1. Tit. 10. per totum.* Quis igitur dicat ſano ſenſu, & judicio, tranſmittendas eſſe veſpas, & capiendos pulices, & muſcas? De poſtulatione ſuſpecti, ſi criminaliter inſtituitur, redibit ſermo in Proceſſu criminali, ſi autem propter ſolam inhabilitatem tutor dimitti poteſt, quis negabit propter talia delicta multò magìs remotione, & uſque adeò expulſione opus eſſe?

4 Utitur articulus noſter verbo: **der Ungeſchicklichkeit /** quod non eſt intelligendum de litterarum ignaris, ut ſupra *ad Artic. 1.* explicavimus, cùm aliàs ruri, & in vulgaribus oppidis, & civitatibus futurus eſſet tutorum, & curatorum maximus defectus, & ſæpè ſagaces ruſtici, & cives, qui in negotijs, & rebus agendis experientiam habent, ad tutelas, & curatelas adminiſtrandas aptiores ſint, quàm litterati, qui nihil, niſi ruditer ſcribere, & legere poſſunt, & tamen pro pomis natantibus haberi volunt. Comprehenduntur igitur ſub hoc termino, qui prorsùs ſtolidi, vecordes, & ſocordes ſunt, nec experientiam ullam aut negotiandi modum habent, & propterea pupillorum, ſive minorennium perſonas, res, & jura negligunt, quos utique in tempore removeri, & jura pupillorum vel minorennium intacta ſervare, utilius eſt, quàm poſt vulneratam cauſam remedium quærere; Et hinc ejuſmodi homines tolerandi non ſunt, tametſi locupletes ſint, vel ſufficientem ſatiſdationem, & cautionem offerant, quia major ſecuritas eſt in re ipſa, quàm in cautione.

5 Debet autem tutor vel curator imperitus, ſocors, & negligens, antequam removeatur, rationes præſtare, licèt tutela vel curatela finita non ſit, juxta verba: **Vor vnd ehe ſich jhr Verwaltung endet:** Quia aliàs, ut dicemus *ad Artic. 10.* tempus reddendarum rationum de jure noſtro ſtatutario non eſt neceſſariò reſtrictum ad exitum tutelæ, vel curatelæ, ſed ſi ita magiſtratui vel propinquis viſum fuerit, redditio rationis ſingulis annis peti

potest. Imò si annus non effluxit, nihilominùs tamen imperitia, socordia, vel negligentia unius, vel alterius tutoris appareat, potest ille ad redditionem rationis particularis: einer Stuck-Rechnung compelli, & deinde à tutela vel curatela dimitti, in verbis: Inner Jahrs-Frist; Quorum omnium ratio est favor pupillorum, & minorennium, ne mora ipsis periculosa sit.

6 Repetenda est tamen hîc iterum superior distinctio inter tutores ab ordinario Magistratu datos, & à nobilibus personis electos: Tutores, & curatores dativi si removentur, rationes præstant magistratui in præsentia propinquorum, tutores autem vel curatores electi rationes præstant consanguineis, & propinquis, prout articulus clarè definit.

7 Sed hoc in dubium trahi potest, an consanguinei nobilium personarum tutores à se electos ex capite imperitiæ, socordiæ, & negligentiæ, propria auctoritate removere, & alios substituere possint? Affirmativa propterea videtur esse probabilis, quia illius est solvere, cujus fuit ligare: Cùm igitur consanguineis competat jus constituendi, cur non etiam jus dissolvendi, & deponendi? Sed nobis contrarium verius esse suadet duplex ratio: Prima est, quòd talis remotio sive depositio post se trahat aliquam famæ maculam, & consequenter cognitione causæ opus habeat: Cognitio autem causæ ab ipso judice fieri debet, cùm actus jurisdictionis sit: Deinde tametsi consanguinei nobilium tutores eligant, eo ipso tamen tutores non sunt, sed necesse est, ut à judice confirmentur; Si igitur actus confirmationis ad constituendam tutelam supremus, & potissimus, judicialis esse debet, ergò etiam actus remotionis, sive depositionis, in quo non minùs cognitio causæ requiritur, quàm in actu confirmationis.

8 Remotione autem à Magistratu ordinario approbata, & declarata, consanguineis nobilium jus suum, in locum remoti alium tutorem vel curatorem eligendi, & substituendi, in salvo manet, & ita putamus intelligendum hunc articulum aliàs satis obscurum.

Der Sibendte Articul.

Die Vormunder sollen nach Beschreibung jhrer Pfleg-Kinder Haab vnd Güter / Macht vnd Gewalt haben / gebührliche vnd nothdürfftige Handlung / mit Einnemmen / Außgeben / vnnd anderem zethun / auch die verlaßne Schulden / von jhrer Pfleg-Kinder Haab vnd Güter / so vil mit Fueg geseyn mag / von der Paarschafft oder Fahrnuß zubezahlen.

Sie sollen auch die Paarschafft vnd Fahrnuß / nach bestem Nutz der Kinder anlegen / damit dieselben Kinder jährliche Zinß / oder anderen zimblichen Genieß davon haben mögen / doch daß bey Baurs- vnd gemainen Burgers-Leuthen / ohne Vorwissen der Obrigkeit / nichts außgelihen / oder angelegt werde.

Und wo die Nothdurfft erforderen wurde / vnbewegliche / oder ligend Haab oder Güter zuverkauffen oder zuveränderen / daß soll durch Erkandtnuß der Obrigkeit / auff Vermeldung vnnd Anzaigung der Ursachen geschehen / doch wo der Pfleg-Kinder Güter vererbrecht / oder verleibt gewesen / mögen sie es ohne sondere Erkandtnuß der Obrigkeit / wider vererbrechten / oder zween Leib geben / oder sonsten verstifften / auff Maß vnd Gestalt / sie zuvor verstifft gewesen / mit

mit besserem Nutz der Pfleg-Kinder. Aber ein Guet von Newem anders zuverstifften / als es zuvor verstifft worden / haben sie nicht Macht / ohne Vorwissen der Obrigkeit. Auch haben die Vormunder Macht / doch daß sie zuvor Rechts-Verständiger Rath pflegen / die Kinder / vnd derselben Haab / in Recht zuvertretten / jhrenthalb / durch sie selbs / oder jhr vollmächtige Anwälde zeklagen vnnd zeantworten / Item auch sich in Vertrag / doch daß die im Summarischen Proceß / dritten Articuls / andern Tituls / angedeüte Zierlichheiten in Obacht genommen werden / auff Guethaissen der Obrigkeit / einzelassen / vnd was also gehandlet würdet / das soll für kräfftig zugelassen vnd gehalten werden. Sie mögen auch jhre Pfleg-Kinder / doch anderst nit / dann mit jhrer nechsten Freund Rath vnd Willen verheyraten / wofern dieselben Freund darinnen nicht aigen Nutz vnd Vorthail suechen / auch die Kinder an zimblichen vnd nuzlichen Heyrathen nit begehren zuverhindern.

Was auch für Unkosten in Sachen die Vormundschafft berührend / auffgehet / der soll von der Pfleg-Kinder Haab außgericht / doch hierinnen kein Ubermaß gebraucht / vnd da man solche verspührte / in Rechnung nit passiert werden.

SUMMARIA.

1. *Authoritas, & potestas tutorum consistit in decem capitulis.*
2. *An tutelares reditus recipiendi?*
3. *An debita pupillaria solvendi?*
4. *Quomodò solutio fieri debeat?*
5. *Quid si pecunia parata desit?*
6. *Quæ mobilia distrahi possint?*
7. *An debita debitis compensari possint?*
8. *Quid requiratur, ut tutor debitum solvere possit?*
9. *An tutor sibi ipsi solvere possit?*
10. *Quid si talis tutor contutorem non habeat?*
11. *Quomodò tutor debita pupilli debeat exigere?*
12. *Qualis culpa ad hoc requiratur, ut tutor propter non exacta debita pupillaria obligetur?*
13. *Quid si creditores sponte solverint, & pecunia perierit?*
14. *Quid si solutio facta fuerit absque tutoris authoritate, & judicis decreto?*
15. *Quid si pecunia soluta versa fuerit in utilitatem pupilli?*
16. *Quando pupillus restituatur in integrum contra solutionem?*
17. *Quare concedatur restitutio in integrum in alienatione rerum pupillarium cum decreto judicis, & non etiam in solutione earum?*
18. *Quid si solutis debitis pupillaribus adhuc pecunia supersit?*
19. *Quomodò debeat ad comparationem prædiorum impendi?*
20. *Quomodò pro annuo censu collocari?*
21. *Quomodò suppellex ad fructum ferendum applicari debeat?*
22. *An tutor potiùs prædia emere, vel pecuniam pupillarem fænorari debeat?*
23. *Quid pupillo utilius sit?*
24. *Quare jura nostra de comparatione bonorum nihil dicant?*
25. *An cambium sit lucrum licitum?*
26. *An pecunia pupillaris etiam ad cambium applicari possit?*
27. *An ad censum irredimibilem?*
28. *An apud plebejos homines debeat accedere magistratûs authoritas?*
29. *An hæc authoritas etiam necessaria sit apud personas nobiles?*
30. *Quomodò ad alienationem rerum pupillarium decretò judicis opus sit?*
31. *Quomodò tutoris authoritas sit interponenda?*

32. *An illa deficiente alienatio sit nulla, tametsi decretum judicis accesserit?*
33. *An pupillus rem cum decreto judicis, sed sine authoritate tutoris alienatam revocare possit?*
34. *Quid si pecunia fuerit malè deperdita?*
35. *Quæ sit justa causa alienandi bona pupillaria?*
36. *An solus consensus judicis sine formali decreto corroboret alienationem?*
37. *Quid decretum judicis in se continere debeat?*
38. *Quæ remedia competant pupillo pro re sine legitimo decreto alienata?*
39. *An alienatio bonorum immobilium pupillarium sine decreto judicis fieri possit saltem à personis nobilibus?*
40. *Coram quo judice decretum pro alienandis pupillaribus rebus sit impetrandum?*
41. *An à judice domicilij debeat impetrari decretum pro alienatione?*
42. *Quare nullus respectus ad judicem rei sitæ habendus sit?*
43. *An tutores bona emphyteutica sine decreto judicis recognoscere possint?*
44. *An talia bona emphyteutica reversa ad pupillum, tutor de novo sine decreto judicis alteri in emphyteusin concedere possit?*
45. *An idem de bonis vitalitijs juris sit?*
46. *Quare tutoribus concedatur duplicis vitalitij concessio?*
47. *An bona libera pupilli tutores possint in emphyteusin concedere?*
48. *An possint tutores locationem bonorum facere ad longum tempus?*
49. *An vitalitium mutari possit in emphyteusin?*
50. *Quid si pro tali novo jure solvatur pecunia?*
51. *An tutores,* ein veranlaitte Frey-stifft / *possint sine decreto resolvere?*
52. *An valeat contractus minoris sine authoritate tutoris, si minor rem suam per talem contractum meliorem fecerit?*
53. *An nihilominùs decretum judicis ad talem contractum necessarium sit?*
54. *Quid si minor fecerit contractum juramento firmatum?*
55. *Quid si major factus contractum ratihabuerit?*
56. *An decretum judicis necessarium sit post impetratam veniam ætatis?*
57. *An Pater permittere possit, ut res pupilli alienentur sine decreto?*
58. *Quid si talis dispositio facta fuerit in testamento imperfecto?*
59. *Quid si talem dispositionem pater adhuc in vivis fecerit?*
60. *Quid si pater rem in vivis fecerit venalem?*
61. *An res pignori obligata sine decreto alienari possit?*
62. *An alienatio sine decreto valeat facta pro liberatione captivorum propinquorum?*
63. *An alienatio jurata à minorenni facta sine decreto subsistat?*
64. *An consuetudine alienatio sine decreto judiciali facta approbari possit?*
65. *An Principis authoritate firmata, absque decreto valeat?*
66. *An molendinum pensile propter inundationis periculum sine decreto vendi possit?*
67. *An pecunia ad emptionem immobilium destinata possit sine decreto in alium usum converti?*
68. *An saltem jussus judicis requiratur?*
69. *An fructus rerum immobilium ad alienationem decreto judiciali indigeant?*
70. *An res in causa judicati pignori capta sine decreto judiciali vendi possit?*
71. & 72. *An res pupilli sine decreto judiciali hac conditione cedi possit, ut jus prioris creditoris per talem cessionem luatur?*
73. *An ad tacitam hypothecam, in rebus pupilli refectis acquirendam, requiratur decretum judicis?*
74. *An idem locum habeat in re pupilli noviter ædificata, vel noviter empta?*
75. *Quid si talis res empta fuerit, in qua venditor sibi hypothecam specialem reservavit?*
76. *An minor rem sine decreto judiciali alienans saltem obligetur naturaliter?*
77. *Et in conscientia teneatur?*

78. An

78. An minor talem rem vindicare poſſit, ſi pro illa aliam ſatisfactionem acceperit?

79. Quod officium ſit tutorum, vel curatorum in litibus, & judicijs?

80. An peritos debeant conſulere?

81. An debeat conſtare, quòd tutores, vel curatores ſint?

82. Per tutorium, vel curatorium?

83. Vel per extractum ex teſtamento?

84. Quare etiam alia præſtanda præſtitiſſe tutores, & curatores probare debeant?

85. An judicium in propria perſona ſubire debeant, vel alias perſonas ſubſtituere?

86. Et ex quibus cauſis tutores, vel curatores hoc facere teneantur?

87. Quæ ſit diſtinctio, ſi in conſtitutione procuratoris pupillus, vel minorennis ſit præſens, vel abſens?

88. Quæ ſit differentia inter conſtitutionem procuratoris, vel inter conſtitutionem actoris?

89. An hæc diſtinctio etiam apud nos moris, & in uſu ſit?

90. Cujus periculô procurator, & actor litem ſuſcipiat?

91. Quod ſit officium actoris, & quod ſit officium procuratoris?

92. An tranſigere poſſint?

93. An ad tranſactionem judicis decretò ſpeciali opus ſit?

94. An ſaltem approbatio judicis ad tranſactionem requiratur?

95. Quæ inter utrumque ſit differentia?

96. An pupilli, & minorennes contra tranſactionem talem reſtitutionem in integrum habeant?

97. An compromittere poſſint?

98. Quomodò tutores, & curatores minoribus debeant de matrimonio providere?

99. Quantam dotem illis debeant conſtituere ſi matrimonium ineant?

100. Quid ſi plus in dotem, vel donationem propter nuptias promiſſum fuerit, quàm præſtari poſſit?

101. Quomodò elocatio fieri debeat cum conſenſu conſanguineorum, & propinquorum?

102. An pro tali elocatione aliquid accipi poſſit?

103. An curator ſibi ipſi pupillam deſponſare poſſit?

104. Quibus expenſis tutores, vel curatores præſtent officium ſuum?

105. An tutores, vel curatores de ſumptibus itineris debeant deducere, quod domi conſumpſiſſent?

106. Unde præſtentur expenſæ judiciales?

107. Quid ſi expenſæ judiciales fuerint immodicæ?

108. Quid ſi tutoribus, vel curatoribus litigantibus non fuerit juſta cauſa?

109. Quid ſi periti cauſam juſtam eſſe judicaverint?

110. Quando cauſa præſumatur eſſe juſta, vel injuſta?

111. Caſus quidam, in quibus tutor vel curator ad expenſas teneatur tametſi juſtam cauſam habuerit?

MAteria hæc de auctoritate, & poteſtate tutorum, & curatorum, quæ in 1
iſto articulo continetur, tam fuſa eſt, ut integer tractatus deſuper ſcribi poſſit, nos manebimus in cancellis articuli noſtri, qui omnia officia tutorum, & curatorum in adminiſtrandis rebus pupillaribus, & curatelaribus in 10. puncta reſolvit: Singula dabimus breviter, & dilucidè.

Primus igitur tutelaris, & curatelaris adminiſtrationis effectus eſt, ut 2
præſtitis præſtandis, ſcilicet inventariô confectô, juramentô tutelari corporali, vel obligatione ſub fide juramenti: an Aid-ſtatt depoſitâ, ſatiſdatione, ſi quæ ad arbitrium judicis exacta fuit, datâ, & decretô adminiſtrationis receptô, jus, & poteſtatem habeant, reditus pupillares, & curatelares recipiendi, ac neceſſarias, vel utiles expenſas faciendi, quod eſt principium omnis adminiſtrationis, de quo paulò poſt plura ſequentur.

Secundus effectus eſt, ut debita pupillaria, vel minoreñium ſolvere de- 3
beant, ſicut enim hæreditas eſſe non poteſt, niſi priùs deductô ære alienô, ita etiam bonorum, ad tutelam vel curatelam pertinentiû, inanis eſt adminiſtratio, niſi priùs debita exſolvantur, & æs alienum deducatur.

4 Debet autem solutio debitorum imprimis fieri in parata pecunia, si quæ in massa pupillari, vel curatelari inveniatur, *l. si tutoris. 23. Cod. de administ. tut. l. qui solitum. 80. §. etiam. ff. de legatis. 2.* quoniam pupillorum, & minorennium plurimum interest, ut patrimonium ab ære alieno liberum accipiant, ne à censibus, & usuris, serpente perpetuo, & insatiabili, tandem exhauriatur.

5 Si autem pecunia parata desit, mobilia apprehendenda, & distrahenda sunt, ut ijs in solutum datis, vel ex pecunia inde redacta, creditoribus satisfactio fieri possit, juxta verba: Von der Paarschafft oder Fahrnuß; Ex quo deducimus, quòd tutor non simpliciter sit obligatus ad præstandam satisfactionem in parata pecunia, si adsit, sed quòd possit etiam pecuniam paratam retinere, & satisfactionem ex mobilium distractione, vel in solutum datione præstare, utitur enim articulus verbô disjunctivô: Oder.

6 Id tamen ita verum est, si mobilia adsint, quibus pupillus carere potest, & quæ servando servari non possunt, nam si pretiosa sint, & decorem familiæ respiciant, vel in singulos annos fructum ferant, & per conservationem non diminuantur, vel ad culturam agrorum, familiæ gubernationem, aut alios domesticos usus necessaria sint, utique tam facilè ad alienationem, aut distractionem deduci non debent; Sicut enim ejusmodi mobilia in executionem rei judicatæ deduci non possunt, ut diximus *ad l. 5. Tit. 3.* der Gerichts-Ordnung / ita etiam à tutoribus, vel curatoribus, si alia media minùs nociva supersunt, non facilè ad exonerandum æs alienum applicari debent.

7 Communis modus in Patria nostra est, ut debita debitis compensentur, vix enim ullus debitor reperitur, qui non similiter alios habeat: Quæritur igitur, an tutor, vel curator creditoribus pupillaribus, vel curatelaribus nominibus satisfacere possit? Et communiter distinguunt, si nomen pupillare, vel curatelare rem mobilem concernat, id fieri posse sine decreto judicis, si autem nomen concernat rem imobilem, decretô judicis opus esse, quod per se quidem verum est: Sed si ponamus, utraque debita esse ejusdem naturæ, & proprietatis, æqualiter privilegiata, & exigibilia, non dubitamus, quin in mutuam quasi compensationem deduci possint, nihil enim decedit pupillo, vel minorenni, si paria debita inter se commutent; An autem nomina, & actiones inter res mobiles, vel immobiles computentur: Fusissimè videri potest apud *Berlich. lib. 2. conclus. 29. & lib. 3. conclus. 33.*

8 Ad hoc autem ut tutor, vel curator debitum solvere possit, oportet illud esse certum, & liquidum juxta textum in *l. quoties. 10. §. sicut. ff. de administ. tut. l. tutor. 14. §. in solvendis. ff. eod.* aliàs solutio fit periculô, & damnô solventis, tametsi mater, vel qualiscunque privilegiatus tutor, vel curator solverit, *Galganett. lib. 2. tit. 6. n. 2.*

9 Disputant quidem DD. an tutor, qui creditor est pupilli ex quacunque tandem causa, vel contractu, possit propria auctoritate sibi solvere, & satisfacere? Videtur hæc quæstio de jure Bavarico inutilis esse, cùm art. ultimô hujus tituli expresse statuatur, quòd tutor, vel curator, qui tutelam vel curatelam suscipit, & de prætensione sua, quam adversus pupillum, vel minorennem scienter habet, nullam mentionem facit, illam simpliciter amittat.

Sed hôc non obstante, prædicta quæstio superflua, & inanis non est, cùm contingere possit, ut tutor, vel curator tempore, quô tutela vel curatela ipsi delata, & accepta est, de sua prætensione nullam notitiam, & informationem habuerit, vel si habuit, & judici insinuavit, nihilominus pro tutore, vel curatore fuerit constitutus, annè ergò in utroque hoc casu sibi solutionem facere potest? Et respondet *Bartol. in l. singularia ff. si certum*

tum petatur. affirmativè, per textum *in l. quoties. 9. §. ficut autem 5. ff. de adminiſt. & peric. tut.* ubi Juris-Conſultus dicit : Sicut autem ſolvere tutor, quod debet, ita & exigere, quod ſibi debetur, poteſt, ſi creditor fuit Patris pupilli. Similis textus eſt, *in l. fiſtulas. 78. §. fundum. 1. ff. de contrah. empt.* ubi tutor rem à pupilli parente debitam ſibi ipſi tradere poteſt, poſſeſſionémque occupare ; Verùm alij hoc non aliter admittunt, niſi quis contutorem habeat, cujus auctoritas accedat, cùm regula communis ſit, quòd nemo in rem ſuam auctor fieri poſſit.

Quid ſi autem quis contutorem non habeat, ſed ipſe ſolus tutor ſit ? tunc *Coraſius Miſſcellaneor. lib. 6. cap. 15. n. 2.* judicis auctoritatem requirit. de quibus duabus exceptionibus quidem in allegatis legibus nihil reperitur diſpoſitum, interim tamen noſtra opinione tutor ſecurius facit, ſi ſe ipſum ſolvendô, vel contutoris, vel ipſius judicis auctoritatem adhibeat, ut ceſſet omnis ſuſpicio fraudis. 10

Sicut autem tutor, vel curator tenetur æs alienum pupillorum, vel minorennium exſolvere, & relevare, ita etiam obligatus eſt, debitores eorum maturè de debito ſolvendo monere, & illud exigere, & ſi facere negligant, moroſos coram judice competente convenire, ne ſi culpam in exigendo comittat, & pupillares debitores per infortunium ſuperveniens non ſolvendo efficiantur, vel debito præſcribatur, tutoribus vel curatoribus periculum incumbat, & omne damnum reſarciendum in eos devolvatur *l. nomina Cod. arbit. tutel. l. ſi tutor ff. de adminiſt. tut.* Quæ autem culpa in non exigendo debita pupillaria, vel tutelaria, tutorem ad omne damnum obliget, videri poteſt apud *Hart. Piſtorium lib. 1. n. 49.* ubi hanc materiam enucleatè tradit. Interim verum eſt, quòd ſi debitores pupillorum, vel minorennium ſtatim poſt ſuſceptam tutelam per infortunium, & caſus fortuitos facultatibus labantur, aut primùm tutelâ finitâ, quòd tutoribus vel curatoribus nihil imputari poſſit, ſed pupilli, & minorennes damnum, & infortunium contingens agnoſcere debeant, cùm ad eos non pertineat, quod ante vel ab initio aſſumptæ, vel primùm tempore finitæ tutelæ evenit. *l. Etiam. ff. de adminiſt. tut. l. litis §. ſi pecunia ff. de negotijs geſtis. l. cùm poſt mortem ff. de adminiſt. tut. Damhaud. in patrocinio pupill. rub. de tut. onere cap. 7. n. 39. & 40.* 11 12

Quid ſi autem debitores pupillares, vel curatelares tempore adminiſtrationis ipſi ſolvant, & pecunia ſoluta pereat, cujus erit periculum ? De hac quæſtione nihil continetur in hoc articulo, aut titulo, igitur res eſt relicta diſpoſitioni juris communis, ſecundùm quam : Prima regula eſt, quòd quidem debitor, qui ſolvit pupillo, vel minorenni abſque judicis decreto, & tutoris aut curatoris auctoritate, conſequatur per accidens liberationem, ſed non niſi in caſu, quô pecunia adhuc extat, neque conſumpta eſt : Ratio eſt, quia per ſolutionem dominium pecuniæ ſolutæ remanet apud ſolventem, igitur eam debitor vendicare, & ſe indemnem conſervare poteſt, ſi pecunia ſoluta adhuc exſtet : Quid ſi autem pecunia ſoluta jam fuerit conſumpta, ſed in utilitatem pupilli, vel minoris utiliter collocata ? tunc pupillo quidem ipſo jure actio ſupereſt, debitori autem ſolventi adverſus pupillum, vel minorem, eandem iterum exigentes, competit exceptio doli §. *penult. Inſt. quibus alienare licet, vel non, l. pupill. 47. ff. de ſolut.* quod etiam extenditur, quando pecunia pupillo, vel minori ſoluta utiliter quidem fuit collocata, ſed ex poſtfacto caſu fortuito perempta, exempli causâ, quando pupillus, vel minor rem emit, vel refecit, quæ aliàs neceſſariò emenda, vel reficienda fuiſſet, ut pulchrè explicat *Joannes Gutierez. part. 2. cap. 22. n. 2.* Si autem pupillus, vel minor pecuniam ſolutam malè conſumpſit, reſtitutionem in integrum habet, & ſibi debitor imputet, quòd ſolutionem fecerit. 13 14 15

Plenio-

16 Pleniorem solutionem secundò consequitur debitor, quando cum auctoritate tutoris, & curatoris solvit, nihilominùs tamen, si pecunia sit deperdita, vel malè consumpta, pupillo restitutio in integrum competit. *L. Lucius. 47. §. tutelæ judicio ff. de administ. tut.* & quidem periculo ipsorum tutorum, vel curatorum, si pecunia ipsorum facilitate, & culpa deperdita, vel consumpta fuerit, *Gutierez loc. cit. l. 1. C. si adversus solutionem.*

Omninò igitur tertiò necessarium est, ut debitor solvens plenissimam consequatur liberationem, & securitatem, solutionem fieri præcedente judicis præcepto, & decreto, cujus auctoritas efficit, ut restitutio in integrum adversus talem solutionem non concedatur, *l. ait Prætor. 7. §. permittitur ff. de minoribus &c. l. Sancimus. 25 C. de administ. tut.*

17 Dices, restitutio in integrum conceditur, si res minorum cum decreto fuerint alienatæ, & appareat illos læsos esse, *l. siquidem 11. C. de præd. minor.* ergò etiam restitutio locum habebit, tametsi solutio cum decreto judicis facta sit: Sed respondetur, rationem diversitatis in hoc consistere, quia debitor solvere necesse habet, *l. ait Prætor. 7. §. 2. ff. de minor* contrahere non item: *l. nec emere. C. de jure deliberandi.* Illud autem, quod modò de debitorum tutelarium, vel curatelarium solutione diximus, locum tantùm habet in solutione capitalium, in reditibus enim, & pensionibus annuis, aliisque censibus, quoniam nimiùm operosum esset, ut singulis annis ad recipiendas ejusmodi solutiones judicis decretum interponeretur, *Molin. de just. & jure parte. 1. diss. 224. & Gutierez loc. cit. n. 5.* decretum judicis non requiritur: Ut quotidiana praxis habet: *Gutierez loc. cit. n. 5. Galganett. lib. 3. c. 57. n. 9.*

18 Tertius effectus potestatis tutelaris, vel curatelaris est, ut si ære alieno soluto superflua pecunia parata supersit, tutor vel curator teneatur illam in comparationem prædiorum impendere, vel ad legitimos annuos census collocare, ut pupilli, vel minorennes exinde aliquam utilitatem habeant:
19 Quod attinet ad prædiorum comparationem, habemus textus expressos in *l. tutores. 22. C de administ. tut. l. ita in prin. & l. tutor qui repertorium. 8. §. si post. ff. eod.* in quibus disponitur, ut tutores, vel curatores non tantùm possint, sed debeant pecuniam pupillarem sterilem, & otiosam in comparationem utilium prædiorum impendere, aliàs enim tenebuntur ad interesse, & ad pœnam arbitrariam, de qua *in. l. tutor. 3. §. tutores ff. de suspectis tutoribus, & in l. nisi. 4. C. de administratione tut.* Hoc tamen jus antiquum, *in Novell. 72. cap. 6. & seq. & in Auth. novissimè C. de administ. tut.* correctum, & tutoribus, & curatoribus necessitas prædiorum emendorum, ad libitum, & meram facultatem remissa est, possunt enim, si volunt, jure Novellarum ex pecunia pupillari prædia, & alia coëmere, non tamen sunt obligati: Cujus rei ratio est, quòd Justiniano tutiùs fuerit visum pecunias in deposito reservare, quàm per comparationem prædiorum, vel per fœnerationem periculo perditionis exponere; His enim calamitosis temporibus sæpissimè contingit, ut per hostiles invasiones prædia devastentur, & fœneratores depauperentur, ut pupilli vel minorennes pecuniam, quam per depositionem in salvo conservare potuissent, per ejusmodi casus fortuitos postea vel ex toto, vel pro parte deperdant: Hæc tamen Novella per articulum nostrum iterum immutata, & res ad statum juris antiqui reducta esse videtur, cùm collocatio pecuniæ pupillaris otiosæ non remittatur in liberum arbitrium, & facultatem tutorum vel curatorum, sed per modum necessitatis imponatur, quia articulus utitur verbo: Sollen / quod utique
Diff necessitatis, non voluntatis est, & hæc est iterum differentia statutorum nostrorum à jure communi Novell: ; Quòd autem tutores, & curatores juxta dispositionem legum antiquarum emptionem prædiorum negligentes teneantur ad omne damnum, & interesse, & pœnam arbitrariam incurrant,

de

de hoc articulus noster nihil dicit, & certè per hanc ipsam rationem, quæ Justinianum movit, ut priores leges abrogaret, & prædiorum comparationem tutorum, vel curatorum libero arbitrio permitteret, non facilè putamus, eos in omne damnum, & interesse, quod valde incertum est, multò minùs in pœnam aliquam condemnari posse, nisi appareat, quòd evidenter utilem comparationem ex dolo, vel lata culpa intermiserint. Certè, si pupilli, vel minorennes hac in parte aliquid neglectum esse asserant, probare debent, prædia venalia fuisse, ad quorum comparationem pecunia sua utiliter, & sine periculo collocari potuisset, *Bartolus ad l. tutor §. si post. ff. de administ. tut. n. 3.*

Quod autem pro quarto attinet ad collocationem pro annuo censu, sive ad fœnus, idem de jure antiquo constitutum fuit, ut tutor vel curator pecuniam pupillarem,vel curatelarem juxta modum usurarum legitimum fœnori daret, & si hoc omiserit, ad omne damnum, & interesse teneretur, atque extraordinariè coërceretur. *l. ob fœnus, & dicta l. tutor, qui repertorium. l. si tutor constitutus ff. de administ. tut. & l. 1. l. si pecunia. C. de usuris pupillaribus.* Sed hoc ipsum etiam, & quidem principaliter *in dicta Novell. 72. cap. 6. & 7.* à Justiniano correctum est, ubi dicit: *Sancimus, nullam necessitatem ex Legibus esse curatoribus, minorum pecunias fœnerare, sed cautè reponere, & reservare; Quoniam melius est, eis in antiquis tutamen manere, quàm usurarum appetitione etiam antiquâ pecuniâ cadere, & periclitari quidem curatorem, si non mutuaverit, rursum autem si mutuaverit, periculum sustinere, factô forsan in debitis detrimentô.* Sensus est, quòd pupillo, vel minorenni utilius sit, pecuniam suam salvam habere, quàm eam fœnori periculô tutoris, vel curatoris,& etiam suô exponere. Deinde hodierno jure canonico usuræ prohibitæ sunt,rectè igitur datio pupillaris,& tutelaris pecuniæ ad fœnus vel usuras admitti non debet, interim tamen articulus noster in Vers. Sie sollen / non tantùm approbat, sed etiam necessitatem imponit, ut tutores, vel curatores pecuniam pupillorum & minorennium ad annuum censum collocent, in verbis: Damit die Kinder ainen Jährlichen Zinß / oder anderen zimblichen Genieß davon haben mögen. Ex quo apparet, quòd jus nostrum statutarium, iterum recedat à jure Novellarum; Quòd tamen enucleatiùs examinandum est. 20 Diff.

Primò ergò articulus generaliter tantùm loquitur, quòd pecunia pupillaris, & suppellex: Die Barschafft vnd Fahrnuß / pro optima liberorum utilitate debeant applicari, ut fructum aliquem ferant; Supponit igitur articulus suppellectilem, quæ aliàs sterilis est, & nullum fructum fert, vendi, & pecuniam inde redactam ad fructificandum applicari posse, quod per se quidem clarum, sed ita intelligendum est, ut paulò antè diximus, si suppellex fructifera non sit, nec servando servari possit, vel aliàs pro splendore familiæ, vel conservatione rei domesticæ urbanæ, vel rusticæ inserviat. 21

Secundò articulus de emptione prædiorum nihil dicit, sed ad solam collocationem pecuniæ, & mobilium pupillarium, vel minorennium ad quæstum, & utilitatem respectum habet, licèt igitur *Joseph. Ludovic. decis. 67. part. 2. n. 31.* dicat, quòd tutor vel curator priùs obligatus sit, pecuniam pupillarem ad comparationem utilium bonorum impendere, & tunc tantùm, si nulla venalia inveniat, ad census, vel honestum lucrum quasi in subsidium collocare, tamen hoc articulo nostro non convenit, cùm generaliter tantùm applicationem pecuniæ tutelaris, & pupillaris ad honestum lucrum requirat, sive illud ex comparatione prædiorum, sive aliunde provenire possit; Ex quo 22

Sequitur tertiò, quòd pecunia etiam ad censum hodierno tempore licitum & legitimum, præteritâ emptione bonorum, sive prædiorum, impendi 23

possit, & hoc rectissimè; cùm temporibus pacificis per emptionem, & venditionem nemo sibi usuras quincunces, sive quinque per centum acquirere possit, prædijs in tali pretio, & existimatione exsistentibus, ut quis satisfactus esse debeat, si ex reditu annuo pro centum duos, vel ad summum tres florenos lucrifacere possit, cùm tamen in emptione censûs non tantum quinque, sed subinde etiam sex floreni pro centum in stipulationem veniant, & nunc totius Imperij generalis consuetudo sit, ut ratione lucri cessantis, & damni emergentis etiam ex mero mutuo, ut suo loco dicemus, quinque per centum admittantur, & hæc forte causa est, quòd articulus
24 noster de comparatione prædiorum nihil dicat, sed præcisè tutoribus, & curatoribus relinquat, ut modô, quô possunt, optimô pecunias tutelares, vel curatelares ad lucrum, & utilitatem liberorum collocent.

25 Sequitur quartò, cùm etiam Cambium mercatorum licitum, & permissum luctum sit, *Bart. in l. divi. 88. n. 2. ff. ad legem falcid. Romanus sin-*
26 *gulari. 129. Joseph. Ludovic. decis. 67. n. 1.* quòd pecunia pupillaris ad cambium applicari possit: Quamvìs tutores, & curatores cauti esse debeant, cùm in nulla negotiatione plures falliti inveniantur, quàm in cambijs.

27 Quintò, si tamen tutor, vel curator pecuniam pupillarem, vel curatelarem ad census, vel ad cambium collocat, cavere debet, ut singulis annis sit redimibilis, nimis enim grave esset minorennibus, si post perfectam ætatem pecuniâ, quâ forsan opus habent, cum suo maximo detrimento in perpetuum carere deberent. Nihil quidem de hac cautela in articulo nostro invenitur, interim cùm constitutio censuum redimibilium apud nos passim in usu sit, utique tutor, vel curator malè faceret, si pecuniam collocâsset sub censu irredimibili, quam collocare potuisset ad lucrum ejusdem quantitatis sub censu redimibili: Cæterùm de hac quæstione, quæ valde frequens est, cujus damno sit, si debitor, qui pecuniam pupillarem, vel curatelarem mutuò accepit, facultatibus labatur, an tutoris, & curatoris, vel pupillorum, & minorennium? Videri potest *Hartm. Pistor. quæst. 49. lib. 1. per totum*, cui nihil addere possumus.

28 Ad finem Vers: **sie sollen auch/ꝛc.** additur, quòd collocatio pecuniæ tutelaris, vel curatelaris apud homines plebejos, rurales, & civicos debeat fieri cum consensu magistratûs ordinarij, quæ est bona præcautio, cùm utique magistratui, an collocatio securè fiat, magìs, quàm hominibus plebeis notum,
Diff. & cognitum esse possit, quam dispositionem, si voles, iterum pro differentia notare poteris, cùm in jure communi magistratûs ordinarij præscitus, sive consensus ad collocationem pecuniæ pupillaris non inveniatur necessarius.

29 Quia verò articulus expresè tantùm loquitur de plebeis, ruralibus, & civicis tutoribus, & curatoribus, putamus à contrario sensu, illum ad nobiles personas non esse extendendum. Ratio est, quia illis ob prudentiam, & experientiam etiam sine magistratûs interventu notum esse potest, an pecunia bene vel malè collocetur, in quo plebei homines ignorantiam habere præsumuntur, ut in processu summario, & processu Edictali, aliisque multis in locis statuitur, ut illorum actus fieri debeant judicialiter, qui à nobilibus fieri possunt propriâ scripturâ, & auctoritate.

30 Quintò officium tutoris, & curatoris in hoc consistit, ut ad alienationem rerum pupillarium, vel curatelarium consensum, & decretum ordinarij magistratûs impetrent. *l. 1. in prin. ff. de rebus eorum qui sub tutel. &c.* Et quamvìs jura antiqua hanc dispositionem tantùm de rebus immobilibus, sive soli conceperint, tamen à Justiniano Imperatore etiam extensa fuit ad res pupillorum mobiles, *juxta l. lex quæ 22. C. de administ. tutor.* quam tamen statuta nostra Bavarica iterum imutârunt, cùm Vers: **Und wo / ꝛc.** tantùm de immobilibus loquatur: **Von unbeweglichen oder ligenden Güteren.** Verum est, quòd etiam in prædicto art. addatur verbum: **Haab oder Güteren/** quod

quod verbum Haab / communiter sumitur pro rebus mobilibus : Für die fahrende Haab / verbum autem : Die ligende Güter / pro fundis, & prædijs, *juxta Besold. in thesaur. suo pract. verbô:* Haab vnnd Guet: *& Wesenb. part. 5. conf. 109. n. 75.* tamen nobis persuademus, quòd hîc loci verbum : Haab/ per errorem irrepserit, vel certè, non nisi bona immobilia designare debeat, cùm descendat à verbo haben / sive habere, quòd longè magìs res immobiles afficit, quàm res mobiles, quæ non ita constanter ut immobilia possidentur, sive habentur : Confirmatur hoc ex præcedente vers: Sie sollen / etc. ubi parata pecunia, & mobilia jubentur ad debita pupillaria, vel curatelaria exsolvenda impendi, & necessitas judicis decretum, vel consensum impetrandi, tantùm injungitur plebeis personis, non nobilibus, si ergò nobiles sine decreto, & consensu judicis bona mobilia pro exsolvendo ære alieno impendere possunt, ergò etiam pro alijs necessitatibus : Si verò hunc terminum Haab / pro bonis mobilibus retinere velis, eum comodè applicabimus ad bona mobilia pretiosa, & quæ servando servari possunt, annuúmque fructum ferunt, vel decorem familiæ respiciunt, ut jam supra diximus, cùm dicta *lex. 22.* loquatur de margaritis, gemis, cæteráque prætiosa suppellectile, quæ mea opinione saltem secundùm nostrum articulum, de ea intelligi debet, quæ servando non corrumpitur, aut diminuitur. Si verò *dicta lex 22.* de omni suppellectile intelligenda est, prout Salicetus, & alij communiter intelligunt, fatebimur, iterum differentiam esse inter jus commune, & jus nostrum statutarium. *Diff.*

Ad hoc autem, ut pupillus, vel minor bona imobilia alienare possit, 31 non sufficit decretum Magistratûs interpositum, sed etiam alia requiruntur : Imprimis enim necessarium est, ut tutoris, vel curatoris authoritas accedat, & quidem in ipso actu alienationis, per realem illius præsentiam, & non per nuntium, vel Epistolam ; Si ergò ponas, minorem fortè post impetratum judicis consensum, & decretum, præteritô tutore, vel curatore alienationem rei immobilis fecisse, talis alienatio ipso jure nulla est, *l. neque. l. eum qui. Cod. de auth. tut. & tot. tit. Inst. eod.* Imò si ipse tutor, vel cura- 32 tor pro decreto Magistratûs supplicâsset, & illud obtinuisset, postea autem pœnitentiâ ductus, fortè quia reperit alienationem non satìs consultam esse, authoritatem suam accommodare detrectet, pupilli alienatio non tenet, adeò enim pupillo, & minorenni per tutelam, vel curam rerum suarum administratio auffertur, ut absque tutoris, & curatoris sui authoritate, & approbatione ferè nullos actus, & negotia celebrare possint : Ut habetur *ad prin. tit. Inst. de auth. tut.* Cùm persona pupilli vel minorennis integra non sit, sed legitimari, & integrari debeat authoritate tutoris, vel curatoris, quæ interponenda est in ipso negotio, cùm si de solennitate actûs, & non per nuntium, vel epistolam, aut per ratificationem subsequentem, ut expresè dicitur in *§. 2. Inst. de auth. tut.* nisi fortè tutor vel curator immediatè ad actum superveniat, & authoritatem suam adjungat ; quæ enim in continenti fiunt, ipsi actui inesse videntur.

Quid si ergò pupillus, vel minor post impetratum decretum judicis, a- 33 lienationem rei sine authoritate tutoris,vel curatoris fecerit, annè rem suam alienatam, & traditam non refusô pretiô revocare possit ? Et respondemus, quòd non, quia à possessore ipsi opponi potest exceptio doli, donec pretium, si adhuc exstet, vel in utilitatem pupilli, aut minorennis conversum sit, restituat: *L. jure naturæ. 26. ff. de R. J. Vers. unde ad prin. Inst. de auth. tut.* Si autem pecunia à pupillo, vel minorenni accepta malè consumendô, 34 furtô, vi, incendiô, rapinâ perierit, possessori doli mali exceptio nihil proderit, quia sibi imputare debet, cur tam temerè, neglectâ juris dispositione, sine tutoris authoritate contractum injerit, & pretium solverit : *Vers: sin autem. §. 2. Inst. quibus alienare licet.*

35 Secundò requiritur, ut justa causa distrahendi bona immobilia subsit; utpote æris alieni, publicorum onerum, dotis, & similes aliæ; *l. 1. in prin. l. magis puto. §. passim, & §. si æs alienũ. ff. de rebus eorum qui sub tutel. &c. l. lex quæ. Cod. de administ. tut. l. minorum. Cod. de prædijs, & rebus pupill. sine decret. &c.* Et hinc est, quòd aliquando viderimus, commutationem prædiorum inter tutores alicujus Illustrissimi pupilli, & alterum quendam virum nobilem initam, propterea factam fuisse litigiosam, quòd regimen qui-
36 dem consensum impertierit, sub solita clausula, salvô jure pupilli, nullum autem decretum permutationis interposuerit, multò minùs cognitionem causæ adhibuerit, examinandô, an permutatio pupillo utilis sit, vel non; Nam aliud est consensus magistratûs, aliud est decreti interpositio: Consensus consistit in nuda voluntatis, & assensûs declaratione; Decretum in causæ cognitione, & inquisitione, quod proinde interponi non debet, nisi alienatio magistratui utilis, & proficua visa fuerit. Mirum propterea nemini videri debet, si tam frequentes alienationes rerum immobilium ad pupillos, & minorennes pertinentium rescindantur, quia apud plebejos homines plerumque Judicis ordinarij interventus adhibetur tantùm per modum approbationis, non per modum decreti, cognitionem, & disquisitionem causæ continentis; Quod tamen planè omninò necessarium est, quia illo deficiente deficit totus actus. Sagaces advocati possunt hac in parte clientibus suis plurimùm prodesse, si dum manè supplicationem pro judiciali decreto ad ejusmodi alienationem Dicasterijs exhibent, & statim eôdem, vel alterô die subsequente resolutionem favorabilem, & ut vocant, das Placet, obtinent, nihil se cepisse, aut obtinuisse intelligant, & partis adversæ advocato justissimam exceptionem opponant, nihil actum esse, cùm decretum inquisitione, & causæ cognitione indigeat, illa autem tam brevi tempore expediri non potuerit.

37 Debet autem decretum hoc ipsum in se continere, quænam illius fuerit causa, & quidem specialiter, non in genere tantùm, prout plerumque moris est, dicendô, se judicem hunc, vel alium contractum tanquam utilem, & proficuum pupillis, judicialiter approbare, sed addi debet, ob hanc vel illam causam specificam, & determinatam, ne contrahentes ex post facto in novas lites, & actiones involvantur: Et hujus rei ratio manifesta est, quia requiritur causæ cognitio, ergò requiritur specialis examinatio, causa enim cognita dici non potest, quæ hæsit tantùm in generalibus, & nunquam ad specialia devenit; Inde illa quæstio non multùm considera-
38 bilis est: Contra quem nimirum in eo casu, quô Magistratus decretum suum de alienandis bonis pupilli, vel minorennis tantùm in genere interposuit, actio competat, an solùm contra ipsos tutores, & curatores rem malè gerentes, vel etiam contra possidentem rem malè alienatam? Nobis enim videtur, quòd pupillus, & minor tam contra ipsos tutores, vel curatores, actionem tutelæ, vel curatelæ, quàm contra possidentem beneficium restitutionis in integrum, & denique contra Magistratum actionem subsidiariam habeant, de quibus videatur? *Mantica de tacit. & ambig. conven. lib. 4. tit. 6. n. 21. & seqq.* & *Jacobus Menoch. lib. 4. consf. 78. n. 2.*

39 Tertiò tametsi in *præced: Vers:* dixerimus in tutorum, & curatorum, maximè nobilium potestate consistere, ut æs alienum pupillare, vel curatelare dissolvere possint sine decreto Magistratûs ordinarij, tamen illud tantùm restringendum est ad pecuniam paratam, & inutilia mobilia, quæ servandò servari non possunt, nam, si ad distractionem æris alieni alienatio rei imobilis necessaria est, necessariò decretum judicis intervenire debet: Cujus rei non solùm hæc ratio generalis est, quæ militat in favorem pupillorum, & minorennium, pro omnium rerum immobilium conservatione; Sed etiam hæc specialis, an non pupillo utilius sit, annuos census solvere,

quàm

quàm de bonis suis immobilibus diminutionem, & jacturam facere. Vidimus præteritis calamitosis temporibus familias Illustres, & nobiles adeò fuisse bonorum suorum tenaces, ut cùm ex illorum distractione facilè se potuissent ab omni ære alieno exuere, & sufficientem partem pro sua suorúmque sustentatione redimere, tamen differendo annuos census maluerint æs alienum in tantum excrescere, ut postmodùm ad paupertatem, & incitas devenerint. Omnia igitur in examinatione, & expeditione decreti judicialis exactè dijudicanda sunt, an scilicet æs alienum immobilium alienationem admittat, an non potiùs superflua mobilia, tametsi servando servari possint, vel etiam non multùm pretiosa, nec pro splendore domûs, aut familiæ, nec pro usu necessaria, aut nullus frugum reconditus thesaurus, nulla supernumeraria, potiùs ad ostentationem, quàm usum rei domesticæ necessaria pecudum copia supersit: Hæc enim judici decretum interponenti imprimis in discussionem veniunt, & officio ejus incumbit, ut semper priùs in exsecutionem deducatur, quod pupillis, vel minorennibus minùs utile, *l. etsi.* §. *1. ff. de minoribus.* & minoris pretij, & considerationis est, *l. magis.* §. *non passim. ff. de rebus eorum qui sub tutel.*

An autem decretum ad alienanda immobilia debeat interponi à judice 40
domicilij, cui pupilli, vel minorennes subsunt, vel à judice, sub cujus jurisdictione bonum, quod alienationi destinatur, situm est? Apud DD. valde controversum est, plerique volunt, decretum interponendum esse à judice rei sitæ, per textum in *l. si prædium. 16. Cod. de prædijs, & rebus minorũ &c.* Ubi dicitur: Si pupilli prædium rusticum, vel suburbanum sine decreto præsidis provinciæ, in qua situm est, venumdatum fuerit, quòd dominium illius à pupillo discedere non potuerit: Præsupponit igitur textus decretum judicis necessarium esse, sub quo prædium situm est; Contrarius textus est, in *l. magis puto. 5.* §. *illud quæri potest. 12. ff. de rebus eorũ qui sub tutel.* Ubi dicitur, *illud quæri potest, si prætor urbis Romanæ aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat, quod fecit? Et putem valere, si modò tutela Romæ agebatur, & hi tutores eam quoque administrationem subierant:* Ex quibus verbis apparet, judicem illius loci, ubi tutela vel curatela agitur, decretum alienationis interponere posse, tametsi bona alibi sita sint, modò dicta bona alibi sita ad administrationem eorundem tutorum pertineant. *Galganettus. lib. 3. quæst. 26. n. 5. & sequentibus.* putat præventioni locum esse; Nos non attentâ *Galga: & D. Balthasaris* opinione *Tit. 5. resol. 7. n. 16.* putamus, verius esse secundùm constitutiones nostras Bavaricas, quòd decretum interponendum sit à judice domicilij, ob duplicem rationem: Prima est, quòd tutoris datio juxta *Articulum 2. hujus Tit.* pertineat ad judi- 41
cem domicilij, ubi pupillorum pater demortuus est, tametsi bona alibi sita sint, ergò & decreti interpositio; Probatur consequentia, quia decreti interpositio est præcipua pars legitimæ administrationis, sed legitima administratio cum omnibus suis appertinentijs, utpote confectione inventarij, rationum redditione, & alijs actibus pertinet ad judicem, qui tutores dedit, ergò etiam decreti interpositio, quæ est pars administrationis. Et hoc in tutela prorsùs nullum dubium habet, cùm tutor detur personæ, & bona alibi sita veniant tantùm in consequentiam. At hoc ipsum etiam in curatoribus, qui aliàs principaliter dantur rebus, non personis, similiter obtinere *ad dict. Art. 2.* ex verbis textûs clarè demonstravimus: Sive ergò agatur de decreto interponendo in re immobili pupillari, vel curatelari, semper opus est illius judicis decretô, cui pupilli, & minorennes fortè etiam cum tutoribus, & curatoribus ratione domicilij subsunt.

Deinde secundò, nullum respectum faciendum esse ad judicem rei si- 42
tæ, hæc ratio suadet, quòd decreti interpositio debeat fieri, ut dictum, cum causæ cognitione, & exactissima inquisitione, an alienatio necessaria

 sit,

sit, vel utilis, quæ justa causa illam exigat, & an non alia media supersint, quibus sine alienatione rerum immobilium pupillis, vel minorennibus subveniri possit, & quæ aliæ hujuscemodi circumstantiæ incidere possunt, de quibus judici rei sitæ nulla cognitio, vel informatio esse potest, sed soli judici domicilij, cui pupilli, vel minorennes cum reliquis suis rebus, & appendicibus subsunt.

Sed omnium optimè, & rectissimè facit tutor, vel curator, qui ad evitandas ejusmodi lites, & controversias decretum ab utroque judice impetrat, vel certè à judice superiore utrique communi.

Ad propositam autem regulam, quòd res pupillorum, vel minorennium sine decreto judicis alienari non possint, excipit articulus noster bona Emphyteutica, & vitalitia, die Erb-Recht Güter / veranlaitte Frey-Stifft vnd Leib-Recht / sive ut verbô dicamus, bona alienari solita; Ut autem hoc clariùs intelligatur;

43 Dicimus primò, si quis colonus sive rusticus in fundo aut prædio rustico Emphyteusin veram, sive modalem habeat, ein Erb-Recht oder veranlaitte Frey-Stifft / quòd illô mortuô jus Emphyteuticum ad liberos devolutum sine ullo scrupulo à tutoribus, vel curatoribus illis renovari possit; Ratio per se clara est, quia utile Dominium hæreditarium est, & solutô laudemiô liberis denegari non potest, & de hoc articulus non loquitur, Sed:

44 Si secundò, supponas Emphyteusin vel finita generatione, vel aliô modô per deteriorationem, contraventionem pactorum, aut simili, de quibus suo loco sermo redibit, ad dominum reversam esse, tutoribus, & curatoribus jus, & potestas competit, tale bonum sine decreto judicis alteri iterum in Emphyteusin concedendi, ad similitudinem feudorum, & rerum Ecclesiasticarum, *juxta cap. 1. in prin. per quos fiat investitura in usibus feud.* ex quo doctores deducunt, minorem feudum ad se reversum sine decreto judicis de novo in feudum dare posse; Et de rebus Ecclesiasticis non alienandis, *quæst. 21. cap. 18. n. 11. & sequentibus. Wilhelm. Redoanus* docet, quòd Prælatus rem Ecclesiasticam immobilem in Emphyteusin, & feudum eô modô liberè concedere possit, quô Ecclesia priùs concedere solita fuit.

45 Idem tertiò, dicendum est de vitalitijs, von den Leib-Recht Güteren / Ratio est, quia vitalitium nihil aliud est, quàm Emphyteusis temporanea ad dies vitæ, ut alibi probavimus, maximè *semicent. 1. controv. 30.* Si ergò Emphyteusis vera, & perpetua, sive modalis, sine decreto judicis post extinctionem à tutoribus, vel curatoribus de novo concedi potest, cur non etiam Emphyteusis ad dies vitæ?

46 Dices tertiò, quare articulus concedat, ut tutores, & curatores duo vitalitia de novo constituere possint, & quare non unum tantùm, vel plura? Warumb sie zween Leib geben künten / vnnd nit nur ain oder mehr? Respondemus, communem consuetudinem esse, ut rustici plerumque duo vitalitia comparent, pro se, & uxore, vel pro filio suo, & filij sponsa, quod proinde ita fieri consuevit, constitutio nostra tutoribus, & curatoribus adimere noluit: Si autem illis concederetur potestas, ut plura vitalitia de novo dare possent, nimiùm præjudicaretur pupillis, vel minorennibus, ut post majorennitatem reversio talium prædiorum nunquam speranda foret, quia tutoribus, vel curatoribus sua potestate abutendi, & in nescio quot generationes extendendi, licentia fieret.

47 Si verò quartò, tutores, vel curatores bona pupillorum, vel minorennium ab omni jure Emphyteutico libera de novo vellent in Emphyteusin concedere, id eis liberum non est, quia veram alienationem importat, *l. etiam. Cod. de prædijs minorum. l. sed si pecunia. §. si jus. ff. de rebus eorum &c.*

Imò,

Imò cùm quintò tutoribus, & curatoribus jus non competat, in bonis pupillorum, vel minorennium usumfructum, hypothecam, aut oppignorationem constituendi. *l. 1. in prin. ff. de rebus eorum qui sub tutela &c.* nec aliam servitutem realem activam, vel passivam, multò minùs reditus annuos redimibiles, vel irredimibiles. *Galganettus. lib. 3. quæst. 43. n. 4* ita etiam non competit, nova jura realia, Emphyteutica, vitalitica, feudalia, & similia in alios sine decreto judiciali de novo transferendi; In omni enim casu, sive aliquid remittatur, sive de novo detur, semper judicis decretum requiritur, tametsi fiat per transactionem, aut compromissum super re immobili ex bonis ipsius pupilli ad alium transitura. Idem *Galganett. loc. cit. n. 8.*

Sextò, nuda locatio tutoribus, & curatoribus quidem interdicta non est, sed si fiat ad longum tempus, decretò judicis opus habet, dict: *l. sed si pecunia. §. fin. ff. de rebus eorum &c.* longum tempus autem est decennale; Et hujus rei ratio est, ne talis locatio transeat in jus reale Emphyteuticum, vel simile: *Galganett. loc. cit. n. 7.* & hinc consultum est, ut tutores, vel curatores locationem, & conductionem de rebus pupillorum, vel minorennium faciendo, expressè paciscantur, quòd elapso tempore conductores pro lubitu expelli possint. 48

Quid si autem tutores, vel curatores bona vitalitia, die Leib-Rechts-Güter / ad pupillos, vel minorennes reversa, alijs dare velint in Emphyteusin, anné hoc illis licitum erit? Et respondemus, quòd non: Quia eôdem modô, & cum eodem jure de novo concedi debent, quô antiquitus concessa fuerunt, mutatio ergò juris facit mutationem rei, & consequenter illa tanquam vera species alienationis tutoribus, & curatoribus licita non est. Deinde nemo non facilè comprehendit, mutationem vitalitij in Emphyteusin pupillis, vel minorennibus maximè damnosam esse, cùm post mortem vitalitij possessoris, novus successor totum novum jus, pro libitu domini æstimabile emere debeat, cùm è contra Emphyteuticus successor, non nisi laudemium, id est, quinque per centum, solvat, & jus suum in hæredes transmittat. 49

Quid si autem novi possessores pro novo jure Emphyteutico, vitalitiô extinctô, offerant notabilem summam pecuniæ, prout plures novi, qui mera bona vitalitia habuerunt, sed acceptâ pecuniâ rusticis suis veras Emphyteuses, vel saltem modales cum magno quæstu, & temporanea utilitate concesserunt, vitalitiô in perpetuum extinctô. Verùm nec hoc tutoribus, & curatoribus licitum esse, manifestum est, cùm nemo non cæcutiens videat, veram alienationem intervenire, quæ tutoribus, vel curatoribus sine decreto judicis permissa non est, titulus enim, de rebus pupillorum non alienandis sine decreto judicis, non tantùm de venditione scriptus est, sed de omni alia alienatione quocunque contractu contingente, quamvis, si mutem jus vitalitij in jus Emphyteuticum, non videam, quid veræ venditioni desit, cùm adsit res, id est, novum jus Emphyteuticum, & pretium, sive pecunia, quæ pro hoc novo jure expenditur. 50

Alia quæstio est, cùm jus Emphyteuticum modale, die veranleitte Frey-Stifft / ita comparatum sit, ut possessor redhibitô pretiô, quô jus suum consecutus est, pro libitu expelli possit, an tutoribus, vel curatoribus licentia competat, si viderint pupillis, vel minorennibus utile esse, contractum dissolvendi, non adhibitô decretô judicis? Et putamus defendi posse, quòd talis dissolutio, etiam absque decreto judiciali, omnino valida sit, & permissa; Ratio est, quia in tali dissolutione non agitur de obligatione pupilli, sed de ejus liberatione, nec agitur de rei alienatione, sed de juris alienati recuperatione, quæ utique longè diversa sunt, certè ad vers. Sie sollen / &c. tutoribus, & curatoribus saltem nobilium personarum tribuitur 51

pote-

potestas, sine decreto judicis paratam pecuniam, & superflua mobilia pro ære alieno exsolvendo applicandi, & pupillos, vel minorennes à debitis liberandi, cur ergò non eadem potestas competat exonerandi, & liberandi bona eorum Emphyteutica, & vitalitia ab hoc jure, sive obligatione? Fatemur tamen, quòd longè tutiùs sit, adhibere decretum judicis, eò, quòd ex mente Doctorum sub prohibita alienatione rerum pupillarium, sive curatelarium sine decreto judicis, non tantùm ipsa bona immobilia, sed etiam omnia jura, & actiones, activæ, & passivæ, ut paulò ante præmisimus, contieantur, & articulus noster notabiliter dicat, non tantùm venditionem, sed etiam mutationem sub prohibita alienatione contineri. Vix autem defendi potest, quin in tali resolutione non fiat aliqua mutatio: Eine Veränderung / licet fiat in manifestam utilitatem pupilli, vel minorennis (de quo mox nobis sermo erit) & alienatio actionis realis, & personalis, hypothecariæ nimirum, & Emphyteuticariæ.

Quamvìs igitur hactenus dixerimus pupillum, vel minorennem sine authoritate tutoris, vel curatoris contrahere non posse, nec ipsos tutores, vel curatores cum, vel sine interventu pupillorum, & minorennium bona im-
52 mobilia alienare, hæc duo tamen inter se multùm differunt: Primum membrum est, quando contractus pupillorum, aut minorum sine authoritate tutorum, vel curatorum initus subsistat? Ad quòd Respondemus, primò: si minor per talem contractum conditionem suam notoriè meliorem fecerit: Licèt enim minor ex tali contractu non obligetur, *princip. Instit. de Auth. tut.* obligatur tamen pars adversa cum minore contrahens, & proinde, si contractus inveniatur utilis, ad eum servandum obligata est, argumentô, *l. cùm ij §. eam transactionem ff. de transactionibus*: Quamvìs alij
53 contradicant: Ut videre est *apud Gutierez parte. 2. cap. 5. n. 33. & 34.* quod ita intelligendum est, ut subsistat quidem contractus, quem pupillus, vel minorennis in suam utilitatem facit sine authoritate tutoris, non autem valeat, si concernat rem imobilem, & decretum judicis desit: *Petrus Surdus in tract. de alimentis tit. 8. privileg. 45. Rodoanus de rebus Eccles. non alien. rub. de constitutione annui census n. 31.* ubi de rebus Ecclesiasticis loquitur, rectè autem ad res minorum quoque applicari potest.

54 Secundò, si contractus à minore fuerit juramento confirmatus: Per Auth. *Sacramenta puberum Cod. si adversus venditionem*, cùm juramentum, ut sæpiùs diximus, servandum sit, quamdiu sine dispendio salutis æternæ servari, & adimpleri potest.

55 Tertiò, quando minor major factus contractum à se in minorennitate initum ratihabet: *Tot. Tit. C. si major factus alienat. &c.* Censetur autem illum ratihabere, si patiatur labi tempus quinquennij. *l. 1. & ult. C. eod.* aut talem actum post majorennitatem exercet, ex quo nulla alia conjectura, quàm approbatio contractûs in minorennitate initi, desumi potest, utpote si aliquid ex tali contractu percipiat.

56 Alterum membrum est, quando contractus alienationis rei pupillaris, vel minorennis valeat sine decreto judicis? Ad quod respondemus primò, magnum esse inter utrumque discrimen: Nam qui veniam ætatis impetravit, curatorum auctoritate ampliùs opus non habet: Opus tamen habet judicis decretô ad alienandas res suas imobiles, *l. eos, qui 3. C. de ijs qui veniam ætat. &c. & in l. omnes. 2. C. eodem.* Item paulò antè audivimus, pupillum, vel minorennem sine auctoritate tutoris, & curatoris contrahendo, posse conditionem suam facere meliorem, at alienandô res imobiles sine decreto judicis nihil agat, tametsi rem suam fecerit optimam, puta, si fundum sterilem cum frugifero permutaverit. *l. si fundus ff. de rebus eorum &c. l. magis puto §. si æs alienum ff. eod. Gutierez loco cit. n. 33.* quia prohibitio juris de non alienanda re imobili pupillari, vel curateli sine decreto judicis, se-

verior

verior eſt, quàm de non contrahendo ſine authoritate curatoris, quamvis alij velint, ſaltem in minoris arbitrio conſiſtere, an ſtare velit contractui, vel eidem contravenire: *Galgan. lib. 2. tit. 21. n. 50.*

Dicimus igitur ſecundò, ſi Pater in teſtamento ſuo ordinaverit, ut res pupilli, vel minorennis alienetur ſine decreto judicis, ipſius voluntati ſtandum eſſe, ratio clara eſt, quia ipſe potuiſſet illam alienare extra, vel in ſuo teſtamento, ergò etiam potuit licentiam dare, ut poſt mortem ſuam ſine decreto judicis eſſet alienabilis, *l. 1. Verſ. præterea. ff. de rebus eorum &c.* quam doctrinam in tantum extendo, ut talis diſpoſitio valeat, etſi fuerit facta in teſtamento imperfecto, *Mol. de Juſt. & Jure. diſput. 224.* Ratio eſt, quia, ut ſupra diximus, Pater etiam in teſtamento imperfecto, codicillo, & qualibet ultima voluntate, ſaltem ex Jure noſtro ſtatutario tutores, vel curatores teſtamentarios dare, imò etiam inter vivos quocunque actu deſignare, & declarare poteſt, ergò poteſt etiam illis in alienandis rebus ſuis legem conſtituere. 57 58

Idem eſt tertiò, quando Pater in vivis alteri de re ſua vendenda, vel commutanda, aut quocunque aliô titulô concedenda, ſtipulationem, & promiſſionem fecit, tunc enim ſolennitate decreti judicialis opus non eſt: Ratio eſt, quia hæc non eſt alienatio voluntaria, ſed neceſſaria, & tutores, vel curatores potiùs exſequuntur illud, quod priùs jam à Patre conventum fuit, quàm ut de novo aliquid faciant, aut contrahant: Videantur tamen de hac quæſtione concertantes Gallus, & Hiſpanus, nempè *Tyraquell. de jure marit. gloſſ. 8. n. 194.* & *Gutierez. part. 2. cap. 5. n. 66. & ſequentibus.* 59

Non ſufficit tamen, ſi Pater pupilli, ſeu minoris duntaxat in vita ſua prædium venale propoſuerit, ſed requiritur, ut caverit diſtractionem faciendam. *l. 1. §. ſi defunctus. C. de adminiſt. tut. Galgan. loc. cit. n. 4.* 60

Quartò, exſecutio fieri poteſt ſine decreto judicis in re mihi legaliter, & tacitè hypothecata: Communiter quidem adferunt exemplum de rebus in domum conductam illatis, ſed illud de jure noſtro ſtatutario non multùm ſtringit, cùm decretum judicis, ut ſupra diximus, potiſſimùm tantùm in rebus imobilibus neceſſarium ſit, quæ in domum conductam inferri non poſſunt, niſi fortè loquamur de rebus pretioſis, & alijs, quæ fructum ferunt, & ſervando ſervari poſſunt, de quibus paulò antè diximus; At ſi fortè defunctus mihi ex primo matrimonio debuerit dotem matris meæ, vel alimenta ex quocunque tandem capite provenientia, tutores, & curatores liberorum ſecundi matrimonij, ſi nulla pecunia, vel mobilia ſuperflua in parato ſint, ex alienatione immobilium ſine decreto judicis ſatisfacere poſſunt; Ratio eſt, quia hæc alienatio, ut priùs jam diximus, neceſſaria, non voluntaria eſt. 61

Quintò, ſi fortè pupillorum, aut minorennium Mater, vel propinqui, & conſanguinei eſſent in captivitate, & carcere, & ad illos liberandos neceſſaria alienatio prædij imobilis, decretum judicis non requiritur: Ratio eſt, quia pupilli, vel minores ad hoc tenentur ex jure naturæ, & charitatis naturalis. Imò minor, decimum octavum annum egreſſus, hoc ſolus, & ſine auctoritate curatorum ſuorum facere poteſt; Ratio eſt, quia in ejuſmodi operibus pietatis minorennis habetur pro majorenni, & non reſtituitur in integrum, *Gutierez. loc. cit. n. 68.* Quamvis id *Galgan. lib. 2. tit. 21. n. 47.* non probet, per rationem, quia nec valet talis alienatio in favorem piæ cauſæ, de quo tamen æquè dubium eſt. 62

Sextò, ſicut ſupra allegavimus, contractum minorennis juratum valere ſine auctoritate curatoris celebratum, ita etiam alienatio rei immobilis cum juramento facta ſubſiſtit, tametſi judicis decretum non acceſſerit, per rationem ibi allatam. 63

64 Septimò, si in aliquo loco statutô, vel consuetudine introductum sit, ut alienatio immobilium rerum, ad pupillos, vel minorennes pertinentium, licitè fiat sine decreto judicis, standum est statuto, vel loci consuetudini, tametsi quoque in hoc aliqui contradicant.

65 Octavò, si Princeps, qui jus suprematûs habet, alienationem sine decreto Magistratus factam auctorisaverit, omninò sustinetur. *l. illud. 2. C. quando decret. opus non est. l. sed hic. ff. de reb. eor.* nemo enim dubitat, quin authoritas Principis suppleat authoritatem Magistratûs.

66 Nonò, Gutierez, & Tyraquell: iterum conflictum inter se habent, an molendina juxta flumen posita, & inundationi obnoxia, sine decreto judicis alienari possint? Sed videtur nobis hæc disputatio esse de lana caprina, cùm enim præsupponatur defunctus, molendinum jam priùs longo tempore habuisse, quomodò tam repentina inundatio exsurget, ut ad alienandum judicis decretum non possit requiri; & exspectari? Alij distinguunt, inter molendinum fixum, & pensile, sive ut Poëta dicit, quod superinnatat undis. Sed quomodò hæc molendina innatantia inundationis periculo subjacent? Nunquid ut arca Noë? Deinde etiam molendinum pensile, cùm magni pretij sit, & servando servari possit, sine decreto judicis inalienabile est. Vid. *Galgan. loc. cit. n. 46.*

67 Decimò, quamvis DD. multùm disputent, utrum pecunia destinata ad emptionem immobilium bonorum, possit sine judicis decreto converti in alium usum, per rationem dubitandi, quòd talis pecunia habenda sit pro re immobili, sicut communiter dicitur, quòd hæres institutus in immobilibus, habeatur etiam pro instituto in pecunia destinata ad comparationem immobilium: per textum in *l. 3. §. quid ergò. ff. de contraria tutelæ actione, & in l. & si non sint. §. quid ergò. ff. de auro, & argento legato: Et in l. granaria. ff. de actione empti:* Pulchrè tamen *Galgan. lib. 3. quæst. 45.* probat, pecuniam, etiam ad comparationem prædiorum destinatam, rem mobilem esse, & sic ex capite S. Consulti de rebus imobilibus minorum sine decreto non alienand: decreto non indigere, quia autem præsupponitur à Patrefam: ad hunc finem deputata fuisse, in tutorum, vel curatorum potestate non est,

68 eum intervertere, & pro lubitu de pecunia disponere, sed debent jussum judicis (non verò decretum solenne) exspectare, si necessitas, vel utilitas pupillorum, aut minorennium eam aliter applicandam esse suaserit: Ubi etiam ad leges in contrarium adductas respondet; Videatur etiam *Tyraquell. de utroque retractu. tit. 1. §. 1. gloss. 7. n. 103.*

69 Undecimò, S. Consultum de non alienandis rebus imobilibus pupill: vel minorenn: non se extendit ad fructus rerum imobilium; Illi enim cùm inter mobilia reputentur, tutorum, & curatorum liberæ distractioni subjacent, & solenni decretô judicis non indigent. *Angelus. in l. 1. §. fuit quæsitum. ff. ad Trebelianum. Ainkiren de rebus pupillorum. cap. 41. thes. 186.*

70 Duodecimò, si res pupillaris in causam judicati pignori capta fuerit, ea legitimè, non impetratô decretô judicis, vendi poterit. *l. 1. §. si communis. ff. de rebus eorum &c. l. si pupillorum. 7. §. si pupillus. ff. eodem. Galgan. loc. cit. n. 19.* ubi tamen tutiùs esse dicit, ut ad venditionem judicis auctoritas adhibeatur.

71 Idem dicendum est decimò tertiò, si ex causa judicati prædium pupilli, seu minoris alteri restituendum sit, nam ad talem restitutionem judicis decretô tutor, vel curator non indiget, quia alienatio est necessaria, non voluntaria, ut supra innuimus.

72 Aliud decimò quartò dicendum est, si tertius ad rem pupillo, vel minorenni restituendam condemnatus, offerat æstimationem litis, nam si tutor, vel curator illam accipere velit, opus habet decretô judicis: Ratio eadem est, quia tutor, vel curator ad æstimationem litis accipiendam obligatus

tus non est, si igitur illam accipit, hoc sponte, & non ex necessitate facit, proinde ad impetrandum decretum obstringitur. *Galganettus. loc. cit. n. 32.*

Decimò quintò, pone, quòd tutor, vel curator rem pupilli, vel minoris alteri obligatam, tertio hac conditione cesserit, ut jus prioris creditoris luat, & ipse imposterum pupilli, vel minoris creditor sit, id sine decreto factum subsistit, *l. si pupillorum. 7. §. fin. ff. de rebus eorum &c. l. 1. Cod. de ijs qui in prior. cred. loc. succed. l. qui prior. ff. qui pot. in pign. hab.* Idem *Galgan. loc. cit. n. 33.* imò etiam ipse tutor, & curator antiquitus ejusmodi cessionem jurium, & actionum in se luere potuerunt, *l. non fit. 12. ff. de rebus eorum, &c.* quòd tamen in Auth: *ut hi qui oblig. cap. 5. §. quodsi quis* correctum est. 73

Decimo sextò, specialis casus est, & quidem multùm notabilis, *ad Art. 6. & 7. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Si enim aliquis pupillo, vel minorenni ad reficiendas ædes suas pecuniam mutuaverit, ipso jure tacitam hypothecam consequitur, quæ, *ut ad eundem articulum contra D. Rath. latè deduximus*, privilegium prælationis habet, tametsi inter mutuantem, & tutores, vel curatores mutuum recipientes, de expressa hypotheca nihil fuerit conventum: Ad quam consequenter decretô judicis opus non est, cùm in legis operatione cesset judicis supplementum. Sed quid dicendum, si tutores, vel curatores pecuniam mutuò acceperunt, ut pupilli, vel minorennis nomine domum de novo ædificarent, vel rem aliquam maximè utilem, & proficuam compararent: Quæstio est, anné mutuans ad rem noviter ædificandam, vel emendam, sine decreto judicis sibi stipulari possit expressam hypothecam, privilegiô prælationis munitam? Et respondemus, nisi hæc constitutio hypothecæ fuerit cum decreto judicis conventa, quòd mutuans non nisi actionem personalem, nullô modô autem hypothecariam, sive pignoraticiam, & multò minùs privilegium prælationis habeat. Ratio evidens est, quia per reædificationem, aut emptionem, res reædificata, vel empta pupilli, vel minorennis facta fuit propria: Res autem pupilli, vel minorennis propria sine decreto judicis oppignorari non potest. Videatur *Galgan. loc. cit. n. 34.* Ubi dicit, si minor prædia emerit cum pacto, ut, quoad pretium solveretur, venditori pignori obligata essent, quòd pignus non valeat, quia, ubi dominium quæsitum est minori, cæpit non posse sine judicis decreto obligari, *l. 1. §. fin ff. de rebus eorum, &c.* 74

Aliud decimò septimò dicendum nobis esse videtur, si tutor, vel curator nomine pupilli, vel minorennis rem aliquam emit, in qua sibi venditor hypothecam specialem reservavit *juxta dict. Art. 7.* jus quoque prælationis habentem. Quia cum dominio jus pignoris transit in tutorem, vel curatorem emptorem, sive in pupillum, vel minorennem, quod quasi ab initio ipsi contractui inhæsit, *l. sed hi. 2. ff. de rebus eorum, &c.* 75

Ultimò denique, quamvìs minor, rem imobilem alienandô sine decreto judicis, non obligetur civiliter, sed, ut supra jam diximus, rem alienatam vindicare possit, tamen obligatur naturaliter, *l. 1. in fin. ff de novationibus l. si pupillus ff. ad legem falcidiam. l. cum illud §. hæres meus ff. quando dies legati cedat. l. 1. §. an in pupillum. ff. depositi:* Et hinc sequitur, si fidejussor accesserit pro minorenne, prædium sine decreto judiciali alienante, quòd efficaciter obligetur, *l. Marcellus. ff. de fidejuss. l. stipulatus sum. cum seq. ff. eod.* An autem minor ex tali alienatione obligetur in conscientia, DD. inter se controvertunt. *Galganettus loc. cit. n. 50. ad finem*, affirmativam: *Tyraquellus de legibus connubiorum gloss. 4. n. 15. usque ad n. 26.* negativam tenet. Nos hanc quæstionem theologis examinandam relinquimus. 76 77

Hoc tamen pro coronide addimus, quòd, si pupillus, vel minor pro prædio, sine decreto judicis alienato, vel actione tutelæ, aut curatelæ à tutore, 78

vel curatore; vel aliunde ſatisfactionem conſecutus ſit, æquitas non admittat, ut rem malè alienatam vendicare poſſit, *l. illicitè. 10. ff. de rebus eorum, &c. l. 3. §. item quæri poteſt ff. eod.*

79 Sextum officium tutorum, vel curatorum eſt, ut lites, & actiones pupillorum, & minorennium activè, & paſſivè ſuſtineant, *l. tutor in princ. ff. de jure jurando l. mandato ff. de procuratoribus:* Ratio eſt, quia, cùm pupillus, & minor integram perſonam ſtandi in judicio non habeant, nec quidquam judicialiter, vel extrajudicialiter ſine auctoritate tutorum, vel curatorum facere poſſint, adeò ut judicium ſit nullum, quod cum pupillo, vel minore indefenſo actum eſt: *dicta l. jusjurandum. §. pupillus ff. de jurejurando. l. cùm & minores C. ſi adverſus rem judicatam &c. l. 1. C. qui legitimam perſ. ſtand. in jud. hab. l. clarum. C. de auctoritate præſtanda. l. acta §. fin. l. contra pupillum ff. de re judicata l. neque impuberes ff. de in jus vocando:* utique tutoribus, & curatoribus principaliter incumbit, ut pro ſibi comiſſis pupillis, & minorennibus, agendô, & defendendô vigilent: Et hoc non tantùm eſt meræ voluntatis, ſed neceſſitatis, *l. 1. in prin. ff. de tutel. & rat. diſtrah:* Et in his judicialibus tenentur facere id, quod diligens Paterfamiliâs facturus eſſet, *l. à tutoribus. 34. in princ. ff. de adminiſt. tutel.* Et de his, quæ omiſerunt, obligantur ad præſtandum dolum, & culpam: Tantam enim in rebus pupillaribus, & curatelaribus litigioſis diligentiam adhibere debent, quantam in rebus proprijs. *l. in prin. ff. de tut. & rat. diſtrah.*

80 Imprimis autem ex articuli noſtri diſpoſitione incumbit tutoribus, & curatoribus, ut, antequam nomine pupillorum, vel minorennium judicium ſubeant, juris peritos conſulant, ne pupillis, vel minorennibus ſibi commiſſis inutiles expenſas cauſent; Et hoc videtur eſſe præcepti, non conſilij, cùm articulus ipſis tribuat poteſtatem, nomine pupillorum, vel minorennium judicium exercendi tunc tantùm: Da ſie zuvor Recht-Verſtändiger Rath gepflogen haben / quod utique nullus prudens tutor, vel curator intermiſſurus eſt, cùm tales expenſæ, ut paulò poſt ſequetur, non ex proprio ipſorum, ſed ex patrimonio pupillorum, vel minorennium ſolvendæ ſint; Et ſibi facilè imaginari poſſint, ſi non conſultis juris peritis litem injuſtam ſuſcipiant, quòd res judicata eorum periculo cadat.

81 Neceſſaria autem duo ſunt, ut tutores, vel curatores pupillorum, vel minorennium nomine judicium ſubire poſſint. Primum eſt, ut conſtet eos tutores, vel curatores eſſe: Si lis eſt coram eo magiſtratu, qui tutores, vel curatores conſtituit, res plana eſt, cum hoc ipſo legitimati ſint, quia litigium eſt coram eo, à quo poteſtatem adminiſtrandæ tutelæ, vel curatelæ acceperunt.

82 Si autem agendô, vel defendendô lis pendet in alieno judicio, requiritur, ut tutorium, vel curatorium producatur, quô perſonas ſuas ad judicium legitiment: Nam tutorē, vel curatorem eſſe, facti eſt, & proinde probari debet. Si quis autem in teſtamento pro tutore, vel curatore declaratus eſt, debet ad legitimandam perſonam ſuam in judicio exhibere authenticum ex-

83 tractum ex teſtamento, cùm nudæ aſſertioni tutoris, vel curatoris non ſtetur. *And. Gail. lib. 2. obſ. 107. Hartm. tit. 5. obſ. 6.* Sententia enim contra illegitimum tutorem lata, ipſo jure nulla eſt, dictus *Gail. loc. cit. n. 3.* Sicut exceptio falſi procuratoris judicium etiam retro nullum facit, *Mynſing. cent. 2. obſ. 37.* niſi fortè ſententia ſit in favorem pupilli, idem *Mynſing. cent. 2. obſ. 36.*

84 Alterum eſt, ut tutor, & curator non tantùm probet, ſe talem eſſe, ſed etiam, quòd præſtanda præſtiterit, exempli gratiâ, quòd decretum adminiſtrationis acceperit, ſatiſdationem, ſi magiſtratui neceſſaria viſa fuerit, dederit, inventarium confecerit, juramentum tutelare, vel curatelare depoſuerit, vel ad minimum ſub fide juramenti ſe ad fidelem adminiſtrationem obli-

obligaverit, juxta ea, quæ ſupra neceſſaria eſſe, latè probavimus : Ratio hujus rei eſt, quia perinde eſt, non eſſe tutorem, vel curatorem, vel ea non præſtitiſſe, quæ legitimam adminiſtrationem tutelæ, vel curatelæ præcedere debent. *Mynſing. obſ. 37. cent. 2.* quamvìs *Berlich. lib. 1. concluſ. 16. n. 4.* dicat, hæc requiſita hodierno tempore ampliùs in uſu non eſſe, de quo valde ſubſiſtimus.

Suppoſitâ igitur legitimatione tutorum, vel curatorum, ipſis integrum eſt, an velint in proprijs perſonis judicium exercere, vel per ſubſtitutos. 85
Si per ſubſtitutos judicium exercent, diſtinguendum eſt, an eos conſtituere velint ante, vel poſt litis conteſtationem : Quando conſtituunt ante litis conteſtationem, is actor, & non procurator erit ; Ratio eſt, quia tutores, & curatores ante litis conteſtationem non ſunt domini litis, ergò procuratorem conſtituere non poſſunt, quia procurator non conſtituitur niſi à domino litis :

Aliter diſtinguit Juſtinianus ad §. *fin. Inſt. de curatoribus*, ubi in caſu, 86
quô tutor, vel curator non poteſt honeſtè in judicio per ſe comparere, fortè propter dignitatem, aut ſubitaneô morbô, adverſa valetudine, multitudine aliorum negotiorum, vel alia quacunque juſta de cauſa impeditur, ut in judicio compareat, & litem proſequatur : Videndum eſſe dicit, an 87
pupillus, vel minorennis ſit præſens, vel abſens, item an pupillus præſens adhuc ſit infans, vel infantiâ major. Si pupillus infantiâ major, vel minorennis præſens ſit, tunc uterque, tanquam dominus litis, interveniente tutoris authoritate procuratorem ordinare, & conſtituere poteſt, *l. neque tutorem. 11. Cod. de procuratoribus. c. fin. de judicijs in 6.* Si autem uterque abſens ſit, vel pupillus adhuc infans, tutores, vel curatores ante litis conteſtationem procuratorem conſtituere non poſſunt, ut diximus, ſed actorem.

Dices, quæ utilitas ſit hujus ſubtilitatis : Reſpondemus, quòd procurator à domino litis dari poſſit proprio motu, ſine authoritate Magiſtratûs, 88
ſive Prætoris, actor autem auctore Prætore conſtitui debet. *textus in dicto §. fin. Inſt. de curatoribus, & in dicta. l. neque. 11. Cod. de procuratoribus. l. decreto. 24. ff. de adminiſt. & peric. tut. l. ſolet. 13. §. 1. ff. de tutelis. Mynſing. cent. 2. obſ. 38. Wurmbſerus. tit. 5. de procurat. obſ. 19. Hartmanus Hartmani. tit. 5. de actor. obſ. 6.*

Sed quæritur, annè hæc diſtinctio etiam in noſtris judicijs obſervanda 89
ſit? libenter diceremus, quòd non : Quia articulus noſter de diſtinctione inter actorem, & procuratorem nullam mentionem facit, ſed ſimpliciter tutoribus, & curatoribus licentiam concedit, vel in propria perſona, vel per procuratorem in rebus pupilli agendô, & defendendô judicium ſuſcipiendi : In verbis, **Auch haben die Vormundter Macht / durch ſich ſelbſt / oder ihre vollmächtige Anwält zuklagen/vnd zuantworten.** Interim tamen, cùm correctio juris communis ſit odioſa, debemus neceſſariò dicere, quòd hoc verbum, **gevollmächtigte Anwält /** intelligi debeat de actoribus, & procuratoribus : De actoribus, quando tales plenipotentiarij conſtituuntur in abſentia pupillorum, & minorennium, ante litis conteſtationem, & de procuratoribus, quando conſtitutio facta eſt à præſentibus minoribus, & pupillis infantiâ majoribus, vel ab ipſis tutoribus, & curatoribus poſt litis conteſtationem.

Uterque tamen tam procurator, quam actor litigioſa negotia pupillo- 90
rum, vel minorennium agunt periculô tutorum, vel curatorum. Nec obeſt, quòd actor conſtitui debeat cum decreto Prætoris, ſive magiſtratûs, quia decretum tutorem, vel curatorem à periculo non liberat, cùm in ipſorum poteſtate ſit, ut eligere poſſint actorem, quem velint : Adminiſtrat ergò a-

ctor periculô tutoris, vel curatoris, quia non tam à Magistratu, quàm à tutore datus esse intelligitur.

91 De actoris officio videatur *Berlich. allegatâ conclus. 16. per totum*, cui tamen nimiùm fidendum non est, cùm ipse loquatur de praxi suæ patriæ, quæ ad jura nostra provincialia propterea extendenda non est, cùm de istis actoribus, de actorio, & illorum potestate nec verbum scriptum inveniamus, ut proinde tutiùs sit jus commune sequi, quàm incertam nescio quam experientiam. Si non nobiscum sentire velis, hanc differentiam inter actorem, & procuratorem patrijs nostris constitutionibus omninò abrogatam esse.

Denique breviter hoc addimus, quòd tutores, & curatores in judicialibus nomine pupillorum, & minorennium, possint etiam juramentum calumniæ præstare, *Gloss. in l. videamus. 4. ff. de in litem jurando l. 2. §. quod observari C. de jurejurando propter calumniam.* Juramentum litis decisivum deferre, & relatum acceptare, *Thesaurus decis. 240. n. 1. & seq.* (ubi etiam defendit, quòd minor contra juramentum in integrum restitui possit) *Gail. lib. 2. obs. 41. n. 11: Ant. Faber. in Cod. suo l. 4. tit. de rebus creditis, & jurejurando. defin. 20.* Appellare, & similes ejusmodi actus judiciales expedire possint, imò debeant. *L. negotiorum gestor. 24. l. tutor. 37. ff. de appellationibus. l. 1. §. tutores. 13. ff. quando appell. sit. &c. l. ita autem. 5. §. post completū. ff. de administ. tut. l. 1. ff. de fidejussoribus l. unica C. ut causa post pubert.* sicut è contra tenentur etiam ad cautionem de judicio sisti, & judicatum solvi, ita tamen ut exsecutio rei judicatæ fiat in bonis pupilli, vel minorennis. *Galganett. lib. 3. quæst. 40. n. 1. per textum in l. 2. de administ. tut. & l. 4. vers. tutor. ff. de re judicata l. 1. C. quando ex facto tutorum &c.*

Septimum officium tutorum, vel curatorum est, ut si videant litem esse dubiam, etiam nomine pupillorum, vel minorennium possint transactionem inire: Quod etiam de jure communi approbatur, *l. interdum. §. qui tutelam. ff. de furtis. l. Præses. 12. Cod. de transactionibus. l. pactum. Cod. de pactis. l. si jus jurandum. §. si tutor. ff. pro emptor. l. qui tutelam. ff. de administ. tut.* Ex quibus omnibus textibus clarè deducitur, quando jura pupilli, vel minorennis sunt incerta, dubia, & obscura, quòd tutores, vel curatores nomine pupilli, seu minoris transigere possint. Quod in tantum extendunt, ut, si uni etiam ex tutoribus, vel curatoribus lis sit cum pupillo, vel minorenne, (in causis in quibus inter tutorem, vel curatorem, & pupillum, vel minorennem de jure lis esse potest) cum alterius contutoris authoritate transactio fieri possit, modò causa inveniatur dubia, & incerta: Nam de re certa, & indubitata pupilli, seu minoris, quacunque auctoritate accedente, nulla valet transactio, *l. Lucius. 47. §. fin. ff. de administ. tut.*

92 Requiritur tamen, ut exactè observentur omnia ea, quæ juxta *Tit. 2. Art. 3.* deß Summarischen Proceß / in omni transactione necessaria sunt, de quibus videri possunt ibidem fusè dicta.

Quia verò DD. communiter volunt, & ex suprà allegatis legibus clarè deducitur, quòd ad transactionem, nomine pupilli, vel minorennis ineundam, adhibendum sit decretum judicis, eò, quòd transactio sit species alienationis, in omni autem alienatione, ut supra pluribus probavimus, decreto judicis opus sit, *Tyraquell. de retractu. §. 1. glossa. 14. n. 62. Menoch. de arbitrarijs judicum casu. 171. n. 40.* Ideò

93 Non exiguum dubium est, an etiam ex constitutione juris nostri Bavarici interpositio decreti judicialis fieri debeat, antequam tutores, vel curatores in re verè dubia, incerta, & litigiosa transactionem subeant? De quo planè articulus noster positivè nihil disponit, sed hoc solum dicit, quòd transactio à tutoribus, & curatoribus, auff Guthaissen der Obrigkeit / id est, ad approbationem Magistratûs iniri possit. Ex quibus verbis sequitur, quòd

quòd non requiratur decretum : Decretum enim debet præcedere actum : Approbatio , das Guetzhaissen / sequitur actum : Decreti interpositio præsupponit , aliàs , & sine eo tutoribus , vel curatoribus nullum jus esse transigendi : Approbatio præsupponit , tutoribus , vel curatoribus jus esse , si ex postfacto Magistratûs consensus accedat. Inter quæ utique palpabilis differentia intercedit : Et propterea paulò antè singulariter annotavimus , aliud esse decretum solenne Magistratûs : Et aliud esse jussum Magistratûs , sive , quòd idem est , Magistratûs nudum mandatum, approbationem, & consensum : Pecunia enim, ad emptionem prædiorum destinata, res mobilis est, & ad alienationem decretô judicis non indiget , contra testatoris autem voluntatem ad alium usum converti non potest , nisi ex jussu , mandato , consensu , aut approbatione ordinarij judicis. Si igitur , benevole Lector , hanc dispositionem juris nostri statutarij velis pro differentia à jure communi annotare , libenter tibi assentimur , cùm revera jus nostrum statutarium solam approbationem , & non præcedens decretum, ut Art: paulò antè loquitur, die Richterliche Erkandtnuß/ requirat : Et si etiam præcedentem casum de sublata differentia inter actores , & procuratores , qui plus difficultatis habet , adjunxeris, tibi non contradicemus : Quia jura nostra provincialia non respiciunt ad apices juris , sed ad rei veritatem, & pupillorum, ac minorennium utilitatem. 94 95 *Diff.*

Addit articulus , illud , quod transigendô à tutoribus, vel curatoribus secundùm solennitates *3. Artic. 2. Tit.* deß Summarischen Proceß / cum approbatione Magistratûs actum est , debere esse firmum, & stabile : In verbis : das soll für kräfftig zugelassen / vnd gehalten werden. Hoc tamen non ita intelligendum est , quasi pupillis , vel minorennibus privilegium restitutionis in integrum , maximè si ultra dimidium justi pretij læsi sint , ademptum fuerit , cùm *Art. 3. dict. Tit. 2.* deß Summarischen Proceß / illud expresse excipiat , prout ibi pluribus explicavimus : Videatur *Galgan. lib. 2. tit. 21. n. 18.* ubi dicit , quòd minor semper in integrum restituendus sit ob læsionem enormissimam , id est , ultra dimidium justi pretij , sive decretum judicis , sive auctoritas curatoris , sive juramentum cum alijs solennitatibus accesserit (quamvìs quoad juramentum non assentiamur) imò *n. 11. ibidem* dicit , quòd favore minoris, & Ecclesiæ, vilitas pretij ultra sextam partem , justam læsionis, & restitutionis in integrum causam præbeat , quod alibi examinabimus. 96

Quæres , si tutores , & curatores super lite dubia , & incerta transigere possunt , an etiam possint compromittere ? Et nihil videmus obstare , quia transactio , & compromissum pari passu ambulant. *Galganett. lib. 2. tit. 15. n. 2.* modò fiat in arbitros , non in arbitratores : Quæ tamen differentia de jure nostro statutario *Tit. 3. Artic. 7.* deß Summarischen Proceß / sublata est. Ejusmodi verò compromissum eôdem modô, sicut transactio, fieri debet ad approbationem Magistratûs ordinarij , nisi fortè compromissum factum fuerit in consanguineos , vel propinquos pupillorum , vel minorennium : prout enim *Galganett. loc. cit.* & *Tyraquellus. de rebus conubial. gloss. 8. n. 165.* decretum judicis remittunt , si compromissum fuit in conjunctos , ita nos faciliùs Magistratûs consensum , & approbationem remittere possumus , cùm utique decretum plus sit , quàm consensus Magistratûs , & utrumque consanguineorum , & propinquorum affectio , & fidelitas suppleat. 97

Octavum officium tutorum , vel potiùs curatorum est , ut minoribus suæ fidei concreditis de utili , & honesto matrimonio provideant , illósque secundum statum , & conditionem suam cum congrua dote , vel donatione propter nuptias elocent. *Galganettus. lib. 3. quæst. 50. n. 1.* Non autem debet curator totum , quod minor ex patris hæreditate accepit , in dotem , 98 99

vel

vel donationem propter nuptias dare, sed moderatam quantitatem juxta facultates Patris, dignitatem mariti, & consuetudinem loci. Idem *Galganett. loc. cit. n. 2.* Vix ullibi autem consuetudinem invenies, ut totum patrimonium puellæ assignetur in dotem, aut patrimonium maris assignetur in donationem propter nuptias. *l. cum post. §. dotis. ff. de jure dotium. l. quæro. ff. eodem.*

100 Quid si autem curator majorem dotem, vel donationem propter nuptias promiserit, quàm ex patrimonio minoris præstari possit? Respondet Galganettus, si sciens fecerit, vel donâsse censebitur de suo, vel certè, quia dolosè fecit, ei non succurretur. *l. cum post mortem. ff. de administ. tut.* Vide tamen hanc quæstionem fusiùs explicatam apud dictum *Galgan. loc. cit. n. 3.* & apud *Gutierez. part. 2. cap. 11.*

101 Singulariter tamen articulus noster requirit, ut elocatio fiat cum consilio, & voluntate propinquorum, & consanguineorum. *Sichardus. ad l. 1. n. 4. Cod. de nuptijs* : Nisi fortè consanguinei proprij commodi, & utilitatis causâ, studeant minorennes impedire à matrimonio condigno, & conveniente : Nam in tali casu curatoris auctoritas potior est, quam propinquorum; meliùs tamen curator faciet, si repugnantibus consanguineis negotium ad Magistratum deferat, & desuper jussum ejus exspectet.

102 Ex hoc autem, quòd curatoris officium sit minorem elocandi, & matrimonio jungendi, sequitur, quòd illud facere debeat gratis: Si enim pro elocatione munera accipiat, turpiter facit, & ea restituere tenetur, tametsi aliàs matrimonium sit condignum; Quia, licèt minorem benè elocando fecerit, quòd facere debuit, non fecit tamen eô modô, quô debuit, ut pulchrè dicit. *Gutierez. part. 2. cap. 11. n. 12.* Nisi fortè munuscula sint levia ob gratitudinem, & ratione novæ affinitatis oblata, idem *Gutierez. loc. cit. n. 11.*

103 Sed quæstio est, an etiam tutor, vel curator cum consensu propinquorum, & cognatorum sibi, vel filio, aut nepoti suo pupillam, vel minorennem matrimonio jungere possit? De jure communi certum erat, quòd matrimonium, inter prædictas personas contractum, nondum redditâ ratione tutelæ, vel curatelæ, & post redditam rationem nondum exactô quintô & vigesimô minorennis, & aliô desuper utili annô, fuerit nullum, & sub pœna adulterij prohibitum. *l. qui puellam. ff. de adult. tot. tit. Cod. de interdicto matr. inter pupill. & tut. vel curat. eorúmque filios.* Quam dispositionem tamen de jure canonico sublatam esse, probat *Gutierez de tutel. & cur. part. 2. cap. 12. n. 8. & alijs præced. & subsequentibus.* Cui tanquam in re spirituali standum est.

104 Ultimum est, quòd articulus addit, expensas omnes in rebus tutelaribus factas ex bonis pupilli, vel minorennis solvendas esse; Ratio est, quia nemini officium suum debet esse damnosum: Et cùm pupillus, vel minor consequatur commodum ex tutelari, vel curatelari administratione proveniens, justum etiam est, ut ferat expensarum onus. Debent tamen expensæ fieri moderatæ, & si excessus appareat, ab ijs, quibus jus est, rationes suscipiendi, & justificandi, neutiquam est tolerandus. In quo hæc regula observanda est, ut tutor, vel curator in rebus pupillaribus, vel curatelaribus se gubernet, sicut in proprijs. E. G. Si in proprijs negotijs proficiscatur pedes, sine famulitio, singulis diebus quinque, vel sex milliaribus, vescatur vulgaribus cibis, bibat aquam, vel cerevisiam, &c. non debet in negotijs pupilli proficisci eques cum magno commitatu, nec vesci lautis epulis, bibere generosa vina, aut in cauponis otiosam moram trahere, tantùm ut sibi benè sit, & pupillo inutiles expensæ causentur.

105 Quidam DD. tam exacti, & severi sunt, ut etiam velint tutoribus, & curatoribus à viaticis deducendum esse, quod domi ad quotidianum vi-

ctum impendissent; quam duritiem nos approbare non possumus. Videatur *Tyraquellus de nobilitate. cap. 20. n. 77. Gutierez. de tutel. & cur. part. 3. cap. 1. n. 135. & seq.* Ubi tamen admittit, quòd tutor vel curator, qui artifex est, pupillo vel minorenni imputare possit, quæ domi neglexit. *Garsias. de expensis, & meliorationibus. cap. 20. n. 11.*

Sed quid de expensis litis dicendum? Breviter Respondemus, quòd expensæ litis incumbant bonis pupilli, vel minorennis. *Galganettus. lib. 3. quæst. 40. n. 1. & 2.* 106

Cujus exceptio prima est, nisi fuerint immodicæ, ut paulò antè de alijs expensis extrajudicialibus diximus: Et hinc rectè fit, quòd in judicijs nostris exigatur libellus expensarum, super quo pars jurare debet, se potiùs plus expendisse, quàm à judice præcedente moderatione determinatum est; Incumbit igitur ijs, qui jus examinandi rationes habent, ut non admittant quamlibet prætensionem per aversionem, ein Bausch-Forderung / sed requirant specificam, & claram, quam deinde, vel ipsi ex æquo, & bono moderentur, vel moderandam ordinario magistratui exhibeant: De suo enim tutor, vel curator resarcire debet, quod pupilli, vel minorennis nomine immodicè expendit. 107

Secunda exceptio est, quando expensæ in tali lite factæ sunt, in qua tutor, vel curator justam litigandi causam non habuit, & propterea in expensas condemnatus est; Tunc enim fit exsecutio contra eum, & non contra pupillum. *l. non est ignotum. Cod. de administ. tut.* Et hoc verùm est, sive tutor, vel curator litem susceperit agendo, sive defendendo, sicut enim non nisi veros pupilli, vel minoris creditores convenire, ita etiam, si à veris creditoribus conveniantur, bonam fidem agnoscere, & satisfactionem præstare debent. *Galgan. loc. cit. n. 3.* Si autem tutor, vel curator secundùm dispositionem articuli nostri, antequàm litem susciperet activè, vel passivè, Jurisperitos consuluerit, & responsum favorabile obtinuerit, nihilominùs tamen causâ ceciderit, & in expensas condemnatus fuerit, solutio non ipsi tutori, vel curatori ex bonis proprijs, sed ex bonis pupilli, vel minorennis incumbit: Ratio est, quia per jurisperitorum responsa 109 constitutus fuit in bona fide, & probabili causa litigandi, quæ excusat à solutione expensarum. Idem *Galgan. loc. cit. n. 5.* Maximè si fuerit pars conventa, quia defensio juris naturalis est, semper facienda impensis pupilli, vel minorennis. Et, quamvìs DD. velint, quòd in dubio tutor, vel curator, si succubuerit, semper præsumatur, litem temerè ac injustè, & calumniandi animô movisse. *Gutierez. part. 2. cap. 4. n. 16. Didac. Covar. pract. quæst. cap. 27. n. 3.* Ubi dicit, quòd in dubio semper præsumptio sit con- 110 tra victum, eum justam causam litigandi non habuisse: Hæc tamen præsumptio cessat, quando tutor, vel curator jurisperitos consuluit, & pro examinatione causæ fecit, quod potuit. 108

Interim, tametsi tutor, vel curator justam causam habuerit, & vicerit, 111 potest tamen fieri, ut etiam tanquam victor ad quasdam expensas obligetur, quas ex bonis proprijs, & non ex bonis pupilli, vel minorennis solvere necesse habet: V. G. Si ab initio inconsideratè ineptum libellum exhibuerit, quem postea emendare, vel imutare debuerit, si contumax fuerit, vel si non appellaverit, & causam deseruerit: In his enim, & similibus casibus ipse feret expensas: Imò, si bonam causam desertam reliquerit, non tantùm ad expensas litis, sed etiam ad ipsius rei litigiosæ æstimationem obligatus est. *Gutierez. part. 2. cap. 4. n. 13. usque ad n. 20.*

Der Achte Articul.

Wo unvogtbahren Kinderen mehr dann zween Vormunder / oder Gerhaben gesetzt seyn / was dann der mehrer Thail mit der Pflegschafft handlet / ohn den mindern Thail / das soll Krafft haben. Wann aber der Pfleger nur zween wären / so mag einer ohn den andern nichts handeln / daran den Kindern sonders mercklich gelegen ist.

SUMMARIA.

1. *An plures, quàm duo tutores, vel curatores pupillo constitui possint?*
2. *An tutelam dividere possint?*
3. *Quid si omnes velint administrare tutelam, vel curatelam?*
4. *An majora, & saniora locum habeant?*
5. *Quid si tutores inter se dissentiant?*

1 QUamvis apud nos nunquam viderimus, plures quàm duos tutores fuisse constitutos, potissimùm apud homines plebejos, & vulgares, tamen nihil impedit, quò minùs pater in testamento suo, vel etiam judex, sive Magistratus plures tutores quàm duos constituere possit: per textum in *l. si plures. 3. ff. de administ. & peric. tut.* Qui, si invicem sibi fidere, & tutelam, vel curatelam inter se partiri, aut administrationem uni soli credere nolint, omnes utique administrare possunt: juxta textum *in dict. l. si*
2 *plures. 3. §. planè. 8. ff. de administ. & peric. tut.* Planè, inquit textus, si non consentiant tutores prætori, sed velint omnes gerere, quia fidem non habent electo, nec patiuntur, succedanei esse alieni periculi, dicendum est, prætorem permittere eis omnibus gerere.

3 Quærit igitur articulus, si plures tutores, vel curatores in testamento, vel à judice dati sint, & (quod supplendum est) omnes gerere velint, inter se autem dissentiant, (sunt enim hominum ingenia ad dissentiendum prona) quid in tali casu juris sit? Et respondet articulus, id executioni mandandum esse, quod à majore parte decernitur.

4 Sed, cùm alias non tantùm majora, sed etiam saniora requirantur, quæstio est, an id etiam inter contutores locum habeat? Et Respondemus, quòd articulus noster majora requirat quoad numerum, non quoad judicium, dicimus ergò, illud validum esse, quod major numerus tutorum concludit, non sanior, difficillimum enim foret dijudicare, quis ex pluribus tutoribus alterô sanior sit. Memini, cùm Anno 1651. Serenissimus Maximilianus Elector pijssimæ memoriæ decretô ad judicium aulicum expeditô mandaret, ut imposterùm Præses conclusa non secundùm majora quoad numerum, sed secundùm saniora pronuntiet, quòd Dominus Præses in Senatu surrexerit, & dixerit, se malle esse porcorum custodem, quàm Præsidem, si singulis diebus cum anxietate conscientiæ semper de sanioribus judicium ferre deberet: Se non dubitare, quin Domini Assessores pro capacibus, & habilibus habiti fuerint ab ipso Principe, & supremo consilio statûs, à quibus suscipiuntur; Sui proinde officij non esse, ut eos ulteriùs dijudicet, & unum alterô magìs saniorem decernat: Quas rationes etiam ipsi Principi tam efficaciter proposuit, ut decretum, quantùm recordor, iterum fuerit revocatum. Sic igitur etiam dicendum est de pluribus tutoribus, & curatoribus, qui vel à patre in testamento, vel à judice constituuntur: Neuter enim censetur, insanos, sive inhabiles, sed maximè idoneos, & capaces elegisse, ut sine ulla ulteriori examinatione eorum vota numerari, non ponderari debeant.

5 Si autem, ut plerúmque fit, duo tantùm tutores, vel curatores constituti fuerint, qui inter se dissentiant, nulla alia via est, quàm ut dissen-

sio

ſiò cum utriúſque partis rationibus referatur ad ſuperiorem, vel ipſum Principem, & eorum juſſus deſuper exſpectetur.

Der Neundte Articul.

WO vogtbahre Kinder seynd / vnnd jemands zu jhnen / oder deren Haab zesprechen hätt / das sollen die Kinder nit / sonder jhre Gerhaben verantworten / deßgleichen mögen die Gerhaben an jhrer statt / oder von jhretwegen / wol klagen / vnd die Kinder nit / wie dann im sibenden Articul hievor auch gesetzt ist.

SUMMARIA.

1. *Quomodo intelligenda ſit regula, quòd pupilli, & minorennes legitimam perſonam ſtandi in judicio non habeant?*
2. *An etiam de jure ſtatutario noſtro pupilli, & minorennes cum authoritate tutorum, vel curatorum ſuorum in judicio ſtare poſſint?*
3. *Quid illorum præſentia proſit?*
4. *Quæ ſit differentia inter procuratorem, & actorem?*
5. *An valeat ſententia, quam pupillus, vel minorennis obtinet ſine tutore, vel cum curatore?*
6. *An in judicio admitti poſſint pupillus, & minorennis?*
7. *Quid ſi minorennis ſe majorem mentitus fuerit?*

MIraberis Lector, cùm in articulo ſeptimo jam dictum fuerit, quòd tutores, & curatores nomine pupillorum, & minorennium lites actìvè, & paſſivè ſubire debeant; Quare hìc ſeparatus iterum ponatur articulus, qui nihil in ſe novi continere videtur? Nos ſalvô meliori judiciô in hoc articulo inſignem differentiam inter jus commune, & ſtatutarium latere exiſtimamus. Licèt enim ſupra diximus, pupillum, & minorennem non habere legitimas perſonas ſtandi in judicio, id tamen ſuam interpretationem patitur. Dicimus igitur, de jure communi tutoribus, & curatoribus nomine pupilli, vel minoris in omnibus negotijs pupillaribus, & curatelaribus actionem competere, ita, ut illam ſuo nomine inſtituere, vel pupillo, & minorenni actionem inſtituentibus auctoritatem ſuam accomodare poſſint. Regula igitur, quòd pupillus, & minor integram perſonam ſtandi in judicio non habeant, ita intelligenda eſt, ut ſoli per ſe, & ſuo nomine, non adhibita tutorum, vel curatorum auctoritate, interventu, conſenſu, & voluntate litem ſuſcipere non poſſint. Quando autem ſuſcipiendô litem authoritatem tutoris, & approbationē adhibent, id de jure communi nullibi legitur, illis prohibitum eſſe, cùm authoritatem adhibere, ſive præſtare, nihil aliud ſignificet, quàm approbare id, quod per pupillum, vel minorem agitur: Vel potiùs auctoritatem præſtare, eſt legitimare perſonam pupilli, vel minoris ad actum aliquem integrè perficiendum. *Ainkiren. de jure pupillorum. cap. 42. theſ. 196.* Probatur hoc expreſsè in *l. 1. §. ſufficit. 2. ff. de adminiſtratione, & peric. tut.* Sufficit, inquit textus, tutoribus ad plenam defenſionem, ſive ipſi judicium ſuſcipiant, ſive pupillus ipſis auctoribûs: Repetitur id *in §. non denegari. 4.* Ubi dicitur: Non denegari autem neque tutoribus, neque curatoribus etiam debitores pupillorū, vel adultorum ex perſona ſua (id eſt tutorio, vel curatorio nomine) proſpectu officij in judicium vocare, vel eis (id eſt pupillis, vel adultis (hoc facientibus ſuum accomodare conſenſum: Similes textus ſunt in *l. tutor. 23. ff. eodem. l. 4. Cod. de auth. præſt. l. Lucius. 47. ff. eod. l. interdū. 58. §. qui tutelam. ff. de furtis*, & alijs locis. Hæc igitur diſpoſitio juris communis apud nos omninò ſublata eſt, cùm pupillis, aut minoribus permiſſum non ſit, 2

 ut

ut ipsi in negotijs suis actionem movere, nec actionem motam ad defendendum suscipere possint, sed tam actio, quàm defensio solis tutoribus, vel *Diff.* curatoribus competat. Quod utique pro differentia annotari meretur. Verba sunt clara, ubi bis negativè ponitur, das die Kinder die Klag nit verantworten / auch selbsten nit klagen sollen. In quibus verbis utique ipsis omnis potestas standi in judicio etiam cum auctoritate tutorum, vel curatorum interdicta est. Vidimus quidem non semel, in commissionibus pupillos, sæ-
3 piùs autem minorennes admissos fuisse, sed illorum præsentia, vel absentia nihil ad rem facit, cùm totum onus actionis, aut defensionis solis tutori-
4 bus, & curatoribus incumbat. Et hinc confirmamur in priori opinione, differentiam inter actorem, & procuratorem jure nostro sublatam esse: Cùm enim nec ipse minor partem habere possit de causis judicialibus, sed leges nostræ omnia judicialia in humeros tutorum, & curatorum reclinent, quomodò potest infans, qui fari potest, ut Justinianus loquitur, per præsentiam suam, & consensum infantilem procuratoris constitutionem confirmare? Omnia igitur, quæ jura antiqua pupillis, vel minoribus in judicialibus concesserunt, eadem illis per jura nostra statutaria adempta, & in tutores, vel curatores translata sunt. Et hinc dicit *Articulus 7.*, quòd tutores, & curatores, vel ipsi proprio nomine, & in propria persona lites pupillorum, & minorennium exercere, vel plenipotentiarijs, den gevollmächtigten Anwälten / (quod vocabulum propriè procuratores, & non actores designat) committere possint.

5 Quid si autem pupillus, vel minorennis contra prohibitionem hujus articuli nihilominùs aliquam actionem inceperit, vel contra se motam defendendam susceperit, & sententia pro ipso lata sit, anné sustinebitur? Rationem dubitandi facit, quòd de jure communi minor, imò & pupillus infantiâ major in actibus concernentibus favorem illorum habeantur pro majoribus. *Mynsing. cent. 2. obs. 36.* Atqui articulus noster hoc prorsùs videtur improbare, cùm nec pupillum, nec minorennem in judicialibus pro habili, vel idoneo agnoscat, adeóque nullo modo pro majorennibus habeat. Sed veriùs esse putamus, hanc dispositionem statutorum nostrorum provincialium tantùm esse intelligendam de ijs, quæ in judicijs fiunt contra eos non legitimè defensos, non autem, quæ fiunt in eorum favorem: Sicut etiam de filiofamiliâs dicitur, ut judicium cum eo agitatum, sine Patris interventu valeat in ijs, quæ tendunt in ipsius favorem, non autem, quæ tendunt in ipsius præjudicium. Idem *Mynsing. loc. cit.* & *Hartman. Hartman. Tit. 5. de actor. observ. 3.* firmiter enim nobis persuademus, quòd statuta nostra Provincialia pupillis, & minoribus in hoc articulo potiùs pro indemnitate vigilare, quàm ipsis in favorabilibus præjudicare voluerint.

6 Hæc difficultas per se declinabitur, si nec pupillis, nec minoribus secundùm dispositionem hujus articuli concedatur, ut se proprio nomine, & subscriptione in judicialibus immisceant, sed illorum producta remittantur ad tutores, vel curatores, ne ullo modo Processus, sive in favorem, sive in præjudicium finiatur, syndicari possit.

7 Quid si autem minor in contractibus, & judicijs se majorem dixerit, an sententia pro, vel contra eum lata subsistat? Vide apud DD. qui scribunt *ad Tit. Cod. si minor se majorem dixerit*: Certè regula communis est, quòd jura errantibus, non etiam fallentibus subveniant.

* * *

Der

Der Zehendte Articul.

DJe Gerhaben vnnd Vormunder / auch die Wittiben sollen alle Jahr jhres Einnemmens vnd Außgebens / der Obrigkeit desselben Orths / oder allein den nechsten Freunden / vermög obgesetzten fünfften / vnd sechsten Articuls / wie sich gebührt / Rechnung thuen. Es wäre dann das Einnemmen vnnd Außgeben so gering vnd klein / so mag die Obrigkeit oder die Befreunden / wann sie das für guet ansehen / vmb Vermeydung deß Unkostens / solche Rechnung wol ein Jahr / zwey oder drey / nach Gelegenheit der Umbständen / anstehen lassen ; Es soll auch ein jede Obrigkeit oder die Befreunde / damit in allen Vormunds-Rechnungen / übriger / vnnothdürfftiger Unkosten verhütet vnd abgeschnitten werde / fleissig einsehen thuen / vnd Obacht haben.

SUMMARIA.

1. *Quando tutor teneatur ad rationes reddendas de jure communi?*
2. *Quando de jure nostro Bavarico?*
3. *An, si tribus annis rationes fuerint conjunctæ, sportulæ pro tribus vicibus peti possint?*
4. *Cui judici rationes reddendæ sint?*
5. *Quomodo abstinendum sit ab inutilibus convivijs, & alijs sumptibus?*
6. *Quæ sit forma præstandarum rationum?*
7. *Quæ redditio rationum continere debeat?*
8. *An tutores, & curatores per consuetudinem, vel statutum à redditione rationum relevari possint, & an à patre?*
9. *An tutor semel præstita ratione ad eam iterum præstandam teneatur?*
10. *Quid si super præstitis rationibus transactio facta fuerit?*
11. *An pupilli, & minorennes finitâ tutelâ teneantur agnoscere apochas tutorum, & curatorum suorum?*

DE jure communi tutor ad rationem reddendam non est obligatus, nisi finitâ primùm tutelâ : *l. 1. §. ult. l. nisi finita. l. si tutor. §. 4. l. cum tutor in fine. ff. de tutelis, & rationibus distrahendis.* Quia videtur incongruum esse, rationem administrationis petere, in qua tutor adhuc perseverat, ut inquit textus in *l. si tutor. §. & generaliter. ff. eod.* Quod etiam videtur approbare *Articulus 5. hujus Tit.* Ubi statuit, quòd tutores post annos pubertatis, adeóque finitâ primùm tutelâ, rationes reddere debeant. De jure autem novissimo Recessuum Imperialium singulis annis tam à tutoribus, quàm curatoribus rationes præstandæ sunt, ut habetur in Recessu de Anno 1548. *Rubric.* Von Pupillen: & de Anno 1577. *Tit. 32.* Sive, ut dictus Recessus de Anno 1577. addit, à Judice, & Magistratu petitæ fuerint, sive non. Articulus noster mediâ viâ incedit, & distinguit, an patrimonium sit magnum, vel parvum, reditus, & expensæ exiguæ, vel graves: 2
In primo casu, quo patrimonium est alicujus momenti, reditus, & expensæ satis ponderosæ, & frequentes, singulis annis reddenda est ratio; In secundo casu, quando patrimonium est modicum, reditus pauci, & expensæ raræ, in potestate judicis, & ordinarij Magistratus, vel propinquorum, aut consanguineorum est, ut ratiocinia duorum, vel trium annorum cumulare, & simultaneâ vice expedire possint. Et hoc propterea, ne pupillis, vel minoribus causentur inutiles expensæ.

3 Ex quo ſequitur, quod benè notandum, Judicibus, ſive Magiſtratibus jus non eſſe, ſi binæ, vel trinæ rationes annuæ coacerventur in uno libello, exigendi binas, vel trinas ſportulas, ſed oportet, ut unâ contenti ſint, aliàs enim hæc ratio de cavendis expenſis inutilis eſſet. Imò, ſi magiſtratui, vel propinquis etiam ex alia cauſa, quàm ex modicitate patrimonij utile, & conſultum viſum fuerit, cumulationem rationum in aliquot annos admittere, id fieri poſſe non dubitamus; Quia non ſolùm hic, ſed etiam *Articulus 5. & 6.* hoc arbitrio judicis, & propinquorum remittunt.

Diff. Eſt itaque etiam hac in parte aliqualis differentia inter jus noſtrum ſtatutarium, & tam antiquum, quàm novum jus commune.

4 Cœterùm repetit hic articulus, tutores, qui à Magiſtratu conſtituti ſunt, obligatos eſſe ad reddendas rationes ipſi judici, qui tutores dedit: Qui autem electi fuerunt à propinquis, & conſanguineis, ex ſingulari privilegio rationes non præſtant judicialiter, ſed coram propinquis, & conſanguineis, quibus, ut ſupra diximus, ex conſuetudine Patriæ ob ſingularem nobilitatis

5 prærogativam, & fiduciæ præſumptionem jus eligendi competit. Utrobique autem cavendum eſt, ut abſtineatur ab inutilibus ſumptibus, quæ fieri ſolent, maximè apud nobiles per ſplendida convivia, & exceſſivas compotationes: Certè, ſi tale quid fiat, non tantùm ipſis pupillis, & minoribus poſt majorennitatem integrum erit, tales ſumptus expungere, ſed etiam ipſius Magiſtratus, ſive ſuperioris officio incumbit, ut exceſſus reſcindat.

6 Quæ autem ad legitimum ratiocinij libellum, ſive formam requirantur, articulus noſter non exprimit; Remittendus eſt igitur Lector ad *Caſſanæum. in Conſuet. Burgund. rubric. 6. §. 6. gloſſa. 6. à n. 6. uſque ad 20.* & ad *Munoz. de ratiocinijs. tut. cap. 10. à n. 41. uſque ad finem.* & ad *Menoch. de arbitrarijs judicum caſu. 209. per totum*, ubi hanc materiam omnium optimè tradit: Breviter, rationes debent eſſe claræ, & liquidæ, non confuſæ, & obſcuræ, ſpecialiter, & ſigillatim redditæ, cum exhibitione inventarij tanquam fundamento rationum, debent continere omnia accepta, & expenſa, reditus ſive fructus, & illorum causâ factos ſumptus, additâ & per atteſtationes, & liquidationes etiam probatâ causâ, ob quam ſumptus facti ſint, & fieri debuerint, parcâ manu, cum moderatione, & ſine exceſſu; Debent item continere computationem reliquorum, & illorum paratam ſolutionem, ſpecificationem inſtrumentorum, & documentorum, deſcriptionem ſuppellectilium, & illorum omnium extraditionem: Saltem tunc, quando ultimata, & finalis ratio redditur, & quæ ſimilia ſunt, ab ijs diſcenda, qui ratiocinijs vacant: Magìs enim talia diſcuntur in foro, quàm doceantur in Scholis.

7 Compendiosè, & pulchrè *Galganettus. lib. 2. tit. 2. n. 40.* redditionem rationum quatuor continere dicit: Codices edi, calculum poni, reliqua reddi, culpam ſolutione purgari: Quæ ſi quis fideliter præſtitit, officio ſuo ſatisfecit.

8 Pauculæ quæſtiones adhuc annectendæ ſunt; Prima eſt, an tutor, vel curator à præſtatione rationum relevetur, ſi talis conſuetudo ſit, ut tutores, & curatores à præſtatione rationum immunes ſint? *Caſſanæus. in Conſuet. Burgund rubric. 6. §. 6. n. 20.* & *Afflictus in conſtit. Siciliæ. lib. 3. in fine.* talem conſuetudinem irrationabilem cenſent, quibus libenter aſſentimur, ita tamen, prout ſupra de teſtatore prohibente, ne à tutoribus ſuis conſtitutis inventarij confectio, & rationum redditio exigatur, diximus, nihilominùs requiri, ut ſummaria quædam deſcriptio, & ſum̄aria rationum præſtatio fiat. *l. quidam. ff. de adminiſtratione tutor. l. Aurelio. §. Cajus. ff. de liberatione.* Quantumvìs enim conſuetudo, vel Pater de tutoribus, vel curatoribus confidant, hoc tamen nobis perſuaſum eſt, tantam fidem ampliùs non reperiri in Iſraël, ut ædificatio templi Salomonici adminiſtratoribus

ſub

ſub nuda fide, & ſine ullius rationis reddendæ obligatione committi poſſit: Nec Moyſes, ſi reſurgeret, tubâ canere poſſet, ne quid ad tabernaculi ſplendorem ampliùs conferretur.

Secunda quæſtio eſt, an tutor, vel curator, qui ſemel ſuæ administrationis rationem reddidit, reliqua ſolvit, inſtrumenta, & documenta, atque omnem aliam ſupellectilem fideliter exhibuit, & liberationem, ſive quietantiam adminiſtrationis ſuæ accepit, ulteriùs ad reddendas rationes compelli poſſit? Et Reſpondemus, eum compelli non poſſe, niſi fortè error in calculatione, & computatione oſtendatur. *l. 1. Cod. de errore calculi.* 9

Quid ſi autem ſuper hoc ipſo puncto calculationis, vel ultra eum inter quondam pupillum, vel minorennem, & ejus tutores, vel curatores per tranſactionem, ſententiam, vel etiam per juramentum confirmatio ſupervenit? Nullo modo ratio ſemel reddita ampliùs retractari poteſt, niſi evidenter appareat, ſententiam, tranſactionem, aut juramentum iniquè, nulliter, ac doloſè extortum fuiſſe; Quomodò enim aliàs tutor, vel curator unquam tutus, aut ſecurus eſſe poſſet? *Caſſanæus in Conſuet. Burgund. rub. 6. §. 6. n. 5. Berlich: practicar. concluſ. part. 2. concluſ. 12. n. 44.* Quidquid in contrarium dicat *Gutierez part. 3. cap. 1. n. 115.* & *Galgan. lib. 3. quæſt. 59. per totum.* Ubi tamen tantùm loquitur de ratione non ſufficienter reddita. De quo, ſi conſtet, ipſi non dubitamus, quin adhuc ſemel reddi debeat: Sed nos loquimur de ratione fideliter reddita, reliquîs ſolutîs, & reſtituendîs reſtitutîs. Hoc enim in caſu tutori, vel curatori plenam liberationem, & quietantiam habenti ulteriorem rationum redditionem injungere, nimis durum, & iniquum eſſet. 10

Majorem difficultatem habet, ſi tutor, vel curator debitoribus pupilli de recepta pecunia apochas dederit, an pupillus eas, quia fortè tutor mortuus eſt, antequàm rationes redderet, in ſui præjudicium agnoſcere debeat? Communis ſententia eſt, quòd agnoſcere non debeat, niſi confeſſio tutoris de recepta pecunia fuerit facta in judicio; Sed planè hæc ſententia nobis non placet: Quaſi verò enim tutor, vel curator, ſi pupillum, vel minorem inducere velit, receptionem pecuniæ non æquè judicialiter, quàm extrajudicialiter per apocham confiteri poſſit? Magis æquum, & chriſtianum eſſe videtur, ſi diſtinguamus, an tutor, vel curator ſolvendo ſint, ſive non. Si ſolvendo ſunt, pupillus, vel minor indemnitatem ſuam ab ijs actione tutelæ conſequi poſſunt, videtur igitur omninò juſtum eſſe, ut apocham eorum agnoſcat, quoniam hæredes obligati ſunt, rationes reddere, & pecuniam in acceptis ferre: Si autem tutor, vel curator ſolvendo non ſit, ſive ejus confeſſio de recepta pecunia fuerit judicialis, ſive extrajudicialis, quondam pupillum, vel minorem tanquam tertium non ligat, ſed ſolutio à debitore vel probari, vel alijs adminiculis fulciri debet. Videantur de hac quæſt: *Gutierez de tutel. part. 3. cap. 1. n. 77. Paulus Caſtrenſis:* & alij citati à *Menoch. Vol. 1. conſilio. 39. n. 8.* Quoad hanc meam ſententiam textus expreſſus eſt in *l. Lucius Titius. 46. §. tutelæ judicio. 5. ff. de admin. & peric. tut.* Ubi expreſsè dicitur, quòd apochæ tutorum debitoribus pupillaribus datæ fidem faciant contra pupillum, licèt ipſe contra tutores habeat regreſſum: Quod noſtram opinionem omnimodè probat. Et, licèt textus dicat, quòd debitores per apochas tutorum, vel curatorum liberati ipſo jure liberentur à pupillo, addit tamen gloſſa, hoc ita intelligendum eſſe, ut pupillo, vel minorenni detur reſtitutio in integrum: Convenienter opinioni noſtræ, quæ eò tendit, ut, tutore, vel curatore ſolvendo non exſiſtente, ſolutio aliâ viâ, quàm per apocham eorum probanda, aut fulcienda, vel in defectu pupillo, aut minorenni reſtitutio in integrum indulgenda ſit. 11

Der

Der Ailffte Articul.

Es sollen nit allein den Unmündigen / vnd vnvogtbaren Kinderen / Vormunder vnd Versorger geben werdē / sonder auch den Sinnlosen vnd Thoren / auch den Gerichtlich erklärten Verschwendern jhrer Haabe / vnnd denen / die da Monig seynd / darzu den Tauben / oder Ungehörenden / vnd den Stummen / die nit völlig Vernunfft haben / jhr Sach zuhandlen.

Und jetzt angezaigter Personen Freund seyn schuldig / solche Personen der Obrigkeit anzuzaigen / vnd derselben solche Versorger / welche zu derselben Vormundschafft tauglich seynd / zubenennen vnd fürzuschlagen. Es seyn auch dieselben Curatores vnnd Versorger schuldig / Rechnung vnd anders zethun / wie hievor davon gesetzt ist.

SUMMARIA.

1. *Quænam aliæ personæ curatoribus indigeant?*
2. *Qui sint* die Sinnlosen / vnd Thoren?
3. *Qui sint mente capti?*
4. *Quomodo curatela, vel tutela imponenda sit propinquis, & consanguineis?*
5. *An etiam prodigis curatores dentur?*
6. *Quomodò ejusmodi qualitates probandæ sint?*
7. *Qui dicantur*, die da mehnig seyn / oder Mannig?
8. 9. 10. 11. 12. 13. & 14. *An, quando, & quomodo surdi, & muti curatoribus indigeant?*
15. *Quid dicendum de cæcis?*
16. *An etiam pater talibus personis in testamento tutores, & curatores dare possit?*
17. *An mater, & avia talium personarum tutrices, & curatrices esse possint?*
18. *Quid si nolint?*
19. *An furiosi tempore dilucidi intervalli curatore indigeant?*
20. *Quid si furiosus tali tempore rem benè gerere cæperit?*
21. *Quando curatela horum hominum desinat?*
22. *An ad hoc causæ cognitio requiratur?*
23. *Quid ejusmodi curatoribusi ncumbat?*
24. *An eorum bona pro administratione sint tacitè obligata?*

1 HActenùs audivimus, quomodò pupillis, & impuberibus tutores, vel puberibus adhuc minorennibus curatores, vel in testamento paterno, vel in defectu illius à magistratu ordinario constitui debeant: Nunc quæstio est, an non etiam alijs personis, si non tutores, saltem curatores constitui possint? Et quoad hanc quæstionem in *l. 2. ff. de curat. furios. prodig. & alior. &c.* Statuitur hæc Regula, quòd omnibus illis, qui rebus suis superesse non possunt, curatores constitui debeant, qui enim se ipsos regere non possunt, nec bona sua administrare, aliorum curæ, & directioni committendi sunt. Horum aliquot genera articulus noster comprehendit.

2 Primi sunt, die Sinnlosen / vnd Thoren / furiosi scilicet, sive dementes, & mente capti. Furiosi dicuntur, qui rabie quadam animi aguntur, & alijs nocivi sunt, ut debeant incarcerari, vel etiam compedibus alligari; Qui commiseratione digni sunt, quia plerumque talis animi perturbatio incurritur sine culpa, ex morbo, afflictione, vel alio pathemate; Æquum igitur est, ut ejusmodi miseræ hominum sortis non minùs, quàm pupillorum, & minorennium ratio habeatur.

Men-

Mente capti ſunt, quibus quidem mens, & animi conſilium deeſt, i- 3
pſi tamen ſine tumultu, & cum quiete inter homines verſantur, & pro-
pterea, quia rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, curatoribus indigent.

De jure XII. tabularum furioſi in poteſtate erant agnatorum, donec
ſanitatem recepiſſent. §. *furioſi. 33. Inſt. de curator.* Et hinc in legibus tam
frequens eſt mentio agnatorum, qui talium hominum curatores ſunt, ut
in *l. 12. ff. de curatore furioſi, &c. l. ult.* §. *6. Cod. eodem. l. ult.* §. *1. ff. de*
novat. & delegat. l. 65. ff. de ſolutionibus. l. 13. ff. de manumiſſ. & alijs locis:
quam neceſſitatem lex Anaſtaſij traduxit etiam ad fratres emancipatos. *l. 5.*
Cod. de curatore furioſ. &c. l. 4. Cod. de legitima tutela. & denique Juſtinianus
in *Novell. 118. cap. 5.* ad ipſos etiam cognatos, ſpem ſucceſſionis habentes.
Quia tamen, ut ad *Articulum 1.* diximus, legitima tutela ſtatutis noſtris
Bavaricis in dativam commutata eſt, ideò convenienter articulus noſter con-
ſtitutionem curatorum pro furioſis, & mente captis ordinario magiſtratui
committit: Ita tamen, ut eorum propinquis, & conſanguineis neceſſitas
injungatur, magiſtratum certiorem reddendi de ejuſmodi hominum ſtatu,
& quaſdam perſonas proponendi, quæ ad talem curatelam ſuſcipiendam,
& adminiſtrandam habiles, & idoneæ ſint.

Et, licèt articulus non dicat, quòd perſonæ, quæ pro curatoribus propo- 4
nuntur, debeant eſſe de familia paterna, aut materna furioſi, vel mente
capti, tamen convenienter *Articulo 1. hujus Tit.* dicendum eſſe putamus,
quòd, ſi in utráque familia paterna, aut materna habiles inveniantur, ij præ
extraneis ad curatelam adhibendi ſint, prout *Articulus 1.* de tutoribus, &
curatoribus pupillorum, vel minorennium diſponit: Conveniens enim eſt,
ut, qui ſpem ſucceſſionis habent, ferant etiam onus curatelæ, & utique
major obligatio charitatis incumbit ſanguine junctis, quàm prorsùs ex-
traneis.

Alterum genus eſt prodigorum, qui pro talibus ſecundùm *Artic. 9.* 5
Tit. 13. der Land-Recht / per publica proclamata, & edicta declarati, &
proclamati ſunt, die für unhäußliche / verthuenliche Leüth und Verſchwendter /
durch offentliche angeſchlagene Erklärungs-Brieff und Proclamata, erklärt und
verruefft worden. Oportet igitur, ut prodigo, antequàm ei curator dari poſ-
ſit, bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta ſit, juxta antiquam formulam:
Quando tibi bona paterna habita, tuâ nequitiâ diſperdis, liberóſque tuos
ad egeſtatem perducis, ob eam rem, tibi ea re, commercióque interdico.
Alij formulam alijs verbis proponunt, nobis ſufficit ſenſus, & intellectus.
Cùm autem nec prodigalitas, nec dementia, aut furioſitas præſumatur, 6
& talis declaratio fieri non poſſit ſine famæ macula, ideò neceſſe eſt, ut
iſta qualitas, antequàm curator conſtituatur, legitimè probetur: Ratio eſt,
quia leges, quæ diſponunt de dandis curatoribus furioſo, mente capto, aut
prodigo, ejuſmodi qualitates præſupponunt, ſi ergò qualitates non proben-
tur expreſſis verbis à legibus requiſitæ, diſpoſitio legis de dandis curatoribus
locum habere non poteſt. *l. 4.* §. *toties. ff. de damno infecto.* Inquiſitione i-
gitur opus eſt, & proinde jus XII. tabularum: *ff. Cod. & Novellarũ*, quod
propinquis, & conſanguineis ſimilium hominum curatelam detulit, in de-
ſuetudinem venit, quoniam cauſæ cognitio magiſtratûs interventum requi-
rit, ut ſupra jam allegavimus. Quomodò autem probetur, aliquem de-
mentem, mente captum, vel furioſum eſſe, videatur *Maſcard. concluſ. 824.*
& *Menoch. lib. 6. de præſumptionibus. præſ. 45.*

Tertium genus eſt illorum, ut articulus loquitur, die da Monig ſeynd: 7
An articulus per hoc verbum intelligat maniacos, vel lunaticos, dubium eſ-
ſe poteſt, quia Mönig / ut Reformatio de Anno 1588. habet, poteſt vi-
dere deductum à Man / ſive mania, vel à luna, ſive lunatico affectu.
Maniaci dicuntur, qui inſaniam patiuntur junctam ſtultitiæ, quam tamen

à furore disliungunt, & græci Melancoliam vocant, qui tamen terminus, vocabulũ maniæ non importat: Paulus Juris-Conſ. mancipiũ melancolicũ rehibere poſſe negat: Nam, ſi Melancolicos ſub nomine Monig/ ſive Mönig intelligas, ferè totus mundus indigebit curatoribus. Lunatici dicuntur, in quos Luna agit, & qui certis Lunæ temporibus gravantur, ut furioſi, & qui commitiali morbo laborant. De Lunaticis habemus textum in *l. 43. §. aliquando. 6. ff. de Ædilitio edicto*; Ubi ſervus Lunaticus redhiberi poteſt tanquàm furioſus. Sive igitur articulus noſter ſub hoc nomine comprehendat maniacos, ſive lunaticos, utrûmque genus ad generalem regulam qualificatum eſt, quòd rebus ſuis ſupereſſe non poſſit, & ideò conſtitutione curatorum opus habeat: Quamvìs mihi videatur, articulum noſtrum ſub nomine Sinnloſen / vnd Thoren / tantùm intellexiſſe dementes, & mente captos, id eſt, qui prorsùs à mente alieni ſunt, vel mente capti; Sub verbo verò Monig / intellexiſſe furioſos, ſive poſtmodùm maniaci, ſive lunatici ſint. Quia verò de furioſis articulum noſtrum jam ſufficienter explicavimus, de hoc tertio genere Lunaticorum, ſive Maniacorum nihil nobis dicendum reſtat, niſi in genere illa, quæ ſubſequentibus quæſtionibus explicabuntur.

8 Quartum genus eſt ſurdorum, & mutorum, ut articulus loquitur, der Tauben oder Ungehörigen/ vnd der Stummen: Sed, quia res ſemper reducenda eſt ad primam regulam, quòd ijs tantùm curatores dandi ſint, qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, ideò hæc diſpoſitio de muto, & ſurdo ulteriorem diſquiſitionem patitur.

9 Et imprimis quidem certum eſt, quòd ille, qui ſimultaneè, & conjunctivè à natura, & matris utero mutus, & ſurdus eſt, qui duo defectus ſecundùm Philoſophorum, & Medicorum ſcholam ex nativitate propter organorum correſpondentiam plerûmque cohærent, utique rebus ſuis ſupereſſe non poſſit, cùm nec quidquam addiſcere, aut voluntatem ſuam neque verbis, neque litteris exprimere valeat, *l. 6. §. 1. & §. 3. Inſt. quibus non eſt permiſſ. &c.* Indigent igitur pro ſe, & rebus ſuis alieno auxilio.

10 Sed quid ſi ſecundò defectus loquelæ, & auditûs non ex nativitate, ſed ex accidente, morbo ſcilicet, vel infortunio ſupervenerit? Et ad hoc Reſpondemus, diſtinctionem faciendam eſſe, an deffectus ſuperveniens uſum rationis, & intellectûs interverterit, vel non: Item an is, qui ex accidenti mutus, & ſurdus factus eſt, priùs potuerit legere, & ſcribere? In primo caſu, quando ita deſtructus eſt, ut uſum rationis non habeat, daß er / ut articulus loquitur, nit völlig Vernunfft hat / perinde habendus eſt, ut alij, qui ſecundùm primariam regulam hujus articuli, rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, & propterea curatore indigent. Si autem præſupponamus, uſum linguæ, & auditûs ex accidenti quidem prorsùs corruptum, intellectum autem, & judicium firmum eſſe, tunc, quando talis mutus, & ſurdus ante caſum ſupervenientem legere, & ſcribere potuit, propter lamentabilem ejuſmodi caſum rerum ſuarum adminiſtratione privari non debet, cùm voluntatem ſuam litteris ſufficienter exprimere poſſit: *§. item ſurdus. 3. Inſtit. quibus non eſt permiſſ. l. 6. §. 1. ff. eodem. l. quæret. 135. ff. de V. S.*

11 Idem tertiò dicendum eſt, ſi quis per adverſam valetudinem diſſiunctivè, vel ſurdus, vel mutus tantùm factus ſit. Cùm enim tali, nec uno nec altero caſu præſuppoſito, rationis uſus, aut declaratio voluntatis ſuæ deficiat, ei rerum ſuarum adminiſtratio adimi non poteſt; Cùm nimis durum eſſet, ut afflicto adderetur afflictio. *l. Divus. 14. ff. de offic. Præſid.*

Si au-

Si autem quartò ponas, aliquem à natura surdum esse, nihilominùs tamen cum pleno usu rationis gratiam, & facultatem loquendi habere, nec is impediri potest, quin de rebus suis liberè disponat: Cùm articulata voce sensa animi sui sufficienter declarare possit. Nisi fortè propter surditatem sufficientem informationem capere non possit, ut suis rebus superesse valeat. 12

Quod multò magìs in eo obtinet, qui ex natura, & prima nativitate solùm mutus est, sano tamen intellectu, & auditu fruitur: Hic enim, cùm per instructionem litterarum disponi possit, ut defectum vivæ vocis per scripturam suppleat, administratione rerum suarum privandus non est. 13

Ex quibus omnibus deducitur, quòd articulus noster in verbis, ubi loquitur, **von den Tauben / vnnd Stummen /** solummodò intelligendus sit, quando tales copulativè ex nativitate, & utero matris sunt, vel quando per casum fortuitum usum linguæ, & auditûs cum usu rationis, & intellectûs amiserunt, vel, si subsistente intellectu, & judicio, priùs nullam legendi, vel scribendi peritiam habuerunt, ut ijs declaratio voluntatis deficiat: In alijs enim omnibus casibus, quo quis ipse loquendo, vel scribendo rebus suis superesse potest, iniquum esset, ut ei hujusmodi fatalitas superveniens in damnum, & incommodum cederet, & administratione rerum privaret, *l. quæret. 135. ff. de V. S.* 14

Quæres primò, quid dicendum sit de cœcis, an etiam illis curatores constitui debeant? Articulus noster de cœcis nullam prorsùs mentionem facit, quia tamen illi de jure communi adhibitìs certìs quibûsdam specialibûs solennitatibûs per testamentum, aut ultimam voluntatem de rebus suis disponere possunt. §. *cœcus autem. 4. Inst. quibus non est permiss. l. hac consultissima. 8. Cod. qui testamenta facere, &c.* Dubium nullum est, quin etiam inter vivos de rebus suis disponendi facultatem habeant; Cùm defectus oculorum, tametsi à natura, & ex nativitate contingat, intellectui, voluntati, & memoriæ plerúmque nihil officiat, imò reliquas potentias animales potiùs acuat, quàm diminuat: Proinde causa nulla subest, ut cœcis curatores constituantur. Tempore studiorum nostrorum Ingolstadij peritissimus opifex instrumentorum musicalium reperiebatur, qui ab utero matris cœcus fuisse dicebatur, nihilominùs tam perfectus in sensu tactûs fuit, ut organa, & alia instrumenta musica ex lignis, & metallis affabrè elaboraret. Ante paucos annos in aula Episcopali Frisingensi, quidam vir nobilis, & magnæ authoritatis, obibat omnia munera aulica, & judicialia, tametsi à natura cœcus fuerit. Is ipse latinam linguam perfectè addidicit, & ex prælectione jurium, & explicatione Auctorum, tantam peritiam in jure acquisivit, ut in litibus, quas frequentes habuit, cum doctissimis advocatis, & consiliarijs in publicis commissionibus palàm disputare ausus fuerit. Quamvìs enim cœci à natura scribere non facilè norint, tamen loquelæ usum communiter retinent; Et propterea, quia sensa animi per loquelam declarare possunt, administratione bonorum suorum non sunt interdicendi. Nisi fortè aliquis cœcus ita hebes in intellectu sit, ut rebus suis superesse non possit, tunc officio judicis incumbit, ut ex regula generali ei curator adjungatur. 15

Quæritur secundò, an semper judicis officio incumbat, ut ejusmodi personis dementibus, mente captis, furiosis, prodigis, mutis, & surdis, &c. curatores constituat, vel an ijs etiam à patre in testamento provideri possit? Ad hoc respondetur cum distinctione: Vel enim pater talibus liberis adhuc impuberibus in testamento tutores constituit? Et in hoc casu tutela impuberum secundùm *Art. 5.* post pubertatis annos transmigrat ipso jure in curatelam, ita, ut qui priùs fuerunt tutores, incipiant esse curatores, & continuare debeant officium suum usque ad ætatem virilem, sive majorennitatè. 16

Si autem pater filio furioso sed jam minorenni in testamento suo curatorem dederit, de jure quidem communi, ut supra diximus, curatoris datio non tenet, cùm curator testamento dari non possit, sed Prætor datum confirmare debeat, *l. ult.* §. *5. Cod. & l. 16. ff. de curatore furiosi, &c.* Quia verò supra diximus, ex consuetudine patriæ nostræ curatores minorum non minùs in testamento patris, vel qualibet ultima voluntate, quàm impuberum tutores dari posse; Ideò non dubitamus, illud etiam in curatore, à patre filio suo furioso, constituto locum habere, & prætoris confirmatione opus non esse. Interim tamen hæc curatela finitur post ætatem virilem, sive majorennitatem furiosi, quia censetur data ut minori, non ut furioso, juxta *l. 3.* §. *1. ff. de tutelis. Clarissimus D. Bassus in suis decisionibus ad 50. Constit. Just. decisione. 25. n. 2.* Et proinde, hâc testamentariâ curatelâ finitâ de novo curatela furiosi constitui debet, vel ab ipso judice, vel etiam ab ipso patre, ita tamen, ut prætoris, sive ordinarij magistratus confirmatio accedat. *dict. l. ult.* §. *5. Cod. de curat. furios.*

17 Quid si autem pater in testamento filio furioso, aut mente capto, &c. de curatore non prospexerit, poteſtné mater, vel avia curatelam ejus suscipere? Et videtur dicendum, quòd non, per textum in *l. cùm repudiante. 4. Cod. de curat. furios.* Ubi dicitur: Si furiosæ mater, aliqua instrumenta cum genero fecerit, isque deinde divortium faciat, quòd instrumenta illa furiosæ non noceant. *Perez. ad h. t. n. 9.* Sed hic textus nihil ad rem facit, quia præsupponit, patrem filiæ furiosæ adhuc in vivis esse; Cùm igitur vivente patre mater non possit esse administratrix legitima filiæ furiosæ, cùm illa sub administratione patris, & non matris sit: Ideò rectè dicit textus, matrem nihil contra furiosam disponere potuisse, cùm ejus ad eam jure non pertinuerit defensio. Aliud est, si pater mortuus sit, & avia, vel mater legitimam curatelam filiæ furiosæ susceperit; Tunc enim est legitima administratrix, & proinde de rebus furiosæ legitimè disponit. Nec certè apparet ulla ratio, quare mater, & avia possint esse tutrices liberorum sanæ mentis, & non etiam dementium, sive furiosorum.

18 Quid si autem mater, & avia nolint esse tutrices, cùm, ut supra explicavimus, ad hoc non teneantur, imò tutelam, vel curatelam liberorum suorum semel susceptam pro lubitu etiam sine causa dimittere possint, anné propinquis, & consanguineis nobilibus tunc liberum erit, ut ipsi ex gremio suo unum, vel alterum eligere possint, quibus ejusmodi personarum miserabilium curatelam demandent? Ratio dubitandi est, quia articulus noster solùm hoc requirit, ut propinqui magistratui personas ad talem curatelam idoneas proponant. Sed nihil obesse videmus, quin privilegium, quod nobilibus competit pro constituenda tutela, vel curatela propinquorum sanæ mentis, non etiam locum habere possit in ejusmodi miserabilibus personis, quæ non minore favore, quàm ipsi pupilli, vel minorennes sanæ mentis, dignæ sunt: Imò, si nec mater, aut avia, nec propinqui, & consanguinei curatelam suscipere, nec alios curatores petere, aut proponere velint, privantur spe successionis. *l. 2.* §. *si mater. ff. ad Tertulianum. Galganett. lib. 3. quæst. 28. per totum, & maximè. n. 24.* Quod attinet ad articulum nostrum, ille plus non dicit, quàm quòd propinqui à se electos magistratui ad confirmandum proponere debeant, quod etiam facere debent in tutela, vel curatela pupillorum, vel minorennium propinquorum, ut ad *Art. 4. hujus Tit.* diximus.

19 Quæritur tertiò, cùm furiosi subinde habeant sua dilucida intervalla. *l. Mucius. 24. ff. de officio Præsid.* an redeunte sana mente exspiret curatela, vel nihilominùs duret? Et videtur exspirare, per *l. 1. ff. de curat. furiosi*, quæ dicit, quòd curatio finiatur post resipiscentiam furiosi: Deindè furiosus illo tempore, quo habet dilucida intervalla, testari, & alios actus ultimæ

timæ voluntatis exercere, per textum in §. *præterea*. 1. *Inst. quibus non est permiss. l. qui testamento.* 20. §. *ne furiosus.* 4. *qui testamenta facere, &c.* Imò omnes alios actus inter vivos inire, & celebrare potest sine curatoris sui authoritate, ergò videtur curatelæ officium extinctum esse. Sed Justinianus in *l. penult. Cod. de curat. furios.* contrarium constituit, ut quidem tempore intermissi furoris curator furiosi nihil administret, interim tamen curator esse non desinat. Et hoc propterea, ne sit necesse, sæpiùs curatoris creationem reiterare; Sive, ut Justinianus loquitur, ne crebra, vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, & frequenter tam nascatur, quàm desinere videatur. Vid. etiam textus in *l. 9. Cod. qui testam. facere, &c.* Ad superiora respondetur, quòd resipiscentiâ finiatur tutela furiosi, si furiosus simpliciter sanam mentem receperit, & plenæ sanitati restitutus fuerit; Non verò, si furor sit intermissus, & post intervalla redeat. Deinde ultrò concedimus, quòd furiosus tempore dilucidi intervalli omnia sua negotia gerere possit: Utpote hæreditatem adire, bonorum possessionem petere, donationes facere, contractus celebrare, & omnia alia expedire, quæ homines sanæ mentis faciunt. Interim tamen curatela non exspirat, sed potestas curatoris quiescit, quæ resuscitatur statim atque furor post dilucidum intervallum redit: *Perez. ad h. t. n. 14.*

Quæritur quartò, quid dicendum sit, si furiosus tempore intervalli rem bene ceperit agere, sed non perfecerit? Et respondetur, à curatore supplendum esse. Et ita intelligit dictam *l. penult. Cod. de curat. furiosi*, quæ aliàs satis obscura est, *D. Bassus in decisionibus suis ad 50. constit. Justin. decis. 25. n. 6.* Illud autem tantùm intelligendum est de actibus inter vivos, & non de actibus ultimæ voluntatis. Si enim furiosus tempore dilucidi intervalli testari, vel codicillari cœperit, curator actum per redeuntem furorem interruptum perficere non potest: Ratio per se clara est, quia ultima voluntas non potest pendere ex alieno arbitrio, *Manz. ad dict. §. præterea. 1. n. 10. Inst. quibus non est permiss.* 20

Quæritur quintò, quando curatela extraordinaria horum hominum desinat? Et Respondemus, quòd regulariter duret ad dies vitæ, id est, quoad vivunt ejusmodi personæ commiseratione dignæ, *Perez ad h. Tit. de curat. furios. n. 14.* In dementibus, mente captis, furiosis, & lunaticis, sive maniacis finitur statim atque ad plenam sanitatem, & resipiscentiam venerint; Sublatô enim impedimentô tanquam causâ, cessare etiam debet effectus, & remedium. Idem dicendum est in mutis, & surdis: Quamvis enim à natura tales incurabiles sint, tamen, si quis illitteratus in talem miseriam ex accidenti, & casu fortuito inciderit, & postmodùm restitutus fuerit, curatela ipsius causâ constituta per reconvalescentiam exspirat. Aliud est in prodigo, sicut enim illi administratio rerum suarum non adimitur, nisi præcesserit sententia declaratoria judicis, ita etiam administratio ei semel interdicta non restituitur sine decreto judicis: Ne temerè contingat, ut ex simulata morum mutatione prodigi, alij damnificentur. *Damhoud. in patrocinio pupill. cap. 8.* & *Perez. loc. cit. n. 16.* Illud tamen necessarium est, ut omnia fiant à judice, sive magistratu cum causæ cognitione: Sicut enim nemo præsumitur demens, mente captus, furiosus, prodigus, aut alia quacúnque inhabilitate affectus, nisi probetur; Ita è contra, qui demens, furiosus, prodigus, &c. semel inventus fuit, talis præsumitur adhuc esse, nisi probetur restitutus. *l. 1. ff. de curat. furios.* Quia nunquam præsumitur mutatio. 21 22

Ultimò quæritur, quid incumbat curatoribus ejusmodi hominum? Et respondet articulus noster, quòd ad omnia illa obligati sint, quæ tutoribus, & curatoribus aliàs incumbunt. Debent igitur inventarium conficere, decretum administrationis à magistratu ordinario impetrare, juramentum 23

tum fidelitatis, aut ſaltem obligatorium ſub fide juramenti, ſi ita magiſtratui viſum fuerit, præſtare, rationes, vel ſingulis annis, vel aliàs congruo tempore juxta prædicta, reddere, perſonas ſibi commiſſas in & extra judicium defendere, reliqua ſolvere, documenta, & inſtrumenta, aliáque omnia ſuæ fidei commiſſa finitâ curatelâ reſtituere, & quidquid alijs curatoribus incumbit, expedire, cùm in qualitate obligationis inter curatorem minoris, & curatorem talium miſerabilium perſonarum nulla ſit differentia. *l. final.* §. 5. *Cod. de curat. furioſ.*

24 Ex quo ſequitur, quòd eorum bona non minùs tacitè ſint obligata, ac bona tutorum, vel curatorum pupillis, vel minoribus. *dict. l. fin.* §. 5. & ibi *D. Baſſus. n. 11. ad finem.* Prout jura noſtra ſtatutaria ejuſmodi tacitam hypothecam ijs concedunt, qui res ſuas alteri adminiſtrandas committere debent, ut latè deduximus ad *Art. 15. & Art. 18. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / Vid. etiam *Monoz. de Eſcobar. de ratiocin. adminiſt. cap. 39. n. 5.*

An etiam filius teneatur eſſe curator patris furioſi, vel matris furioſæ, videatur apud *Perez. h. t. n. 9.* Ubi dicit, quòd hodie non impunè filius parentis furioſi curatelam negligat, per *Novell. 115. cap. 3. §. 12.* Quin & matris furioſæ curam ſuſcipere teneatur; Licèt enim inæqualis eorum poteſtas ſit, æqualis tamen utrique parenti debetur pietas. *l. 4. ff. de curat. furioſ. &c.*

Der Zwölffte Articul.

WAnn Vormunder oder Versorger jhr Vormundschafft oder Versorgnuß angenommen haben / so sollen sie biß zum Ende darinnen bleiben. Es wäre dann / daß sie vor der Obrigkeit redlich Ursachen fürbrächten / derhalben sie davon könden entledigt werden.

Und so dieselben also abgeschiden / vnd gebührende Rechnung gethan hätten / sollen sie ordentlich quittiert / auch in der Quittung Einnam / Außgab vnd Rest vermeldet / vnnd alsdann andere an jhr statt geordnet / vnd gegeben werden.

Welche Vormunder vnd Versorger aber / ausserhalb solches Abschids / jhr Vormundschafft oder Versorgnuß durch sich selbs verliessen / oder die nicht redlich / sonder gefährlich außübten / dieselben sollen / wann es zu jhnen gebracht würdet / nach Erkandtnuß deß Rechtens / vmb die Schäden deßhalben zugefügt / die zuerstatten / vnd zuwiderkehren verbunden vnd verpflicht seyn.

SUMMARIA.

1. *Quamdiu quis in tutela, vel curatela perſeverare debeat?*
2. *An facilius ſit, tutelam declinare ab initio, quàm ex poſt facto deponere?*
3. *An abſentia reipublicæ cauſâ tribuat juſtam tutelæ deponendæ cauſam?*
4. & 7. *Quando dignitas ſuperveniens?*
5. *Quando tranſlatio domicilij?*
6. *Quando ſuperveniens valetudinarius, aut alius miſerabilis ſtatus?*
8. *Quibus alijs cauſis tutor, vel curator adminiſtrationem tutelæ dimittere poſſit?*
9. *An talis dimiſſus tutor, vel curator priùs ad rationes præſtandas teneatur?*
10. *Quomodò quietantia talibus dimiſſis tutoribus, vel curatoribus danda ſit?*
11. *Et à quo?*
12. *Quid ſi pater in teſtamento dederit, & præmortuus fuerit?*

13. Quæ

13. *Quæ sint inter formulas quietantiarum differentiæ?*

14. *Quid si tutor, vel curator administrationem tutelæ, & curatelæ proprio motu deponant, vel dimissionem ab ea malitiosè impetrent?*

15. *Quis sit effectus quietantiæ plenariæ?*

Regula prima constituitur in hoc articulo, ut quis perseverare debeat in tutela, vel curatela usque ad finem. Finis tutelæ de jure communi, ut jam diximus, in fœminis est annus 12. & in masculis annus 14. completus, post quorum decursum tutela finiebatur, & qui tutores erant, inviti non cogebantur esse curatores. Quod hodierno jure nostro correctum est: Ita, ut ex consuetudine Germaniæ, & præsertim statutorum nostrorum Bavaricorum tutela ipso jure transmigret in curatelam, quæ non finitur, nisi primùm post plenam ætatem virilem, sive 21. annum completum, utpote terminum pro majorennitate ex jure nostro statutario præfixum, quæ ad *Articulum 5.* pleniùs explicavimus. In furiosis, mente captis, & similibus finitur curatela, quando miserabiles ejusmodi personæ ad perfectam sanitatem mentis, vel corporis devenerunt; Cum hac distinctione, ut, si prodigi fuerint, declaratione judicis opus sit, in reliquis verò personis sanitate mentis, vel corporis restitutis judicis declaratio adeò necessaria non sit. *l. 1. ff. de curat. furios.* Sed de his articulus noster propriè non loquitur, quia inscriptio illius tantùm de illis est, qui ex justis, & legitimis causis dimittuntur. De quibus 1

Regula secunda est, quòd facilius sit, tutelam, vel curatelam priùs declinare, quàm ex postfacto deponere: Numeravimus superiùs ultra 20. causas, quæ excusationem à suscipienda tutela, vel curatela præstant; Sed, quæ ad dimittendam tutelam, vel curam semel legitimè susceptam sufficiant, satis paucas, & vix 5. invenimus. 2

Prima igitur causa est eorum, qui trans mare Reipub: causâ absunt. *l. verùm. 11. §. ex facto. 2. ff. de minoribus.* Ubi notetur verbum trans mare, quod significat, non quamlibet absentiam Reipub: causâ, sed diuturnam, & remotam solùm justam esse, sive, ut articulus loquitur, ein redliche Ursach zuseyn / ut à tutela, vel cura dimitti possint: Nam absentia brevis suppleri potest per alios tutores, vel curatores in eorum locum substituendos, *l. quæsitum est. 12. ff. de tutelis.* Qui prioribus non reversis in eadem causa perseverant usque ad finem tutelæ, vel curæ. *dict. l. quæsitum est. 12. ad finem.* 3

Secunda causa est, si quis post susceptam tutelam, vel curam silentiarius, vel consiliarius Principis factus est; Aut, ut verba textûs sonant, qui circa Principem occupati sunt. *dict. l. verùm. 11. §. ex facto. 2. ff. de minoribus. l. jurisperitos. 33. ff. & l. fin. Cod. de excusatione tutorum*: Quod ita intelligendum est, si quis silentiarius, sive consiliarius factus fuerit, postquàm tutelam, vel curatelam gerere cepit: *dict. l. jurisperitos. 33. ff. de excusationibus tut.* 4

Tertia causa est, si quis cum licentia Principis domicilium suum longè transferat, *l. idem. 14. §. fin. ff. de excus. tut.* Quam causam approbat *Art. 2. hujus Tit.* qui disponit, ut tutores, vel curatores dimissionem petere possint, si pupilli, vel minorennes cum parentibus aliò transmigrent; Ergò etiam justè petere possunt, si ipsi tutores, vel curatores ex causa legitima transmigrationem faciant. 5

Quarta causa est, si tutor, vel curator post susceptam tutelam, vel curam demens, mente captus, surdus, mutus, cœcus, aut aliter valetudinarius factus fuerit, ut ipse vix proprijs rebus suis superesse possit; Tunc 6

enim

enim justam causam habet deponendi tutelam, vel curatelam. *l. post susceptam. 40. ff. de excusat. tut.*

Dices, nos supra dixisse, quòd cœcus non indigeat tutore, vel curatore, cùm rebus suis superesse possit, & de illis disponere. Respondemus, aliud esse tutore, vel curatore indigere, & aliud, cogi posse, ut tutor, vel curator permaneat: Nam ejusmodi miseria superveniens commiserationem movet, ad dimittendam alienam administrationem, ut proprijs rebus, & negotijs magìs vacare possit. Et hinc lex cit: loquitur etiam de surdo, & muto dissiunctivè, & non copulativè, quia utèrque affectus separatus commiseratione dignus est. Unô verbô, hæc dispositio, ut mutus, surdus, cœcus, valetudinarius, &c. liberentur ab aliena tutela, vel cura, est pro favore horum miserabilium hominum: Altera autem dispositio, ut admitti debeant curatores, est in illorum odium, & præjudicium, itáque inter se nullam comparationem admittunt.

7 Quinta causa est, senatoria dignitas superveniens, *l. spadonem. §. scire. ff. de excus. tut.* ut supra jam agendo de excusationibus attigimus: Quæ tamen hodierno tempore ad nostros senatores civicos non extenditur.

8 Sunt quidem plures aliæ causæ, quæ cessare faciunt tutelam, & curam; Ut, si tutor, vel curator maximam, vel mediam diminutionem capitis passus: Si in perpetuum exilium missus: Si ab hostibus captus: Si tanquam suspectus a tutela, vel curatela remotus: Si sub conditione tantùm, vel ad tempus datus, & conditio evenerit, vel tempus effluxerit: Si mortuus fuerit, & similes aliæ causæ: Sed de his articulus noster non agit, cùm tali causa superveniente tutela, vel cura ipso jure exspiret. Articulus verò solùm de ijs loquatur, quæ ad petendam, & impetrandam dimissionem judicem justè movere possunt: Qui plura de his cognoscere velit, adeat *Galganett. l. 1. tit. 11. per totum.*

9 Quantumcúnque verò justa dimissionis impetrandæ causa subsit, tutor, vel curator dimitti nunquam debet, nisi priùs administrationis suæ rationes reddiderit, reliqua solverit, & alia præstiterit, quæ juxta superiùs dicta finitâ quâlibet tutelâ, vel curatelâ præstanda sunt.

10 Rationibus autem fideliter redditis, tutori, vel curatori dimisso quietantia danda est, in qua, ut articulus requirit, contineri debent, omnia accepta, & expensa, & reliquum: **Es mueß in der Quittung enthalten werden / die Einnamb / Außgab / vnd der Rest.** Ratio hujus rei est, quia quietantiæ generales plerúmque sunt captiosæ, & deceptivæ, & mille fraudibus ac machinationibus expositæ: *Monoz de Escobar. de ratiocinijs administ. cap. 40. n. 10.* ubi etiam formulam habet, quibus verbis quietantiæ concipi debeant, ut tutori, vel curatori decedenti plenam securitatem præstent.

11 Quæres, cui incumbat onus, tutores, vel curatores legitimè dimissos quietandi, sive liberandi, cùm articulus de hoc nihil disponat? Et putamus, regulariter illum, jus & potestatem quietandi habere, qui jus, & potestatem habet, rationes suscipiendi.

12 Si igitur tutor testamento datus dimissionem impetraverit, cùm præsupponatur pater præmortuus, jus & potestas rationes suscipiendi, & tutores testamentarios quietandi, alteri competere non potest, quàm magistratui ordinario, cujus jurisdictioni pupilli, vel minorennes subsunt: Si autem tutores, vel curatores à consanguineis fuerunt electi, post eorum dimissionem jus eos quietandi, & liberandi consanguineis, & propinquis competere necesse est, quia illis juxta *Art. 10.* jus suscipiendarum rationum competit. Denique, quia hominum plebejorum tutelæ, & curatelæ constituuntur ab ordinario magistratu, & coram ipso rationes præstantur, & calculantur: Sequitur, etiam tutoribus dimissis post susceptas rationes ab eodem magistratu ordinario quietantiam, & liberationem judicialem concedendam esse.

Et

Et hæc omnium securissima est. Vid. idem *Monoz. de ratiociniis administ. cap. 40. n. 1.* & *Gutierez. de tutel. & cur. lib. 2. cap. 22. n. 1.* Ubi triplicem liberationis, sive quietantiæ differentiam faciunt, plenæ, plenioris, & Plenissimæ. Plenam vocant, si quis minori reliqua solvat absque interventu curatoris, vel judicis, talis enim non liberatur ipso jure, nihilominùs tamen, si reliquorum solutio à minore adhuc semel petatur, opponi potest ei exceptio doli, si pecunia fuit in utilitatem minoris conversa. Plenior est, quando reliqua minori solvuntur interventu curatoris saltem ad litem dati, tunc enim tollitur quidem actio, & obligatio: Verùm, si minor pecuniam non habet salvam, manet ei beneficium restitutionis in integrum. Plenissima est, quando minori solvuntur reliqua judicis authoritate interveniente. *l. sancimus. Cod. de administ. tut.* & §. *fin. Inst. quibus alienare licet*, &c. Consultissimum igitur est, ut tutores dimissi rationes coram magistratu ordinario præstent, & ab eo quietantiam, sive liberationis apocham judicialem impetrent. 13

Si quis autem tutor, vel curator administrationem tutelæ, vel curatelæ proprio motu, & sponte suâ sine impetrata dimissione deserat, vel dimissionem ex falsa causa malitiosè, & fraudulenter impetret, tenetur pupillo, vel minori ad omne damnum resarciendum. Ratio per se clara est, quia tutores, & curatores non tantùm tenentur de malè administratis, sed etiam de neglectis. 14

Effectus autem ejusmodi quietantiæ plenariæ hic est, ut tutor, vel curator post reliquorum solutionem, & instrumentorum restitutionem litem pupilli, vel minorennis nomine, à se cœptam prosequi, & perficere non teneatur. *l. ita autem.* §. *fin. ff. de administ. tut. Gutierez. de tutel. part. 3. cap. 1. n. 2.* Et ex contractu, quem nomine pupilli, vel minoris inijt, post liberationem conveniri non possit. Ratio est, quia obligatio ejus per liberationem extinguitur, quæ postea reviviscere non potest. *l. qui res.* §. *aream. ff. de solut.* Sed is conveniri debet, qui in locum dimissi substitutus est: Nisi fortè tutor dimissus se proprio nomine obligaverit, tunc enim liberatio, & quietantia ipsi nihil prodest, quia per hanc liberatur tantùm ab ea obligatione, quam alieno nomine fecit, non quam fecit proprio, licèt actione tutelæ contraria à pupillo, vel minorenne consequi possit, quod ex tali contractu in ejus utilitatem cessit. 15

Der Dreyzehendte Articul.

Wann der Vormunder mehr seyn / vnnd ainer auß denselben / mit oder ohne Befelch der anderen / doch mit derselben Versaumnuß / Verhängnuß vnd Zusehen / was handlete / oder etwas vnderließ vnnd versaumete / darauß dem Pfleg-Kind Schaden erfolgte / seyn die Vormunder samentlich / vnd ein jeder jnsonderheit den gantzen Schaden zuerstatten verpflicht / ob gleich einer / oder mehr auß jhnen einige Verwaltung nit gehabt / sonder den anderen nur mehrers Ansehen halben zugegeben wären / Doch mit disem Underschid / daß man zuvor die jenige Vormunder / die in gleicher Verwaltung gewesen / jeden vmb sein Theil am gantzen Schaden beklagen / vnnd alsdann erst / wann derselben ainer die Erstattung seines Theils nit vermag / den völligen Schaden / bey deme / der zubezahlen hat / suechen soll. Kundte man aber denselben bey allen denen / welche die Verwaltung gehabt / nit einlangen / alsdann erst hafften die / welche die Verwaltung nit ge-

habt. Hätte aber ein Vormunder seines Mitvormunders üble Verwaltung der Obrigkeit angezaigt vnnd gebetten / denselben von der Vormundschafft zuthuen / vnd wäre die Obrigkeit hierinnen säumig gewesen / so mueß dieselb dem Pupillen den Schaden / welcher demselben nach beschehener Anzaig beschehen / erstatten / vnnd seyn alsdann die andere Vormunder / welche nichts übels gehandlet / noch saumig gewesen / der Anspräch / vmb den / nach gethaner Anzaig / beschehenen Schaden / allerdings ledig. Dagegen wann ein Vormunder / der vmb ein völligen Schaden beklagt würdet / seinem Mitvormunder die üble Verwaltung verhängt / vnnd wissentlich zugesehen / so hat er die Freyheit nit / daß man zuvor seinen übel hausenden Mitvormunder beklagen muß / sonder ist ohne Mittel den gantzen Schaden zuerstatten alsbalden schuldig. Doch stehet jhme bevor den andern Vormunder / der also übel gehauset / alsdann vmb das / was er für jhne erstatten müssen / zubeklagen.

SUMMARIA.

1. *An plures tutores, vel curatores dati teneantur in solidum?*
2. *Quid si unus solus esset tutor, vel curator, sed cum mandato reliquorum?*
3. *An etiam honorarij tutores obligentur, & quidem in solidum?*
4. *Quid si quis administrationem tutelæ, vel curatelæ acceperit sine mandato aliorum?*
5. *An non administrantes teneantur in solidum?*
6. *An non administrantes saltem habeant beneficium ordinis?*
7. *Quid si gerentes, & non gerentes sint in pari dolo?*
8. *Quid si gerentes tutelam, vel curatelam gesserint illam cum mandato aliorum?*
9. *An sola permissio excludat beneficium ordinis?*
10. *Quando cesset beneficium ordinis in neglectis?*
11. *Quid si non gerentes aliorum malam, & dolosam administrationem noverint?*
12. *Quomodo secunda, & quarta exceptio concordanda sint?*
13. *Quare connivens condemnetur in solidum ante illum, qui administravit?*
14. *Quando magistratus teneatur ad omne damnum?*
15. *An idem in fidejussoribus locum habeat, & cum qua differentia?*
16. *An etiam beneficium divisionis inter tutores, & curatores cesset, si non gerentes, cum gerentibus sint in pari dolo?*
17. *Quid si unus ex tutoribus conveniatur ob proprium dolum?*
18. *Quid sit beneficium cedendarum actionum?*
19. *Quam utilitatem beneficium cessionis actionis afferat, & præstet?*
20. *Quid si denegetur cessio actionum?*
21. *Quæ, & qualis sit utilis actio, quam Doctores tutoribus, vel curatoribus sine cessione actionum solventibus concedunt?*
22. *An denegetur solidum solventi hæc utilis actio ex proprio delicto?*
23. *Quare fidejussoribus hæc utilis actio non concedatur?*
24. & 25. *An malè administrans à contutore, vel curatore connivente in solidum possit conveniri?*
26. *An ergò cessio actionis in jure nostro Bavarico superflua sit?*
27. *An fraudulento, & malitioso contutori, vel curatori beneficium ordinis competat?*
28. *An beneficium divisionis inter contutores, & curatores dolosos commune sit?*
29. *An tamen, & quando tutori fraudulento, doloso, malitioso, & non gerenti*

renti contra susceptæ tutelæ malum administratorem beneficium divisionis concedatur?

30. Quid intersit, concedi per modum exceptionis, vel concedi per modum actionis?

31. An non pupillo, aut minorenni liberum sit, potiùs malum rerum suarum administratorem convenire, quàm tutorem non gerentem, & conniventem talia?

32. An ipse malitiosus, fraudulentus, & dolosus administrator in solidum conventus contra tutorem conniventem, & non gerentem beneficium divisionis obtineat?

33. An saltem beneficium utilis actionis tali doloso administratori competat?

34. An non per beneficium divisionis, & per beneficium utilis actionis penitus tollatur dispositio prior, scilicet quòd quilibet ex tutoribus teneatur, & obligetur in solidum?

35. & 36. Quæ, aut qualis sit differentia inter plures tutores, &c. quorum unus cum aliorum consensu, & mandato administrat, alius verò ex proprio motu, & authoritate?

37. Quid si divisio facta fuerit à judice, vel ab ipso testatore?

HIc articulus satìs obscurus est, conabimur tamen, eum explicare satìs clarè. Prima igitur regula est, quòd plures tutores, vel curatores ejusdem pupilli, vel minorennis à testatore, consanguineis, vel judice constituti, teneantur in solidum, & non pro parte virili, gerunt enim negotium publicum auctoritate, licèt privatum sit utilitate: *princ. Inst. de excus. tut.* Et sunt plures rei debendi, *l. tres tutores. 50. ff. de administ. tut.* Ideóque in solidum singuli tenentur. *l. 1. §. nunc tractemus. 5. ff. de act. tutel. l. 2. Cod. de dividenda tutela.* Et pupillo, vel minori licet unum eorum eligere, & totum debitum exigere, cessione ei adversùs cæteros contutores, vel concuratores facienda. Et hoc vel maximè locum habet, quando unus ex pluribus tutoribus hunc, vel illum actum solus quidem gessit, sed de mandato reliquorum tutorum, vel curatorum. *dict. l. tres tutores. 50. ff. de adminiſt. tut.* vel quando omnes actum administrationis simultaneum dolosè intermiserunt, tunc enim ex delicto quilibet tenetur in solidum. *l. 2. §. nunc tractemus. ff. de tutelæ actione.* Concordat articulus noster, ubi in specie dicit: Si tutores plures sint, quòd omnes in communi, & quilibet in particulari obligatus sit, totum damnum resarcire, tametsi unus, aut plures ex illis nullam administrationẽ habuissent, sed tantùm honoris causâ, Umb mehrern Ansehens willen / adjuncti fuissent. 1 2

Adeò ut textus noster etiam honorarios tutores in solidum obliget. Ex quo sequitur, multò magìs contutores, & concuratores in solidum obligatos esse, quibus conjunctim tutela, vel curatela commissa fuit. Et hanc obligationem in solidum articulus noster in tantum extendit, ut non solùm locum habeat, quando separata administratio facta est, cum mandato aliorum contutorum, vel concuratorum, ut jam diximus, sed etiam sine illo, modò illorum negligentia, vel conniventia accesserit, sibi enim imputare debent, quòd alteri administrationem soli permiserint, in qua ipsum ex communi potestate, & authoritate impedire potuissent. Et hoc procedit non tantùm in malè administratis, sed etiam per ejusmodi separatam administrationem neglectis, in verbis: Was handlete oder etwas underließ und versaumete. Per rationem, quòd tutoribus non solùm malè gesta, sed etiam neglecta imputentur, & ipsorum periculo incumbant: Nec relevat contutores, vel concuratores, si ipsi inter se tutelam, vel curatelam diviserint. *l. 2. Cod. de dividenda tutela. l. 1. Cod. de transactionibus.* quia in eorum potestate non est, ut facto suo causam pupilli, vel minorennis faciant deteriorem. 3 4 5

6 Habent tamen tutores, vel curatores quædam beneficia. Et primum quidem eſt beneficium ordinis, quod competit, quando plures ſunt tutores, vel curatores, quorum aliqui geſſerunt, alijs non gerentibus : Nam, ſi non gerentes conveniantur, beneficium ordinis poterunt impetrare, ut primò, qui geſſerunt, eorúmque hæredes conveniantur. *l. 2. in princ. Cod. ſi tutor non geſſerit. l. 8. in princ. Cod. de adminiſt. tut. l. cùm interdictæ. Cod. arbitrium tutelæ.* Naturali enim æquitati conveniens eſt, ut priùs det rationem, qui adminiſtravit, quàm qui ab adminiſtratione abſtinuit : Quod convenit cum articulo noſtro in Verſ: Doch mit diſem Underſchid : Ubi articulus ſic diſtinguit, ſi plures geſſerunt, quilibet ex gerentibus tenetur tantùm pro ſua quota virili : Si autem unus, vel alter ex gerentibus non eſt ſolvendo, illius pars accreſcit reliquis gerentibus. Quando autem nec illi ſolvendi ſunt, tunc primùm devenitur ad eos, qui ab adminiſtratione abſtinuerunt.

7 Ceſſat tamen hoc beneficium ordinis, ſi non gerentes cum gerentibus fuerunt in communi, vel etiam in proprio dolo : *Galganett. lib. 3. quæſt. 25.*
8 *n. 9. vid. in f.* Secundò ceſſat ordinis beneficium, ſi gerentes geſſerunt de mandato aliorum contutorum non gerentium. *l. ita tamen. 5. §. geſſiſſe.*
9 *1. ff. de adminiſtratione tut. l. 1. Cod. de tranſactionibus.* Diximus, de mandato, non de nuda permiſſione, quæ beneficium ordinis non excludit : Idem *Galganett. loc. cit. vid. ceſſ. 4.*

10 Ceſſat hoc beneficium tertiò, quando plures tutores, vel curatores non conveniuntur de malè adminiſtratis, ſed de neglectis. *l. 2. Verſ: ſi qua. Cod. ſi tutor non geſſerit. l. tutor. §. in eum. ff. de adminiſt. tut.* Niſi fortè neglecta dependentiam habeant ab ijs, quæ malè geſta ſunt. *l. tutor. ff. de adminiſt. tut. l. quid ergò. ff. de contrar. jud. tutel.*

11 Ceſſat quartò, ſi non gerentes malam adminiſtrationem gerentium noverunt, & eidem non contradixerunt, ſed connivendo quaſi approbârunt, tunc enim non gerentes ſunt in æquali culpa, & delicto, & proinde gerentibus beneficium ordinis opponere nequeunt. Quocum concordat articulus noſter, in Verſ: Dargegen. Ubi dicit, quòd contutor, qui ad malam alterius adminiſtrationem connivet, ſine medio ad integrum damnum illi reſarciendum ſit obligatus.

12 Quæres, an ſecunda, & hæc quarta exceptio ſibi non contrariæ ſint, cùm ad ſecundam dixerimus, nudam permiſſionem adminiſtrationis non impedire beneficium ordinis, hìc autem tutori, vel curatori malam adminiſtrationem collegæ conniventis reſarcitionem omnis damni injungamus ? Reſpondemus, aliud eſſe permittere tutori, vel curatori adminiſtrationem, & aliud, malè adminiſtranti connivere : De primo caſu loquitur exceptio ſecunda, de altero exceptio quarta : Differentia per ſe clara eſt, quoniam permiſſio adminiſtrationis delictum non eſt, ſed permiſſio, & conniventia perverſæ adminiſtrationis, in contutore, qui æqualem obligationem habet, eſt intolerabilis, & hinc, quod benè notandum, Art: conniventem in ſolidum illicò ſolvendum condemnat.

13 Dices, hoc nimis durum eſſe, ut ipſe connivens condemnetur in omne damnum pupillo reſarciendum, principaliter verò peccans, ſive malè adminiſtrans ſit quaſi indemnis. Reſpondemus, hoc in articulo noſtro nullo modo dici, ſed tantùm hanc diſpoſitionem fieri, ut contutor malam adminiſtrationem ſcienter connivens beneficium ordinis non habeat, prout in fine per compendium contrahitur. In arbitrio igitur pupilli, vel minorennis eſt, an velit convenire tutorem, vel curatorem malè adminiſtrantem, vel non adminiſtrantem, ſed contutoris ſui delicta conniventem ; Utérque enim tenetur ex proprio dolo, fraude, & peccato, & conſequenter nec beneficio ordinis, nec beneficio diviſionis, aut alio quocúnque dignus eſt.

Sic

Sic articulus noster, in Vers: **Hätte aber /** similiter disponit, si unus 14
ex contutoribus malam administrationem sui collegæ magistratui denunciâsset, supplicando, ut ab administratione removeatur, & magistratus fuerit morosus, quòd pupillo, vel minorenni obligetur ad omne damnum post factam denunciationem emergens, ita, ut tutores, qui nihil malè fecerunt, aut nullam negligentiam commiserunt, à tali damno post denunciationem superveniente omninò liberi, & immunes sint. Et hic est casus, quo magistratus tenetur, non in subsidium tantùm, sed ex propria culpa principaliter, per text: in *l. 1. Cod. tut. vel cur. non gess. contra D. Balthas. ad hunc Tit. resol. 11. n. 2.* Ubi hanc magistratûs conventionem subsidiariam vocat, cùm reverà sit principalis, quia magistratus convenitur ante reliquos tutores non gerentes, in denunciatione verò suspecti officio suo
functos. Et hoc, quod dictum est de pluribus curatoribus, & tutoribus in 15
solidum obligatis, introductum est ad similitudinem fidejussorum, qui, licèt plures intercesserint, & sint in solidum obligati, tamen inter eos obligatio dividitur. *§. si plures. Inst. de fidejuss. & l. fin. Cod. de constituta pecun.* Si igitur ponas, quòd plures tutores, vel curatores constituti omnes simultaneè gesserint, vel nulli gesserint, & unus ex illis pro malè administratis, vel neglectis conveniatur in solidum, is justè opponit, ut actio inter omnes, qui solvendo sunt, dividatur. *l. 1. §. si pupillus. ff. de tutel. act. Galganett. lib. 2. tit. 26. n. 13. & 39. & lib. 3. quæst. 25. n. 10.* Necessarium igitur est, ut tutor conventus, si divisionem postulat, probet, contutorem suum semel administrantem, aut negligentem solvendo esse. *l. dubitatur. ff. de fidejuss.* Hæc tamen inter tutorem, & fidejussorem quoad punctum probationis differentia est, quòd fidejussor probare debeat, confidejussorem suum solvendo fuisse tempore litis contestatæ. *§. si plures. Inst. de fidejuss.* Quoad tutorem, vel curatorem autem sufficit, ut probet, contutorem, vel curatorem suum solvendo fuisse tempore depositæ administrationis. *Galganett. lib. 3. cap. 25. n. 7. & lib. 2. tit. 26. n. 16.* per textum in *l. 1. Cod. de dividenda tutela. l. tutores. 40. §. tutoribus. ff. de administ. tutel. l. Æmilius. 54. ff. eod.*

Diximus supra, quòd beneficium ordinis non detur tutoribus non ge- 16
rentibus, si sint cum gerentibus in pari dolo, & fraude: Quæritur igitur, an etiam beneficium divisionis tutoribus, vel curatoribus denegetur, si sint in pari dolo, vel fraude? Hanc quæstionem latè tractant *Gutierez de tutel. part. 1. cap. 15. n. 20* & *Galganett. lib. 3. quæst. 26. per totum.* Ubi concludunt, quòd, si tutores, vel curatores in æquali dolo communi sint, nihilominùs ipsis concedatur beneficium divisionis, si solvendo existant; Quia mutua delicta pari compensatione tolluntur, per textum in *l. si plures, ff. de administ. tut.* dejecta opinione aliorum, qui distinguunt, an dolus consistat in faciendo, vel an consistat in omittendo. Et hanc sententiam videtur approbare articulus noster, in §. **Doch mit mit disem Underschid:** Ubi plures administrantes non aliter, nisi in portiones viriles condemnantur: Præsupponit igitur articulus, quòd illi tutores malè administrantes inter se habeant beneficium divisionis, aliàs necesse fuisset statuere, ut non quilibet pro sua tantùm parte, **für seinen Theil /** sed in solidum conveniri debeat. Sed hæc communis opinio limitatur, ut non procedat, si tu- 17
tor, vel curator non ex communi, sed ex proprio dolo conveniatur, quia tunc ei ex proprio dolo, & delicto convento leges non subveniunt, Idem *Galganett. loc. cit. n. 8.* & *Boërius decisione. 59. n. 3.* quia justum est, ut quis proprij sui delicti pœnam ferat, nec participationem in alios innocentes derivet.

Tertium beneficium est cedendarum actionum, tutor enim, vel cura- 18
tor, qui pro collega exigitur, potest à pupillo, vel minorenne petere, ut si-

bi cedantur, vel præstentur actiones, quas pupillus, vel minor contra alios contutores, vel concuratores habet. *l. 1. §. nunc tractemus, & § planè. ff. de tutel. & rationibus distrahendis. l. fin. ff. de solutionibus.*

19 Dices, ad quid hæc cessio actionum prosit, cùm præsupponamus, reliquos contutores, vel concuratores non esse solvendo, aliàs enim, si solvendo essent, tutor in solidum conventus pupillo, vel minorenni opponere posset exceptionem dividendæ actionis? Respondemus, imprimis in tutoris conventi potestate esse, an beneficio divisionis uti velit, vel non: Si igitur non utitur, sed solutionem in solidum præstare paratus sit, potest à pupillo, vel minore cessionem actionum petere. Deinde possunt contutores, vel concuratores, qui modò solvendo non sunt, suo tempore ad pinguiorem fortunam devenire, ut tutor, qui solidum solvit, cessâ actione id repetere possit, quod pro alijs contutoribus, vel concuratoribus exposuit.

20 Quid si autem pupillus, vel minor cessionem facere detrectet, vel tutor, aut curator in solidum conventus cessionem petere negligat? Respondemus: In primo casu, tutorem conventum in solidum condemnari non posse, nisi priùs cessionem actionum fecerit. *Duaren. ad tit. de administ. & peric. tut. cap. 6. §. tertia.* In secundo casu, videtur, tutorem solidum solventem sibi imputare debere, quòd cessionem actionum petere neglexerit; Fidejussori enim solidum solventi, nisi cessæ fuerint actiones à creditore, nulla datur actio contra confidejussorem. *l. ut fidejussor. 39. ff. de fidejussoribus. l. Stychum. §. penult. ff. de solutionibus*; Ergò neque tutori solidum pupillo solventi. Sed hoc non obstante, DD. communiter tutori, vel curatori solventi

21 Quartum beneficium ex æquo, & bono tribuunt, nempè utilem actionem (quam alij tutelæ, alij in factum, alij negotiorum gestorum vocant) ad consequendam portionem ab eo, pro quo solvit, *l. 2. §. si fortè. 13. ff. de tutel. & rat. dist. & l. ex facto. 30. ff. de negotijs gestis.* Sicut tamen superiùs diximus, beneficium ordinis locum non habere, si quis ex proprio,

22 vel communi dolo conveniatur, ita etiam ei, qui ex dolo proprio, aut communi in solidum condemnatus est, denegatur regulariter beneficium utilis actionis.

Oppones, nos supra tutori, qui ex communi dolo in solidum conventus fuit, contra reliquos contutores, vel concuratores in communi dolo, vel fraude exsistentes beneficium divisionis admisisse: Ergò etiam admittendum esse beneficium actionis utilis. Ad hoc respondet *Galganettus. l. 3. quæst. 26. n. 6.* quòd faciliùs concedatur beneficium divisionis, quàm utilis actionis: Quia illud tendit ad defensionem, hoc verò ad actionem: Faciliùs autem admittitur defensio, quàm ut concedatur nova actio; Ubi etiam rationem diversitatis adducit, quare doloso tutori denegetur beneficium ordinis, & non denegetur beneficium divisionis.

23 Quare autem fidejussor non habeat utilem actionem, sicut tutor, ratio est ista, quia fidejussor solvens, pro reo principali solvit, non pro confidejussore, cujus nullum negotium geritur, ut mirum non sit, si hoc nomine confidejussores neutiquam habeat obligatos. *Manz. de tutel. & curat. tit. de administ. & peric. tut. 7. quæst. 11. n. 214.* Sive, ut *Stainhausen in parat. n. 4. tit. de peric. tut.* dicit: Plurium tutorum, & correorum una est obligatio, plurium fidejussorum non item: Horum enim unus non videtur solvere contemplatione alterius, quia pro principali reo solvit, non pro confidejussore, nec ad eum obligatio principaliter spectat. Sed in duobus tutoribus tanquam correis ad utrúmque spectat obligatio: Et hæc sententia in articulo nostro recepta est, postquàm enim, in Vers: Dagegen / ut paulò antè insinuavimus, disposuit: Quòd is, qui alterius contutoris, vel concuratoris sui malam administrationem scivit, sed connivendo quasi approba-

probavit, cùm eum tanquam suspectum non denunciaverit, beneficium ordinis non habeat, & illicò in omne damnum condemnari debeat; Addit tamen in fine, ipsi integrum esse, post solutionem solidi contutorem, vel concuratorem suum malè administrantem convenire pro refusione illius, quod pro eo solvit: **Doch stehet jhme bevor/** inquit textus, **den anderen Vormunder / der also übel gehauset / alsdann umb das / was er für jhne erstatten müssen / zubeklagen.**

Sed in his obscuris verbis maximum dubium oritur, an malè administrantem in solidum, quod solvit, repetendum convenire possit? Et respondemus, quòd non in solidum, sed tantùm pro virili convenire possit. Ratio est, quia uterque, qui malè administravit, & qui malè administrantem non suspectum postulavit, in diversis quantumvis delictis, eandem pupillo, vel minorenni damnificationem intulerunt: Et consequenter etiam ad parem resarcitionem obligantur. Et hinc articulus dicit, quòd connivens repetere possit id: **Was er für den Ubelhausenden bezahlen müssen.** Quæ verba nostrâ opinione divisionem damni communis in partes viriles important: Ne aliàs, si malè agens à connivente, qui in æquali delicto consistit, in solidum conveniri posset, connivens prorsùs indemnis evaderet, quod omninò esset iniquum. 24

Hanc opinionem nostram confirmat Reformatio de Anno 1588. *Tit. 51. Art. 9.* Ubi plus non dicitur, quàm quòd connivens alterius malè administrationi teneatur cum illo, **zu gleichem Schaden /** id est, ad parem resarcitionem damni. Tametsi igitur in nostris novissimis statutis antiqua hæc dispositio fuerit mutata, & connivens in omne damnum illicò solvendum condemnatus, salvo regressu, quem per actionem utilem adversùs malè administrantem habet, tamen ex antiquo textu manifestè apparet, malè administrantem, & conniventem æqualiter obligatos esse, sive, ut articulus dicit, teneri, **zu gleichem Schaden /** id est ad æqualem damni resarcitionem: Sicut ergò ex jure antiquo connivens beneficio divisionis non fuit privatus; Ita, licèt ex novissimis nostris constitutionibus illicò in solidum conveniri, & exsequi possit, salvâ actione utili tamen id recuperare potest, quod sublato beneficio divisionis pro malè administrante solvit. 25

Cæterùm ex prædictis verbis tria deducimus, partim ad confirmanda priora: partim ad magìs declaranda. 26

Primum est: Quòd jura nostra statutaria cessionem actionum necessariam esse non arbitrentur. Ratio est, quia conniventi malam administrationem contutoris, vel concuratoris concedunt utilem actionem ad consequendam portionem malè administrantis. Ergò approbant juris communis dispositionem, quòd utilis actio solventi solidum ad consequendam alterius contutoris partem etiam sine cessione directæ actionis competat, imò, quia competit contra dolosum administratorem, multò magìs competere debet contra negligentem.

Secundum est: Quòd contutori, vel concuratori doloso, vel fraudulento non gerenti beneficium ordinis contra contutorem administrantem denegetur, tametsi is quoque in pari dolo malæ administrationis constitutus sit. Ex quo sequitur, quòd multò minùs malitiosus tutor non administrans contra alterum, qui negotia pupillaria, vel curatelaria negligenter gerit, beneficio ordinis uti possit. 27

Tertium est: Quòd beneficium divisionis inter dolosos, vel malitiosos contutores commune sit; Quia tutori non gerenti, sed malam administrationem conniventi contra malitiosum administratorem utilem actionem pro portione sua concedit, quo præsupponitur compensatio utriúsque doli, & æqualis utriúsque obligatio, quæ beneficio divisionis locum facit. 28

Interim

29 Interim singulariter notandum est, quòd tutori malitioso non gerenti contra malum administratorem beneficium divisionis non concedatur per modum exceptionis, sed per modum actionis utilis; Quia articulus expressè disponit, ut connivens illicò, statim, actutum, & sine mora omne damnum resarcire debeat, quod manifestum indicium est, ei pro portione tutoris malè administrantis exceptionem non competere, sed post solutionem solidi factam nudum beneficium utilis actionis.

30 Quæres, quid intersit, sive exceptionem, sive actionem habeat, modò suum consequatur? Respondemus, utique melius esse, causam salvam conservare, quàm ex postfacto remedium quærere. Si supponimus, utrúmque tam malè administrantem, quàm conniventem solvendo esse, inter utrúmque opposita exceptio divisionis abstrahendo à dolo, vel malitia utriúsque, divideretur actio pro æqualibus partibus: Cujuslibet autem fraus, & dolus obligat quemlibet in solidum. Et hinc superior regula, quòd beneficium divisionis locum habeat inter contutores, tantùm intelligenda est de pluribus tutoribus simul administrantibus, & rem pupilli negligentibus, hi enim propriè sunt in pari, & æquali causa, ut divisionem actionis malè ferre non possint. Casus autem noster aliter se habet, quia ponit, unum malitiosè administrantem, & alterum malitiosè conniventem, & ab administratione abstinentem. Separatum itáque cujúsque delictum est, & proinde conniventi in solidum convento, tanquam ex proprio delicto non conceditur beneficium divisionis per modum exceptionis, sed tantùm per modum actionis utilis.

31 Oppones, ex hoc sequi, quòd pupillo, vel minoriècontra liberum esse debeat, malum administratorem, quia fortè locupletior est, potiùs convenire, quàm tutorem non gerentem, & conniventem: Respondemus, tametsi articulus noster de hoc casu nihil dicat, tamen per se clarum esse, quòd ipse malitiosus administrator non minorem obligationē habeat, quàm contutor, qui eum non denunciavit, & suspectum postulavit. Propterea nihil obstare videmus, quin pupillus eum præ connivente liberrimè convenire possit: Quia ipse principalis est, & considerandus non tantùm ut tutor, sed etiam ut administrator. Articulus noster, in his ultimis verbis, tantùm denegat tutori conniventi beneficium ordinis, ergò hoc ipsò præsupponit, malè administrantem obligatum esse; Et ineptum esset, ab obligatione excusare furem, & furi conniventem plectere, **den Heller straffen / vnd den Steller machen lauffen.**

32 Sed, hæc est alia quæstio, si ipse malitiosus administrator conventus sit in solidum, an contra contutorem conniventem beneficio divisionis gaudere possit? Et respondemus, illi multò magìs quàm conniventi beneficium divisionis per modum exceptionis denegandum esse, ex ratione modò allegata, quia cujúsque delictum diversum utrúmque obligat in solidum: Sed hoc difficultatem habet, an etiam malitiosus administrator à connivente
33 per utilem actionem dimidiam portionem communis tutelæ, vel curatelæ repetere possit? Ratio dubitandi hæc est, quia administrans videtur magìs esse obligatus, utpote, quia non solùm tutor, sed etiam administrator fuit, tutor autem, qui administrat, duplicem qualitatem habet, & proinde à tutore non administrante utili actione nihil videtur repetere posse. Sed nobis contrarium salvo aliorum judicio videtur probabilius: Ratio nostra est, quia remedium utilis actionis succedit in supplementum cessionis neglectæ. Nemo autem dubitare potest, quin actio ordinaria tutelæ pupillo, vel minori contra utrúmque tam malè administrantē, quàm conniventem separatim, vel conjunctim competat, ergò, sive uni, sive alteri administranti, vel conniventi cessa fuit, ipse cessionarius contra dolosum suum contutorem, vel concuratorem eâdam pro repetenda portione contutoris, vel concuratoris

effica-

efficaciter uti poteſt ; Nunc ſubſumo : Atqui utilis actio ſuccedit in locum directæ, cujus ceſſio neglecta fuit ; Ergò etiam utrique communis eſſe debet. Quæ opinio propiùs accedit ad ſupra poſitam generalem regulam, quòd inter doloſos contutores, vel concuratores beneficium diviſionis non excludatur : Inter eos quidem, qui in communi dolo ſunt, per modum exceptionis, inter alios verò, qui ſunt in diverſo dolo, ad eandem tamen damnificationem tendente, per modum actionis. Quid ſi verò ex diverſis dolis diverſa damnificatio ſecuta fuerit ? Tunc per ſe clarum eſt, quòd quilibet teneatur ex proprio ſuo delicto.

Dices, in principio hujus articuli dictum eſſe, quòd pupillo, & minori contra quemlibet ex tutoribus, vel curatoribus detur actio in ſolidum, 34 ita ut eligere poſſit, quem velit : Quæ diſpoſitio tam juris communis, quàm ſtatutarij videtur prorsùs eſſe inutilis, indultis tot beneficijs tutoribus, & curatoribus multifariàm competentibus. Reſpondemus, tametſi beneficia tutoribus competentia, maximè beneficium ordinis, & diviſionis, poteſtatem pupillorum, vel minorennium, contra unum, vel alterum ex tutoribus liberè, & in ſolidum agendi, multùm reſtringant : Tamen vera manet regula, quòd pupillis, & minorennibus contra quemlibet ex tutoribus, & curatoribus actio in ſolidum competat, ita, ut conventus ad præſtandum ſolidum condemnandus ſit, ſi exceptionem ordinis, vel diviſionis non oppoſuerit ; Quia judex has exceptiones ex officio non ſupplet, *Gail. lib. 2. obſ. 27. n. 2. 5. & 13.* Deinde ſunt multi caſus jam ſupra enumerati, in quibus ceſſat beneficium ordinis, & diviſionis, & pupilli, vel minorennis actio in ſolidum cum effectu procedit. Uno verbo, pupillus, vel minor ipſo jure ſemper habet actionem in ſolidum contra quemlibet ex tutoribus, vel curatoribus tanquam correis : Interim tamen actio per beneficium ordinis moderatur, & per beneficium diviſionis dividitur ope exceptionis : Quod iniquum non eſt, cùm pupillorum, vel minorennium parùm interſit, ſive ſuum ab uno, ſive à pluribus conſequantur.

Ad meliorem intelligentiam hujus materiæ de beneficio ordinis, & di- 35 viſionis, & de tutoribus quibuslibet in ſolidum obligatis, quædam addenda ſunt de diviſione adminiſtrationis. Et imprimis certum eſt, ſi plures tutores, vel curatores dati ſint, in eorum voluntate conſiſtere, an omnes conjunctim adminiſtrare. *l. 3. §. 8. ff. de adminiſt. & peric. tut.* Vel, an unum, aut alterum ex ſe eligere velint, per quem, vel per quos tutela, vel curatela adminiſtretur. *l. 3. §. 6. cum lege ſequenti. ff. de adminiſt. & peric. tutorum.* Ubi Ulpianus melius, & conſultius eſſe dicit, ſi tutela per unum adminiſtretur, quàm ſi per diverſos diducta ſit : Cùm, ut ſupra jam diximus, naturale vitium ſit, ut plerúmque negligatur, quod commune eſt. *l. 2. Cod. quando & quibus quarta pars, &c.* De his igitur tutoribus, & curatoribus, qui inter ſe adminiſtrationem dividunt, vel in partes, vel in regiones. *l. 4. ff. & l. 2. Cod. de adminiſt. & peric. tut.* intelligendus eſt articulus noſter, quòd nihilominùs omnes pupillo in ſolidum ſint obligati.

Dices, nos ſupra dixiſſe, beneficium ordinis non gerenti denegari, ſi 36 alius ex ipſius mandato geſſit : Ergò, ſi à pluribus tutoribus, vel curatoribus conſtitutis uni, vel alteri adminiſtratio conceſſa eſt, reliquis non gerentibus beneficium ordinis nihil proderit, cùm gerentes ex illorum mandato adminiſtrent. Reſpondemus, hoc verum eſſe, juxta *Galganett. lib. 2. tit. 26. n. 20.* & *Gutierez. part. 1. cap. 15. n. 13.* cùm demandantes cum alijs æqualiter geſſiſſe videantur. *l. iſta tamen. §. 1. l. tres tutores. ff. de adminiſt. tut. l. 1. Cod. de tranſact.*

Debet igitur, quod benè notandum, Artic: noſter de priùs conveniendis gerentibus tutoribus, vel curatoribus, non intelligi de ijs, qui adminiſtrant ex aliorum collegarum juſſu, mandato, aut commiſſione, ſed qui ſpon-

ſponte ſua, & proprio motu ſe adminiſtrationi immiſcent; Contra hos enim, & non contra priores beneficium ordinis locum habet.

37 Si autem tutela, vel curatela inter contutores, vel concuratores à teſtatore, vel in pactis dotalibus ab ipſis contrahentibus, vel à judice in partes, vel regiones diviſa fuit, tunc alter ex alterius facto non tenetur. *l. ad eos. 2. Cod. de peric. tut. l. ſi diviſio. 2. Cod. de divid. tutel.* Ubi expreſsè dicitur, in diviſionem autem adminiſtratione deductâ, ſive à præſide, ſive teſtatoris voluntate, unumquémque pro ſua tantùm adminiſtratione conveniri poſſe, periculum invicem tutoribus, ſeu curatoribus non ſuſtinentibus. Similes textus ſunt in *l. ſi duo. 52. ff. de adminiſt. tut. & l. tres tutores. 56. §. planè. l. Lucius. 47. §. cùm in teſtamento. ff. eodem. Galganettus lib. 2. tit. 26. n. 20.* Ubi addit: Si nec à judice, nec à teſtatore tutela diviſa ſit, ſed ipſi tutores inter ſe eam invicem diviſerint, non prohibetur adoleſcens, unum ex illis in ſolidum convenire, per paulò antè dicta, quòd mandantes cum gerentibus in pari conditione ſint: Quod autem aliud ſit in tutela à patre, vel judice diviſa; Ratio eſt, quia tales tutores, & curatores in effectu contutores, vel concuratores non ſunt, cùm diviſio per teſtatorem in teſtamento, vel pactis dotalibus, aut à judice in diverſis regionibus, & partibus facta, in effectu conſtituat etiam diverſos tutores, vel curatores, ita ut cujuslibet adminiſtratio alterius curæ non incumbat. Ratio ſpecialiter redditur in dict: *l. 51. ff. de admin. tut.* quia, quantum facit in totum denegata adminiſtratio, tantundem valet, ſi in ea re, de qua agitur, denegata ſit: Sanè breviter, & magiſtraliter. Notabilem tamen exceptionem addit, dict: *l. 2. Cod. de dividenda tutela, & l. quoties. 10. §. conſtat. ff. de adminiſt. tut.* Niſi alter, qui diverſam partem adminiſtrabat, malè adminiſtrantem ſuſpectum non fecit, vel tardiùs ut ſuſpectum poſtulavit, aut in ipſa poſtulatione ſuſpecti prævaricatus fuit; Tunc enim periculum ſeparatum etiam contutorem contingit. Cujus rei ratio eſſe videtur, quia utérque tutor, tametſi inter ipſos adminiſtratio in partes per teſtatorem, aut judicem diviſa ſit, obligatus eſt, pupillo fidelitatem præſtare, illius commodum promovere, & damnum præcavere. Si igitur ſcit, alterum ſuum contutorem, licèt in ſeparata parte conſtitutum, adminiſtratione ſua abuti, & judici non denunciat, facit utique contra fidem, & obligationem ſuam: Et proinde ad reſarcitionem damni, tanquam ex proprio delicto obligatur. Sicut etiam ipſe magiſtratus ex propria culpa tenetur, ſi poſt denunciationem malè adminiſtrantem ut ſuſpectum non removit. *Galganettus loc. cit. n. 21. Perez. ad tit. Cod. de divid. tutela. n. 1. ad finem.*

Der Vierzehendte Articul.

WAnn ein Vormunder die Vormundſchafft biß zu End / oder auff die Zeit / das er deren auff gebührliche Rechnung / auß redlichen Urſachen vnnd Entſchuldigungen / die er fürgebracht / erlaſſen würdet / oder verſtirbt / ehrbar redlich vnnd mit ſchuldigen treuen / wurdet verwalten / ſolle auff ſein Verſterben / oder Abtrettung / jhme oder ſeinen Erben / nach Beſchaffenheit deß Vermögens / deß Pupillen-Standts / dann auch gehabter Mühe / durch die Pfleg-Kinder / derſelben Freund (die es dann billich ſchuldig) oder da es von jhnen / der Gebühr nach nit beſchehe / jedes Orts Obrigkeit / ein gebührende Verehrung oder Ergötzung der gehabten Mühe / Verrichtung / vnnd Sorg / gegeben / oder durch die Obrigkeit erkennt / auch

die Vormunder bey Antrettung der Vormundschafft / solcher künfftiger Verehrung vertröstet werden.

SUMMARIA.

1. *An tutoribus, & curatoribus debeatur salarium?*
2. *Quid ex consuetudine patriæ nostræ?*
3. 4. & 5. *Quæ requirantur conditiones, ut debeatur recompensa?*
6. *Et quæ quantitas recompensæ?*
7. *Quomodò propinqui, & quales recompensam tutoribus, & curatoribus determinent?*
8. *Quomodò in defectu magistratûs ordinarij?*
9. *Quæ sit proportio habenda?*
10. *An expensæ itinerum specialiter solvendæ sint?*
11. *An tutorum, & curatorum operæ?*
12. *An salaria advocatorum?*
13. *An decima pars añuorum fructuum sit excessiva recompensa?*
14. *Quid si tutores, vel curatores hujus oneris causâ legatum acceperint?*
15. *An recompensa debeatur omnibus tutoribus æqualiter?*
16. *Quid si pars bonorum sit extra provinciam sita?*
17. *Quid si administratio tutorum fuerit divisa?*

SÆpiùs dictum est, quòd tutela, & curatela sit officium publicum saltem 1 authoritate, & proinde debeat esse gratuitum: In plurimis tamen locis aliter statutum est, vel consuetudine introductum, ut tutoribus, vel curatoribus annuum salarium detur, vel certa portio de annuis reditibus relinquatur: de quo videatur *Monoz. de ratioc. administ. cap. 28. Boërius in Consuet. Burgund.* §. *11. glossa. 1. in princ. Cassanæus in Consuet. Burgund. rubr. 6.* §. *4. gl. 8. n. 1. Ant. Faber. Cod. de suspectis tutor. definit. 1. Gutierez. part 3. cap. 2. & multis sequentibus.* Ubi generaliter ponit, jure civili tutoris officium gratuitum esse, ut regulariter ratione administrationis, & laboris nihil accipere, nec petere possit. *l. à tutoribus.* §. *principalibus. ff. de administ. tutel. l. qui negotium. ff. eodem.* Ubi dicitur; Quòd nemo ex tutela lucrum facere: *l. si is. ff. de eo, qui pro tutore negot. &c.* Et quòd nemini pecunia dari debeat, ut sit tutor. *l. in eos. ff. de tutelis.* Turpe enim est, recipere salarium pro officio amicitiæ. *l. qui sine usuris. ff. de negot. gest.* Ita ut, si quid datum sit, repeti possit per condictionem ob causam, &c. *Surdus. de alimentis. tit. 6. quæst. 14. n. 17.*

Optandum quidem esset, ut juris communis dispositio adhuc hodierno tempore observaretur in universo mundo, cùm ex ejusmodi perversis consuetudinibus, ut graviter conqueritur *Perezius ad titulum de admin. tut.* orta fuerit tutelarum, & curatelarum pessima nundinatio, ita ut quilibet ineptissimus in pupillorum, & minorennium maximum detrimentum se tutelis, & curis ultrò intruserit: Cùm secundùm diversorum locorum consuetudinem, vel 10. vel 20. partem fructuum, imò in quibusdam locis omnes fructus ultra alimentationem pupilli, vel minoris superfiuos, vel certè pinguia salaria lucrentur.

In nostra patria juxta præsentis articuli nostri dispositionem mediâ viâ 2 proceditur, quod pro differentia à jure communi notari potest, ut pro ad- *Diff.* ministratione tutelæ, vel curæ quidem nulla merces certa, aut fructuum portio debeatur: Interim tamen, ne labor, & sollicitudo, quæ tutoribus, & curatoribus incumbit, sit prorsùs inanis, & sine recognitione, constituitur, ut illis aliqua decens recompensatio locò honorarij detur.

Requiruntur tamen sequentes conditiones: Primò, ut tutor, vel cu- 3 rator in administratione tutelæ, vel curatelæ permaneat usque ad finem: Ratio est, ne per crebram mutationem tutorum, vel curatorum pupilli, vel minorennes ejusmodi recompensis, & honorarijs nimium graventur.

Si tamen justa causa interveniat, ut tutor, vel curator dimissionem impetrare possit, pro quota, & rata temporis, quo administravit, ei recompensa, sive honorarium denegari non debet.

4 Idem secundò dicendum est, si tutor, vel curator antè finitam tutelam, vel curatelam mortuus fuerit: Quia tunc hæredibus ejus recompensa honoraria pro rato temporis debetur.

5 Tertium tamen requisitum est, ut finitâ tutelâ, & curatelâ, sive propter ætatem pupillorum, & minorennium, sive per dimissionem ex justâ, & legitima causa impetratam, sive per mortem, priùs præstentur rationes, & reliqua solvantur: Antequam enim quis remunerationem, & honorarium petere possit, constare debet, quòd illud meruerit, constare autem non potest, nisi redditis rationibus, illísque fideliter calculatis, & justificatis.

6 Quartò, quantitas ejusmodi recompensæ, sive honorariæ remunerationis remittitur ad determinationem propinquorum, & consanguineorum: Præcipuè verò ipsorum pupillorum, & minorennium. Quod sic intelligendum est: Si post ætatem virilem tutela, & curatela finita esse præsupponatur, tunc pupilli, & minorennes sui juris effecti etiam sine consilio propinquorum, & consanguineorum determinationem honorarij facere possunt. Si autem tutela finita sit antè majorennitatem, per mortem, vel dimissionem unius, aut alterius ex tutoribus, aut curatoribus, utique determinatio propinquis, & consanguineis incumbit.

7 Et hæc dispositio quintò, nostra opinione non tantùm complectitur propinquos, & consanguineos nobilium personarum, ut supra de constitutione tutorum ad *Artic. 2.* diximus, sed etiam propinquos, & consanguineos vulgarium, & plebejorum hominum. Ratio est, quia nemo magìs dijudicare potest, quid tutores, vel curatores meruerint, quàm ipsi propinqui, & consanguinei, quibus persona pupilli, vel minorennis, & eorum bona, sive facultates optimè perspectæ sunt: Et quia propinquis, & consanguineis spes successionis manet, dubitandum non est, quin in pupillorum, & minorennium, imò in proprium suum in commodum ultra justum modum largi futuri non sint.

8 Si autem sextò, neque pupilli, aut minorennes, neque propinqui, aut consanguinei quantitatem recompensæ, aut honorariæ remunerationis determinare velint, aut determinent quidem, sed citra satisfactionem tutorum, aut curatorum, res ad arbitrium ordinarij magistratus remittitur.

9 In omni tamen casu septimò, sive determinatio fiat à majorennibus, vel pupillorum, aut minorennium propinquis, aut consanguineis, sive à judice, observanda est proportio laboris, curæ, & sollicitudinis tam quoad personas pupillorum, & minorennium, quàm quoad eorum bona, & administrationis facilitatem, vel difficultatem. Per se enim clarum est, ut, si tutela, vel curatela sit intricata, diffusa, multis litibus implicita, tutores, vel curatores majorem remunerationem mereantur, quàm si fuerit plana, ut potuerit domi post fornacem expediri.

10 Octavò tamen in recompensam, sive honorariam remunerationem imputandum non est, si tutor, vel curator peregrè proficiscendo ad curanda negotia pupilli expensas fecerit, quia illæ non fiunt pro ejus lucro, sed pro indemnitate: Modò sint moderatæ, ut jam supra explicavimus, scilicet statui proficiscentis convenientes. *l. 1. §. si pupillus. ff. de tutel. & rati. distrah.* Si autem fuerint immodicæ, utpote quas tutor, vel curator in propria causa non fecisset, rectè ab ejus recompensa, vel remuneratione deducuntur. *Gutierez. de tutelis. part. 3. cap. 2. n. 2. & n. 18.*

11 Sic nonò, si rusticus, aut agricola proprijs manibus, & pecoribus, prædium pupilli, vel minoris aret, vindemiam colat, triticum, & fru-

ctus

ctus arborum colligat : Item, si artifex, vel opifex murarius, V. G. scrinarius, vel alius quicunque pupilli, vel minoris sibi commissi res reficiat, debetur illis justa merces, & in recompensationem administrationis imputari non potest, Idem *Gutierez. loc. cit. n. 19.*

Decimò, apud nos frequentissimum est, ut in constituendis tutelis, 12 vel curatelis Illustrium, & nobilium familiarum adjungatur reliquis tutoribus unus ex advocatis, qui lites exerceat, cùm res ita constituta sit in patria nostra, ut illi, qui bona immobilia possident, propter invidiam vicinorum sine litibus esse non possint. Plerùmque igitur his advocatis tanquàm contutoribus, aut concuratoribus, vel aliquid certi locò annui salarij constituitur, vel libertas conceditur, ut pro judicialibus scriptis, & occupationibus exigere possint recompensationem honestam, & congruam, quam recepturi fuissent, si ipsi defuncto servitia sua præstitissent ; Quod juri, & rationi convenit.

Si quis undecimò quærat, quomodò post ætatem virilem ab ipsis mi- 13 noribus, vel alio casu emergente ab ipsis propinquis, & consanguineis, aut à judice, vel magistratu ordinario recompensa, sive honorarium mensurari debeat ? Respondemus, hoc præcipuè dependere à qualitate tutelæ, vel curatelæ, an multum, vel parùm laboris, & sollicitudinis requirat. Consiliarij legislatoris, consuetudinem Regnorum Hispanicorum, ubi tutoribus pro recompensatione decima de fructibus pupillaribus, vel minorennium conceditur, justam, & moderatam esse censuerunt. Et nostra quidem opinione non malè, nam, si præsupponas, pupillum, vel minorennem patrimonium habentem, quod se ad 40000. florenorum extendit, & duo millia annuorum redituum ferat, certè ducenti floreni pro annuo labore non videntur esse excessivi : Quia tamen eorum opinio à legislatore non fuit recepta, ideò determinatio consistit finaliter, si res inter tutores minores, & eorum consanguineos amicabiliter componi non possit, in arbitrio magistratus ordinarij.

Si autem duodecimò, à patre testamentarijs tutoribus constitutis, vel 14 à minorennibus post virilem ætatem ijsdem aliquod legatum relictum fuerit, id ad supplendam recompensationem, sive honorariam remunerationem imputandum est ; prout hanc quæstionem *Gutierez. part. 3. cap. 5. per tot.* latissimè explicat, quò Lectorem remittimus.

Decimò tertiò quæstio est, an recompensa, vel honorarium debeatur 15 omnibus tutoribus æqualiter ? In hac quæstione concludit *Gutierez. de tutelis, & curis. part. 3. cap. 13. per totum*, quòd tutori non gerenti nihil debeatur, sive spontè ab administratione abstinuerit, sive ex legitima causa (nisi fortè pupilli, vel minoris nomine) abfuerit, vel etiam infortunio impeditus, aut ab administratione, vel à magistratu, vel à contutoribus, aut concuratoribus per spontaneam, & liberam electionem exclusus fuerit: Ratio hujus rei clara est, quia non laboranti nulla debetur merces, aut recompensa. Quando autem plures tutores simultaneè administrârunt, ipsis non debetur nisi unum honorarium, communiter inter eos pro rata dividendum. Idem *Gutierez. cap. 16. per totum.*

Decimò quartò quæstio est, si bona pupillaria, vel minorennium pro 16 parte sita sint extra Provinciam, ubi administratio tutelæ, vel curatelæ debet fieri gratìs, annè etiam commensuratio recompensæ, aut remunerationis secundùm illam consuetudinem facienda sit ? Ad quod respondemus, tametsi potestas tutoris pupillo dati se de jure communi etiam extendat ad bona extra Provinciam, & ubicùnque sita, quia tutor datur principaliter personæ, & ejus administratio per accidens extenditur ad bona ubicùnque sita ; Tamen, quia hæc dispositio juris communis notoriè in desuetudinem abijt, cùm quilibet dominus territorij pupillis, & minorennibus speciales tutores,

vel curatores constituat: Ideò dicendum est, quòd tutor, vel curator in Bavaria constitutus ratione bonorum alibi sitorum, ubi speciales tutores, vel curatores constituti sunt, justè in Patria nullam remunerationem prætendere possit, sibi enim imputare debet, quòd rei ad se non pertinenti se immiscuerit. *Gutierez. loc. cit. quæst. 44. per totum.*

17 Prout decimò quintò in eo casu, quo tutela, vel per testamentum patris, pacta dotalia, vel per judicem divisa est, etiam divisum esse debet honorarium pro rata, & quota administrationis, & unus ex alterius parte nullum utile sibi appropriare potest, cùm etiam nullam administrationis partem communem habeat.

Der Fünffzehendte Articul.

Es mag kein Vormunder oder Versorger / in der Zeit der Vormundschafft / die Haab oder Güter / der er Vormunder ist / weder durch sich selbst / noch durch ainig andere Mittels-Persohn kauffen. Es werde jhm dann solches durch die Obrigkeit wissentlich vergunt / Oder auß Befelch derselben / der Pfleg-Kinder fahrende Haab / offentlich durch geschworne Keuffel / männiglichen feil gebotten vnd verkaufft.

SUMMARIA.

1. *An, & quomodò tutores cum pupillis contrahere, aut res eorum sibi acquirere possint?*
2. *Quid sit palàm, & bona fide contrahere?*
3. *Quæ sit distinctio inter alienationem mobilium, & immobilium?*
4. *Quid decretum judicis ad talem alienationem continere debeat?*
5. *An in alienatione cum tali decreto nihilominùs requiratur contutoris authoritas?*
6. *Quomodò vendantur mobilia pupillaria?*
7. *An tutor, vel curator bona pupillorum, vel minorennium sub hasta venalia emere possit?*
8. *Quid si post tutelam finitam inter tutorem, & pupillum alienatio fiat?*
9. *Quid si antè confirmationem?*
10. *Quid si talis alienatio juramentô fuerit confirmata?*
11. *Quid si autem minor in tali contractu jurato læsus fuerit, an restituatur in integrum?*

1 DE jure communi tutores, & curatores regulariter non possunt emere rem pupilli sui, vel adulti. *l. si in emptione. 34. §. fin. ff. de contrah. empt. l. licèt. ff. eodem.* neque per se, neque per interpositam personam. *l. pupillus. 5. §. sed per. ff. de authorit. tut. Gutierez. de tutelis, & curis. part. 2. cap. 15.* Nec ullum alium contractum inire. *Galganettus. lib. 3. quæst. 55. n. 1.* Cùm nomine emptionis omnis alienationis species, & contractus, per quos dominium transfertur, contineatur. *Gutierez. loc. cit. n. 2.* Nisi id fiat palàm,
2 & bona fide. *l. cùm ipse. 5. Cod. de contrah. empt.* Quid autem sit palàm, & bona fide contrahere? DD. inter se dissident: Quidam putant, sufficere, si unus ex tutoribus, vel curatoribus contrahat cum pupillo, vel minore, authoritate contutoris, vel concuratoris accedente. Quidam autem existimant, id palàm, & bona fide fieri, quod fit intervenientibus pupilli, vel minoris consanguineis, & propinquis. Potior pars hæc duo copulativè requirit, ut simul contutoris authoritas, & judicis decretum accedat, ut vi-
3 dere est apud dictum *Gutierez. & Galganett. loc. cit.* Articulus noster distinguit inter res mobiles, & immobiles: In rebus immobilibus, nec authori-

thoritas contutoris, vel concuratoris, nec propinquorum, & consanguineorum interventus sufficit, sed decreto judicis opus est, quia, ut supra jam diximus, alienatio bonorum immobilium pupilli, vel minoris sine decreto judicis facta prorsùs inutilis, & nulla est. Sed in alienatione, quæ fit in unum ex contutoribus, vel concuratoribus, decretum judicis, quod simpliciter continet, rem ob necessitatem, vel utilitatem pupilli, aut minoris alienari posse, sufficiens non est, debet enim hoc in se continere, 4
ut alienatio specialiter in unum ex tutoribus, vel curatoribus fieri possit, ut omnis fraus, & collusio, quæ inter contutores facilè fieri potest, eò magìs cohibeatur, & excludatur. Cùm enim alienatio rerum immobilium ad pupillos, vel minorennes spectantium duplicem respectum habeat, quatenùs prohibita est fieri in communi, & quatenùs specialiter prohibita est fieri in unum ex tutoribus, vel curatoribus; Utique sequitur, si decretum de hac speciali qualitate rei in tutorem, vel curatorem alienandæ nihil contineat, illud ad tutores, vel curatores extendi non posse. Certè, si tutor, vel curator decretum à judice ad rem alienandam in genere tantùm interpositum, etiam pro suo commodo interpretari velit, non videtur, negotium palàm, & integrâ fide gerere, ut requirit. *l. 5. Cod. de contrah. empt.*

Sed quid si in decreto judiciali expressa, & specifica licentia data fuerit, ut res pupillaris immobilis etiam uni ex tutoribus, vel curatoribus vendi possit, estné alterius contutoris consensus, & authoritas similiter necessaria? De hoc articulus noster nihil dicit, quia tamen paulò antè diximus, quòd de jure communi decretum judicis, & concuratoris authoritas copulativè sint necessaria, ideò nullam rationem videmus, à prædicta opinione recedendi: In omni enim actu tutelari, vel curatelari tutoris, vel curatoris authoritas necessaria est, ut priùs explicavimus, ergò multò magìs necessaria est, quando agitur inter pupillum, vel minorennem, & unum ex tutoribus, vel curatoribus, quia majus periculum circumveniendi pupillum, vel minorem subest, quàm si agatur inter pupillum, aut minorennem, & tertium prorsùs extraneum. Deinde judex, qui consensum dat ad rem alienandam in contutorem, vel concuratorem, ipse non alienat, ergò actus alienationis contutori incumbit, cùm pupillus, vel minor integram personam non habeant, ut explicavimus *ad Art. 9.* Denique DD. de jure communi tantùm in hoc subsistunt, an non contractus inter tutorem, vel curatorem, & inter pupillum, vel minorennem cum contutoris, vel concuratoris authoritate initus valeat, sine judiciali decreto? Quod articulus noster clarè decidit, ut nullius valoris sit, nisi etiam ordinarij magistratus scientificus consensus, & approbatio accedat. **Es werde dann jhme durch die Obrigkeit wissentlich vergunt.** Nam de auctoritate contutoris adhibenda nulla fuit dubitatio, cùm aliàs ex juris dispositione in omni actu sit necessaria. Nullam igitur hìc facimus differentiam inter jus commune, & jus nostrum statutarium, sed ad validitatem contractûs inter tutorem, vel curatorem, & pupillum, vel minorennem super re immobili, tam contutoris, vel concuratoris consensum, & auctoritatem, quàm ordinarij magistratus specialem decreti interpositionem copulativè requirimus.

Quod attinet ad bona mobilia pupillorum, vel minorennium, plerúmque moris est, ut ex jussu magistratus ordinarij per publica proclamata proponantur venalia, & plus licitanti vendantur, ut diximus ad *Processum Edictalem Artic. 3. Tit. 1.* Si igitur unus ex tutoribus, vel curatoribus in tali publica proclamatione sub horrida voce præconis se pro emptore declarat, & sic palàm ac bona fide pupilli, vel minoris suæ fidei commissi bona immobilia comparat, actus, & contractus est omninò validus, accedit enim contutoris, vel concuratoris authoritas, & ordinarij magistratus consensus, 6

& ap-

& approbatio; Nec ulteriùs requiritur, ut ſpeciale decretum pro ipſo tutore emente interponatur.

7 Quid autem dicendum, ſi ponamus, bonum aliquod immobile pupillorum, vel minorennium ex decreto judicis venale fieri, & publicè proclamari, annè tutori, vel curatori plus licitanti ſine ulteriori judicis conſenſu, & approbatione addici poſſit? Et affirmativè reſpondemus; Cùm enim totus actus publicæ proclamationis, & ſubhaſtationis ab ordinario magiſtratu fieri debeat; hoc ipsò tutor pluris licitans magiſtratûs approbationem habet, cùm ipſi addictio judicialiter fieri debeat. Et hæc eſt propriè illa forma, quæ juxta *l.* 5. inter tutorem, & minorennem accedente authoritate contutoris, vel concuratoris contractum tanquam palàm, & bona fide actum juſtificat.

8 Addit articulus, quòd contractus inter tutorem, & pupillum, vel curatorem, & minorennem fieri non poſſit tempore durantis tutelæ, vel curatelæ: In der Zeit der Vormundſchafft / quando enim tutor, vel curator, poſt majorennitatem, vel dimiſſionem ex juſta cauſa impetratam, adminiſtrationem depoſuit, rationes reddidit, & reliqua ſolvit, tunc non impeditur, uti quilibet alius extraneus, cum pupillo, vel minore contrahere. *l. tutores. ff. de authorit. tut. & l. cùm ipſe. Cod. eodem.* Quod etiam extendunt ad tutorem, vel curatorem in teſtamento datum, pactis dotalibus conven-
9 tum, à nobilibus conſanguineis electum, vel à judice conſtitutum, ut ſcilicet jus habeat, cum pupillo, vel minore contrahendi, antequàm confirmatus, vel ei adminiſtratio decreta fuit. *Galganett. loc. cit. n. 6.* Quod nos admittimus, ſi præſupponas, pupillum, & minorennem non fuiſſe indefenſum, ſed priùs jam alio tutore, & curatore proviſum.

10 Ultimò denique, contractum inter minorem, & curatorem ſine decreto judicis, & concuratoris authoritate initum validum eſſe contendunt, ſi minor eum juramento confirmavit, per rationem ſæpiùs allegatam, quòd de jure canonico regulariter omnes contractus invalidi per juramentum convalidentur, eò quòd omne juramentum ſervandum ſit, quod ſine diſpendio ſalutis æternæ ſervari poteſt.

11 Quid ſi autem minor in tali contractu læſus ſit? An, & quatenùs abſolutionem à juramento, & reſtitutionem in integrum petere poſſit, videatur *Molina de juſtitia, & jure tract. 2. diſp. 224. & ſeq. Gutierez de juramento confirmatorio. part. 1. cap. 40. & de tutel. part. 2. cap. 15. n. 21.* quò Lectorem remittimus. Interim tamen *Galganett. loc. cit. n. 8.* pulchris rationibus probat, quòd donatio a minorenne curatori ſuo facta etiam juramento firmata non valeat: In quibus exponendis nolumus eſſe prolixi, cùm hæc materia potiùs ad Theologos, & Canoniſtas, quàm ad juris noſtri ſtatutarij interpretationem pertineat.

Der Sechzehendte Articul.

WAnn der Vormunder oder Verſorger / zu der Zeit er die Vormundſchafft oder Verſorgnuß annimbt / nit Meldung thuet von ſeinen Schulden oder Forderungen / die er wol gewüſt hat / ſo jhme ſeiner Pfleg-Kinder Eltern oder Vorfahrn ſchuldig ſeyn ſollen / der mag darnach ſolche Schuld oder Forderung nit mehr üben / noch erforderen / ſonder dieſelb iſt damit gefallen vnd abgeſtellt. Was aber in der Zeit ſeiner Vormundſchafft oder Verſorgnuß redlicher Schulden gemacht worden / die mag man in Rechnung legen / auch bezahlen vnd außrichten / als ſich gebührt vnd billich iſt.

SUM-

SUMMARIA.

1. & 2. An creditor, vel debitor pupillorum, aut minorennium tutor, aut curator esse possit?
3. Quarè articulus noster tantùm loquatur de tutore creditore, & non de curatore debitore?
4. Quid si minorennis solutionẽ fateatur factam fuisse?
5. Quid si solutio in minoris utilitatem fuerit conversa?
6. An necessarium sit, ad hanc pœnam incurrendam, ut debitor, & creditor sciverit, se talem esse?
7. Quid si ignoraverit?
8. Quid si ex post facto primùm emerserit?
9. An curator superadditus censeatur esse curator tantùm ad litem, vel ad totam administrationem curatelæ datus, & constitutus?
10. Quis hac in parte pro debitore, & creditore habendus sit?
11. An etiam is, qui rem communem cum pupillo, vel minorenne habet?
12. An hæc novella comprehendat omnem tutorem?
13. Quid de tutore testamentario?
14. Quid si pater tali tutori in testamento suo legatum reliquerit?
15. Quid si tutor cum inquisitione datus creditor, vel debitor fuerit?
16. An modicitas debiti, vel crediti à pœna hac excuset?
17. An hæc etiam locum habeant in curatoribus furiosi, & similibus?

TRactatur in hoc articulo de creditore, & debitore pupilli, vel minorennis. Et quidem jure antiquo Codicis creditores, seu debitores pupillorum, vel minorum non prohibebantur tutores, vel curatores esse, neque ex eo, quòd essent creditores, vel debitores, poterant se à tutela, vel cura excusare, sed eis dabatur particeps in munere. *l. neque. 7. Cod. de excus. tut. & l. 8. Cod. qui dare tut. vel curat. possunt.* Jure autem novissimo, si creditor pupilli, vel minoris tutelam, vel curam suscipiat, cadit ab actione, quam habet contra eum: Debitor autem solutione non liberatur, nec ullam cessionem actionis suscipere potest: *Galganett. lib. 1. tit. 7. n. 19.* Et in hoc articulus noster convenit cum *Novella. 72. cap. 1. ubi capite. 4.* hæc pœna additur, *Si tutor, vel curator se debitorem, vel creditorem esse sciverit, & ab initio tacuerit*, inquit Justinianus, *sciat, se omni actione adversùs minorem, si vera fuerit, casurum, propter hoc, quòd ex studio adversùs hanc nostram legem firmetur; Et si quis apertè obligatus exsistens tacuerit, sciat etiam iste, quia sustinebit pœnam, quòd non possit redhibitionibus, aut alijs solutionibus debiti se immiscere tempore curationis forsan arte compositis. Perez. ad tit. C. qui dare tutores, vel curatores possunt.* Ubi verba hujus Novellæ. *n. 4.* clariùs reddit: Dicens, quòd creditor patiatur jacturam actionis, si dissimulato credito, pro tutore se gerat, debitor verò nullitatem solutionis, si dissimulata obligatione idem attentet. 1

Et, quamvis *dict. Novella. cap. 4.* solùm loquatur de curatore minoris, qui tanquàm creditor, vel debitor se curatelæ immiscuit, tamen idem & multò magis dicendum esse de pupillo, ipsa ratio suadet: *Cùm utique*, ut ait Imperator in *cap. 1.*, *homo ad malitiam semel deditus res pupillorum magis quàm minorum profundere, & ad suum commodum, utpote per administrationem quasi dominus rerum pupillarium effectus, convertere, & detorquere possit.* Et hinc est, quòd articulus noster dissiunctivè, von den Vormunderen / id est tutoribus, oder Versorgeren / id est curatoribus loquatur, & ipsa præfatio hujus Novellæ de minoribus, sive puberibus, & impuberibus concepta sit, ad demonstrandum, idem juris esse de tutore, quàm de curatore creditoribus, aut debitoribus. Vid. *Gutierez. loc. cit. n. 3.* 2

Deinde secundò, articulus noster tantùm disponit de tutore, vel curatore creditore, von den Vormunderen vnnd Versorgeren / die ein Vormund- 3

schafft oder Versorgnuß annemmen / von jhren Schulden oder Forderungen aber kein Meldung thuen / & nihil dicit de tutore, vel curatore debitore : Quia tamen *Nov. 72.* utrúmque complectitur, non dubitamus, quòd etiam debitor se ad tutelam, vel curatelam sine mentione, quòd debitor sit, immiscens, juxta dispositionem dictæ Novellæ hanc pœnam patiatur, ut solutionem, & satisfactionem sine vitio nullitatis recipere non possit.

4 Quid si autem pupillus, vel minorennis tamen fateatur solutionem factam esse? Respondetur, cùm solutio nulla sit, sive obligatio fuerit alicujus rei specificæ, sive in pecuniæ quantitate, nihilominùs tutor, vel curator debitor manet obligatus.

5 Quæres, an tutor, vel curator non saltem in eo casu, quando probare potest, se rem specificam, vel pecuniam, quam minorenni debuit, solvisse, & NB. eam in utilitatem minoris durabiliter conversam esse, exceptionem doli habeat, si minor post ætatem perfectam eam adhuc semel repetat? Ratio dubitandi est, quia jam supra diximus, curatorem creditorem amittere jus crediti, si tempore susceptæ administrationis se creditorem esse non monuerit, ergò etiam reciprocè curator debitor, tametsi reverà solverit, solutione semel tanquam nulliter facta, pro pœna ad ejus repetitionem debet esse obligatus. Sed reverà nos contrariæ, & hujus opinionis sumus, *Novellæ. 72. cap. 4.* hunc solummodò sensum esse, ut curatori debitori realiter solventi ad ulteriorem petitionem rei solutæ sola denegetur exceptio solutionis : Per rationem, quia curationis tempore facta, videtur quasi arte composita, ut loquitur textus, id est, præsumitur falsa, & simulata, cùm, ut verba *cap. 1.* habent, talis curator facilè cautiones subfurari, & probationis instrumenta corrumpere possit. Præsupposito igitur, in contrarium constare, quòd solutio bona fide ex integro facta sit, utique iniquum est, ut eam minor adhuc semel repetat, cùm præsumptio cedere debeat veritati. Locò ergò exceptionis rei solutæ, opponitur ei exceptio doli, cùm justitia non patiatur, ut etiam pupillus, aut minor rem eandem cum damno adversarij dupliciter consequatur. Ex quo apparet, quòd inter creditorem, & debitorem, qui se tutelæ, vel curatelæ immiscuerunt, magna differentia sit, cùm creditor cadat actione, debitor verò solâ exceptione solutionis privetur, nullibi autem invenitur statutum, ut non, post legitimas probationes rei semel in veritate solutæ, opponi possit exceptio doli : Et hæc fortè causa est, quòd articulus noster tantùm de tutore, vel curatore, qui creditor est, & non de tutore, vel curatore debitore loquatur.

6 In utróque verò creditore, & debitore, ad hoc, ut ille privetur actione, hic verò exceptione solutionis, requiritur tertiò, ut tempore constitutæ tutelæ, vel curatelæ sciverint, se debitores, vel creditores esse ; Quia, ut Novella *dict. cap. 4.* loquitur, hanc pœnam merentur propterea, quòd ex studio adversùs hanc legem firmentur, id est, quòd studio huic dispositioni contraveniant. Si igitur non ex studio, proposito, malo animo, & dolo, sed ex ignorantia contraveniant, tam duram pœnam non merentur.

7 Dices quartò, quid ergò tunc faciendum, si creditor, vel debitor tutelam, vel curatelam ignoranter suscepit? Respondetur, quòd ei particeps muneris adjungendus sit : Quia, ut jam supra diximus, antiquitus debitores, & creditores non prohibebantur quidem esse tutores, vel curatores, tamen eis debuerunt participes muneris adjungi ; Ergò etiam in casu, quo tutelam, vel curatelam bona fide subierunt, sed postmodùm demum susceptæ tutelæ, vel curatelæ creditores esse reperti sunt, ab administratione deponi non possunt, sed eis adjunctio quædam facienda est, in quam nulla sinistra suspicio cadere potest.

Sicut

Sicut, pro quinto, dicitur de debito, vel credito, quod tempore susceptæ administrationis in rerum natura non fuit, sed postmodùm primùm durante tutela, fortè ex hæreditate pupilli, aut minoris superveniente, aliàve de causâ emerſit; Quòd debeat tutori, vel curatori debitori, aut creditori alius concurator adjungi. *dict. Novella. 72. cap. 2. Auth: minoris. C. qui dare tut. poss.* 8

Verùm sextò, talis curator superadditus non censetur tantùm ad litem, quam talis tutor, vel curator debitor, aut creditor cum pupillo, vel minore habet, sed simpliciter ad totam administrationem datus. *D. Rath. in dissertatione sua sæpiùs cit. assert. 52. litt. C.* Ratio est, quia tutor, vel curator debitor, vel creditor non tantùm in hoc speciali actu, qui debitum, vel creditum concernit, sed etiam in alijs suspectus est, & proinde concuratoris adjunctio se ad totam administrationem extendit. 9

Notandum est septimò, debitorem esse non tantùm illum, qui pupillo, vel minori ex contractu, vel quasi obligatus est, sed etiam, qui rem pupilli quoquo modo detinet, vel possidet: *Auth: minoris debitor. Cod. qui dare tutores, vel curat. poss. Molin. de Just. & Jure. tract. 2. disput. 221.* Nec obstat, hoc in articulo nostro non comprehendi. Respondemus enim, cùm ex paulò antè dictis articulus de debitore non minùs ac creditore intelligendus sit, tametsi debitoris nullo modò mentio fiat, cùm jus commune non censeatur correctum, nisi id expresſè dicatur, necessariò sequi, quòd secundùm *dict. Auth: minoris* etiam ille pro debitore habendus sit, qui rem pupilli, vel minorennis tenet, aut possidet; Juxta doctrinam *Gutierez. part. 1. cap. 20. n. 4.* Ubi legem Regiam Hispaniarum ad tutorem, & curatorem rem pupilli, vel minoris detinentem, & possidentem extendit, tametsi lex Regia hoc non comprehendat. Et hujus rei ratio est, quia etiam possidens rem alienam verus debitor est, & ad ejus restitutionem obligatus, deindè semper durat præsumptio doli, & infidelitatis, quòd talis tutor, vel curator, ut à rei restitutione liberetur, administrator rerum pupillarium, vel minorennium effectus, documenta sit subfuraturus, vel corrupturus. Et hoc procedit etiam in tutore, vel curatore rem communem 10
11 cum pupillo, vel minore habente, & possidente: Quia eadem interversionis instrumentorum suspicio subest. Idem *Gutierez. loc. cit. n. 5.*

Notandum est octavò, quòd dispositio *Novellæ. 72.* comprehendat omnem tutorem testamentarium, legitimum, & dativum: Exceptâ solâ matre, & aviâ, juxta Auth: *ad hæc. Cod. quando mulier tutel. offic. &c. & Novell. 94. cap. 1. Galganett. lib. 1. tit. 7. n. 20. & lib. 3. quæst. 34. per totum.* 12
Quod *Gutierez. loc. cit. n. 11.* etiam ad Patrem, & avum maternum extendit, propter affectionem, quæ in hujusmodi personis omnem sinistram suspicionem excludit. Quæ tamen extensio ad fratrem porrigi non debet, cùm juxta Poëtam rara sit concordia fratrum. *Gutierez. dict. n. 11. ad finem.* In testamentario tutore DD. communiter distinguunt, an testator, qui tutorem reliquit, sciverit, ipsum esse debitorem, vel creditorem pupilli, vel ignoraverit? Si scivit, tutor esse potest, quia fides ejus videtur esse approbata, si autem ignoravit, cessat approbatio fidei, & consequenter tutor esse non potest. *Gutierez. dict. loc. n. 6. per totum.* 13

Ex quo sequitur, si pater tutori à se constituto legatum reliquerit, licèt ratione legati fiat creditor pupilli, tamen tutor permanere possit, eò quòd ipsius fides ex concessione legati approbetur: Esset enim ineptum, scribendo tutorem, ei una manu aliquid dare, & relinquendo legatum altera manu iterum adimere. Non tamen necesse est, ut semper ex testamento constet, patrem de tutoris debito, vel credito notitiam habuisse; cùm etiam ex alijs adminiculis scientia probari possit, tametsi ignorantia potiùs quàm scientia præsumatur. *Galganett. lib. 3. quæst. 34. n. 6. & seqq.* Loquitur 14

tur quidem Gutierez de solo tutore in testamento dato, quia verò nos supra probavimus, etiam curatorem secundùm statuta nostra Bavarica in testamento, imò in omni ultima voluntate à patre dari posse, convenienter dicendum est, etiam curatoris fidem, si in testamento, aut alia dispositione ultimæ voluntatis datus fuerit, approbari, & proinde articuli nostri dispositionem cessare.

15 Sunt etiam quidam DD., qui tutorem, vel curatorem dativum non minùs à pœna *Novellæ. 72.* quàm testamentarium eximant, si datus fuerit cum inquisitione. *Ritersh: in expositione Novell. part. 8. cap. 4. n. 15.* Sed hoc non aliter, nisi cum priore distinctione admittimus, an scilicet judici ex inquisitione innotuerit, tutorem, vel curatorem datum, creditorem, vel debitorem esse, vel non innotuerit: In primo casu, censetur ejus fides à judice approbari, & tutor, vel curator in dolo esse præsumi non potest, quem magistratûs jussus, & imperium excusat: In secundo casu, si judex ex inquisitione nullam notitiam habuit, tutori, vel curatori incumbit, ut se debitorem, vel creditorem denuntiet, aliàs à pœna *Novellæ 72.* non excusabitur.

16 Notandum tamen nonò, quòd etiam modicitas debiti, vel crediti excuset à dispositione *Novellæ. 72. Gutierez. loc. cit. n. 13. Molin. tract. 2. disput. 221. n. 11.* Ratio est, quia in modico debito, vel credito tam facilis suspicio fraudis, & doli esse non potest. Qualis autem quantitas esse debeat, ut debitum, vel creditum dici possit modicum, id arbitrio judicis relinquendum est, juxta *Menoch: de arbitrar. Judic. lib. 2. cent. 196.* Ubi ex mente *Baldi ad Auth: minoris. Cod. qui tut. dare poss.* debitum magnum, vel parvum æstimandum esse putat respectu interesse comunis, non autem singularis, id est respectu habito non ad pupillum solum, sed etiam ad tutorem, vel curatorem creditorem, aut debitorem, quod non improbamus. Quin autem non major respectus faciendus sit ad ipsum tutorem, & curatorem, quàm ad pupillum, nemo mihi inficiabitur: Quis enim judicabit, hominem probum, bonæ fidei, & famæ, locupletem, vel saltem alterius ope non indigentem, propter modicum creditum, aut debitum conscientiam suam ita oneraturum esse, ut alicujus doli, & infidelitatis argui possit? Quæ suspicio ex dispositione *Novellæ. 72.* tam gravem pœnam induxit. Nostra itaque opinio est, arbitrium judicis non ad personam pupilli, vel minoris, sed ad personam tutoris, & curatoris commensurandum esse, ut parcatur ejus famæ, & existimationi, quæ viro sincero, & bono subinde omni substantia carior est. Et hinc cum *Gutierez. loc. cit.* nullo modo approbare possumus, quòd lis inter pupillum, & minorennem atque illius tutorem, vel curatorem etiam super modico pendens dispositioni Justinianeæ in *Novella. 72.* locum faciat: Ex ea ratione, quòd qualitas ista non sit desumenda ex lite, quam aliqui satìs ineptè etiam in re modica magni momenti, & præjudicij faciunt, sed ex persona tutoris, vel curatoris, de cujus existimatione, & fama agitur. Nisi fortè hanc doctrinam velis applicare ad rusticos, & oppidanos, qui, ut jam alibi conquesti sumus, pro negotio minimi momenti fortè super parte fundi vix pedali, aut palmari malunt ex temeritate, & contumacia impendere substantiam prædij, quàm in hylo cedere.

17 Omnia autem, quæ hîc diximus de tutore, & curatore creditum, vel debitum habentibus adversùs pupillos, vel minorennes, etiam locum habent in curatoribus furiosis, dementibus, lunaticis, & alijs miserabilibus personis quocúnque modo datis: Quia in his majus circumventionis periculum subest, minores enim, maximè si pubertate majores sint, sibi magìs adhuc præcavere possunt, quàm tales homines mente, & corpore impotes, ut benè concludit *Gutierez. loc. cit.*

Deß

Deß VI. Tituls

Von Kauffen vnd Verkauffen / auch Fertigung vnd Gwerschafft.

Erster Articul.

Beklagt jemand den andern / er habe jhm ein Guet ligends oder fahrends / wie das Nahmen haben mag / vmb ein benanntes Gelt verkaufft / wölle es aber jhme vmb solch Gelt nit folgen lassen / Dagegen aber der Verkauffer sagt / daß er jhme den Kauff nit also geben / deß Laugnen soll man darfür nemmen / Es bezeugte dann der Kauffer mit zweyen / die es gehört vnd gesehen haben / daß der Verkauffer jhme das Guet also verkaufft habe / das soll er geniessen / vnnd derselb Verkauffer jhme darauff solchen Kauff folgen lassen / vnnd darzu den Schaden abthuen / auch dem Richter die Bueß geben / nach dessen Ermässigung. Ob aber dem Kauffer in solcher Zeugnuß Bruch geschehe / der soll dem Richter die Bueß geben / vnnd seinem Gegentheil ebenfahls den Schaden widerkehren.

SUMMARIA.

1. & 2. *Quomodo probetur emptio, & venditio?*
3. *Quomodò probetur per testes, & à quo probatio fieri debeat?*
4. *An probetur per mediatorem juratum?*
5. *Quænam sint substantialia hujus contractûs?*
6. *An sufficiat probare tractatum?*
7. *Cur res debeat in tractatum venire?*
8. *Quid si periêrit, aut sit incognita?*
9. *Quomodò testes debeant deponere de pretio?*
10. *Quid si locò pecuniæ pro pretio res alia detur?*
11. *Quarè pretium debeat esse certum?*
12. *Quid si super quantitate lis sit, cui incumbat probatio?*
13. *An instrumentum emptionale probet emptionem, & venditionem, si certum pretium non contineat?*
14. *An saltem de consuetudine?*
15. *Quid si testes de solutione pretij attestentur, sed non certi?*
16. *Quid si testes singulares sint, & de diversa quantitate deponant?*
17. *Quid si testes deponant, de certa quantitate pretij conventum fuisse, cujus non ampliùs recordentur?*
18. *An venditionem negans desuper juramentum præstare debeat?*
19. *Quid si emptor in probatione deficiat, quomodò puniatur?*
20. *Quid si saltem semiplenè per unum testem probaverit?*

DOminus Balthas: ad hunc articulum multa disputat de substantialibus contractûs emptionis, & venditionis: De personis, qui emere, aut vendere possint, aut prohibeantur: Quæ res in emptionem, & venditionem venire possint, vel non possint: In quibus casibus quis res suas vendere teneatur, & quæ similia sunt, valdè utilia quidem, sed ad explicationem hujus articuli pleràque impertinentia. Nos manebimus in cancellis propositæ quæstionis in rubro: Quomodò scilicet emptio, & venditio probari debeat? 1

Et quamvìs nullum sit dubium, quòd emptio, & venditio etiam instrumentis, & scripturis probari possit, quia, licèt nudo consensu celebretur, 2

tur, & perficiatur, debet tamen iste consensus esse declaratus per verba; vel per litteras, aut alias scripturas, & instrumenta, ut proinde iste contractus non minùs per documenta, quàm per testes probabilis sit. *Mozzius de empt. & vendit. ad proemium. n. 17.* Tamen articulus noster tantùm loquitur de probatione per testes, & hinc utitur verbo: **Wie man einen Kauff**
3 **bezeugen soll.** Id est, **mit Zeugen darthuen soll.** Ubi statuitur regula: Si quis alterum conveniat, dicendo, quòd sibi bonum imobile, vel mobile cujuscúnque nominis pro certo pretio vendiderit, & traditionem facere nolit, ècontra venditor neget, venditionem factam esse, quòd emptor obligationem habeat, actionem, & assertionem suam duobus testibus probandi: Ratio, quòd emptori probatio injungatur, est clara, quia ille præsupponitur esse actor, actori autem incumbit probatio. Deinde emptor affirmat, contractum emptionis factum esse, venditor autem negat, affirmanti autem incumbit probatio, & non neganti. Ratio autem, quòd duo testes requirantur, est plana, quia in ore duorum, vel trium stat omne verbum.

4 In reformatione statutorum Bavaricorum de Anno 1588. *Tit. 23. Artic. 1.* habetur, emptionem, & venditionem etiam probari posse, per solum juratum negotiatorem, sive mediatorem, **durch ein geschwornen Underhandler /** quem proxenetam nominare possis: Sed, quia articulus noster de tali negotiatore nihil disponit, judicamus, antiquum jus in hoc per nova statuta nostra Provincialia correctum esse, cùm valdè periculosum sit, ut uni testi plena fides adhibeatur, maximè si versemur in re alicujus momenti. Et hæc fortè causa est, quòd ejusmodi negotiatores jurati ampliùs in usu non sint: Præterquàm illæ mulierculæ, quas vocant, **die geschworne Däntlerin /** quæ mobilia venalia ostiatim circumferunt, plerúmque tamen detrita, & usu consumpta, vel quæ aliàs modici, & exigui sunt pretij, & parvi momenti, quod exinde colligitur, cùm pro fidelitate non nisi ad sumum 30. vel 40. florenorum usualium cautionem præstent.

5 Quid autem ab istis duobus testibus probandum sit, dependet ab ea quæstione: Quænam hujus contractus substantialia sint? Multùm quidem super definitione hujus contractus DD. disputant, ut videre est apud *Mozzium. loc. cit. n. 9. & seqq.* Ubi *Fabiani de Monte* aliàs mea opinione satis exactam descriptionem ut insufficientem refutat, atque aliam *n. 20.* Substituit breviorem quidem, sed in substantia parùm differentem. Dicendo, quòd emptio, & venditio sit contractus obligatorius ultrò citróque consensu initus, super re aliqua mediante pretio. Sunt igitur tria substantialia necessariò probanda, nempè consensus utriúsque partis de re mobili, vel immobili pro certo, & determinato pretio alienata, quæ substantialia etiam noster articulus complectitur.

6 Non sufficit igitur primò, ut probetur tractatus super hac, vel illa re vendenda celebratus, sed requiritur, ut fuerit utriúsque partis consensu perfectus, & consumatus: Multa enim sæpè tractantur, quæ non perficiuntur. *Schneidew. §. penult. n. 8. Inst. de Lege Aquil. Gail. l. 1. observ. 140. n. 9. 10. & 11.* Ubi *n. 11.* expressè dicit, quòd testis, quando deponit de tractatu, non probet consumationem actûs. Cùm tractatus in contractibus non inducat obligationem, antequàm à partibus pro perfecto, & absoluto habeatur.

7 Requiritur secundò, ut res quædam certa in contractum veniat. *l. 8. ff. de contrahenda empt.* Ubi Pomponius dicit, quòd nec emptio, nec venditio sine re, quæ veneat, possit intelligi.

8 Nam substantiale hoc secundum emptionis requisitum est res sive merx. Et hinc communiter inferunt, quòd emptio alicujus domus (idem de quacúnque alia re dicendum est) quam emptor ignoravit esse exustam (vel alio modo deperditam) nulla sit. *l. domum. 57. ff. de contrah. empt.* Quia

nimi-

nimirum deficit merx. Merx autem vocatur quælibet res vendibilis, ut paulò antè diximus, bona mobilia, & imobilia, actiones, & jura, quæ pecuniâ æstimari, & comparari possunt, sive exstantia, sive futura, imò etiam spei emptio. *dict. l. 8. in f.* quia spes locò mercis fungitur. Et hinc habemus totum titulum ad legem Rhodiam de jactu. Nominari tamen debet, juxta verba nostri articuli, **wie das Nahmen haben mag** / cùm super re incognita fortè sub concavo lunæ existente nulla detur conventio, aut contractus.

Requiritur tertiò, ut testes deponant de pretio, juxta *l. 2. ff. de contrah. empt.* quia sine pretio nulla venditio est, utpote in quo emptionis substantia præcipuè consistit. *l. pacta. 72. in princ. ff. de contrah. empt.* Hinc, si in aliquo contractu nulla mentio pretij interveniat, emptio esse non potest: Et, cùm venditor promittit, se locò pretij nihil exacturum, non censetur vendere, sed donare, *l. 36. ff. de contrah. empt.* 9

Convenit hoc cum articulo nostro, in verbis: **Umb ein benañtes Gelt verkaufft** / ubi nomine, **deß benannten Gelts** / requiritur pretium certum, & determinatum, & sub nomine, **deß Gelts** / locò pretij designatur pecunia parata. Ex quo

Quartum requisitum per se resultat, ut, si pro re vendita non detur pecunia, sed res alia, quòd emptio, & venditio non sit, sed permutatio: Inter utrósque autem hos contractus emptionis, & permutationis magnam differentiam esse, quilibet apprehendit, & paulò post aliquid subsequetur. Ineptissimè enim quis domum titulo emptionis, & venditionis prætenderet, dicendo, se locò pretij hortum, agrum, vel alium quemcúnque fundum expendisse. 10

Quintum requisitum est, ut de quantitate pretij constet, in verbis: **Umb ein benanntes Gelt** / juxta §. *pretium. Inst. de empt. & vendit. Mascard. de probationibus conclus. 608. & 609.* de quo inter DD. nulla dissensio est. Sed 11

Quid si inter emptorem, & venditorem lis sit super quantitate pretij, una parte asserente minoris, altera verò parte dicente, majoris rem venditam esse, cui incumbet probatio? Et respondetur, ex supra dictis, actori, & affirmanti incumbere probationem. Si igitur emens actionem moveat, & dicat, se rem minoris emisse, illi tanquam actori, & affirmanti incumbet probatio: Si autem venditor actionem moveat, & se rem pluris vendidisse affirmet, utique eidem reciprocè tanquam actori, & affirmanti probatio non minùs, quàm in priori casu ementi incumbet. Tota igitur dijudicatio ex eo pendebit, an res vendita jam semel fuerit tradita, vel non. Si non fuit tradita, venditor justam exceptionem retentionis habet, donec emptor minoris pretij constitutionē legitimè probet: Vicissim, si res vendita fuit tradita, & venditor residuum aliquod de pretio inter se controverso petat: Rem majoris venditam esse probare debet, prout hæc ex principijs juris clara sunt, videatur tamen *Molin. de Just. & Jure. tract. 2. n. 15.* 12

Et quamvìs hîc tantùm loquamur de probanda emptione, & venditione per testes, tamen non abs re erit, quæstionem illam, quæ à DD. plerúmque de instrumentaria, & litteraria probatione proponitur, annectere, an scilicet testimonium sufficiens sit, si documenta dicant, emptionem, & venditionem utriúsque partis consensu perfecto, & consumato super re specifica pro certo, & determinato pretio factam esse, quantitas autem, aut certitudo pretij in instrumentis non exprimatur? Et de hac quæstione DD. communiter dicunt, instrumentum venditionis, seu, ut vocatur in *l. contractus. 17. Cod. de fide instrumentorum*, Emptionale, expressam quantitatem pretij non comprehendens omni probationis vi destitutum esse, *Mynsing.* 13

cent.

cent. 4. obs. 74. Gail. lib. 2. obs. 13. n. 3. & seqq. Ubi hujus rei rationes ad longum deducunt. Inter alias autem limitationes allegati duo practici singularem exceptionem de consuetudine Germaniæ faciunt, attestando: Sustineri passim illa instrumenta, si pretij, & solutionis, sive numerationis in genere tantùm mentio fiat, de certa autem quantitate altum silentium sit, E. C. dicendo: Titius vendidit Sempronio prædium hoc, vel illud, pro certo pretio, cujus actualem solutionem, sive numerationem pro satisfactione recepit: Hats vmb ein gewise Summa Gelts verkaufft / deren Er mit Danck befridiget worden: Ubi præjudicia Cameralia allegant. Videatur etiam
14 *Modestin. Pistorius. cons. 40. n. 34.* Et hoc in tantum extendunt, sive agatur contra tertium, ad probandum titulum possessionis ad præscriptionem necessarium, sive agatur contra ipsum venditorem, vel ejus hæredes ad rei venditæ traditionem. Idem *Gail. loc. cit. n. 12.*

Certè hanc consuetudinem etiam in Patria nostra vigere, nos quoque attestari possumus, cùm vix unquam instrumentum venditionis viderimus certam quantitatem pretij complectens, si solutio facta sit in pecunia parata. Aliud est, si de solutione conveniatur in certos terminos, tunc enim plerúmque quantitas pretij exprimitur, & particulares solutiones successivè super ipso instrumento annotantur, ut non opus sit, pro qualibet solutione specialem quietantiam erigere.

15 Sed, an hoc ipsum etiam in testibus obtineat, ut scilicet ad probandam venditionem legitimè factam sufficiat, testem dicere, venditionem factam esse pro certa quantitate pecuniæ, cujus tamen ampliùs non recordetur? Et videtur dicendum, quòd sic, per rationem, quia probatio testium, & instrumentorum à pari procedunt, *l. in exercendis. C. de fide instrumentorū.* Et hujus opinionis plures DD. sunt, qui sustinent, emptionem probari per testes deponentes, contractum emptionis celebratū esse, licèt pretij quantitatem omittant, eò quòd justum pretium juris præsumptione intervenisse præsumatur. *l. sed quod. ff. de legatis. 1.* quod autem sit justum pretium, incumbit boni viri, sive judicis arbitrio, qui declarare potest, quantùm res vendi possit homini scienti ipsius rei venditæ conditionem, & qualitatem. *l. pretia rerum. ff. ad legem fal. l. si servus. ff. de condict. furt.* His rationibus tamen non obstantibus, coṁunior sententia est, quòd testes de quantitate pretij non deponentes nullo modo venditionem probent. *Tyraquell. de retractu consanguinitatis. §. 36. ad f. tituli gloss. 2. n. 87. Mascard. de probat. conclus. 149. n. 4.* Per rationem, quia testis deponens solùm de actu venditionis, sed non de pretio certo, & determinato, imperfectè deponit, & pro-
16 indè non probat. Quod aliqui in tantum extendunt, ut, quamvìs testes de pretij quantitate deposuerint, singulares tamen sint, videlicet, ut de diversa quantitate loquantur, unus V. G. de decem, & alter de duodecim, adhuc eorum attestatio inanis sit. *Afflictus in decisionibus Neapolitanis. decis. 72. n. 8.* Maximè, quando agitur ad traditionem contra ipsum venditorem, vel ejus heredem negantem venditionem: Et hanc opinionem coṁunem, & veriorem judicat *Mascard. de prob. loc. cit. conclus. 149. n. 5. & seqq.* quam videntur statuta nostra Bavarica omninò approbare, in verbis: Umb ein benanntes Gelt verkaufft / quia verbum, benanntes / designat certam pretij quantitatem exprimendam esse: Si enim in genere tantùm dicatur, vmb ein gewise Summa Gelts / pretium non potest dici nominatum, benambst / id est certum, determinatum, & specificatum. Nec quidquam facit in contrarium, quæ de probatione instrumentali dicta sunt, nam, ut in proverbio est, littera non loquitur, & consequenter faciliùs consuetudine introduci poterit, ut credatur scripturæ quantitatem pretij specificè non exprimenti, maximè si antiqua, vel aliàs fide digna sit, quàm testi, qui depositionem suam viva voce factam declarare potest. Et hinc si non necessa-

rium

tium saltem maximè consultum est, ut judex in examinatione testium de specifica quantitate pretij conventi testem interroget: Quia tamen memoria hominis labilis est, ideò hanc sententiam cum *Fachineo. lib. 2. Controvers. cap. 34.* temperandam esse, non dubitamus, ut testimonia admitti possint, si testes examinati expresse dicant, inter venditorem, & emptorem de certa quantitate pretij conventum fuisse, quæ ipsis longiore temporis tractu è memoria exciderit, maximè si addant, prout apud nos Germanos moris est, Sie haben aneinander mit Mund vnnd Hand angelobt / den Handstreich geben / vnd darüber getruncken. Quæ vera signa sunt perfectæ, & omnibus numeris absolutæ venditionis. Et hoc extendimus, sive agatur inter tertium, & emptorem ad probandum titulum emptionis pro justificanda præscriptione, vel inter emptorem, & venditorem ejusque hæredes ad rei traditionem, sive disputetur de ipso contractu, sive de sola pretij quantitate, quæ, ut jam priùs diximus, tandem arbitrio judicis determinari potest. De quo tamen videri potest, *Græveus ad Gail. lib. 2. conclus. 13. considerat. 5. n. 5.* Nos in primo casu, de probanda venditione ad effectum traditionis, etiam contra venditorem, & heredes ejus non magnam difficultatem facimus, accedentibus paulò antè allatis circumstantijs de testibus, stipulationem manûs, & potationem desuper factam, asserentibus. Sed, quod attinet ad secundum casum, si super ipsa quantitate pretij lis sit, nos magis subsistimus, an non potiùs contractus sit pro imperfecto habendus, quàm determinatio pretij judicis arbitrio relinquenda: Quod aliorum exactiori judicio relinquimus. 17

Sextò antiquitùs necessarium fuit, ut venditor, qui negabat, venditionem hoc, vel illo modo factam esse, negationem suam juramento confirmare debuerit; Procul dubio ad compescendam hominum temeritatem, qui ad negandum actum semel legitimè perfectum, quando pœnitudine ducuntur, proclives sunt. Sed, quia per antiquam constitutionem, quæ requirebat negationem juratam, via periurijs aperiebatur, contra *C. dum dilectus. 6. ext. de his quæ vi, &c.* Rectè in novis statutis nostris Bavaricis hoc juramentum venditori remissum, & constitutū est, ut sola negatio in venditione, sicut in alijs contractibus, transferat onus probandi in adversarium. 18

Quid si autem septimò, emptor in probatione deficiat? Tunc non tantùm venditor ab actione instituta absolvi, sed etiam, ut articulus noster addit, à judice puniri, & in omne damnum venditori resarciendum condemnari debet: Sicut èontra, si actus venditionis ab emptore legitimè probetur, venditor non tantùm ad complendum contractum, sed etiam ad omne damnum resarciendum condemnandus, & propter malitiosam, seu temerariam negationem à judice puniendus est. Antiquitùs mulcta emptoris in probatione deficientis erat *Numorum 72.* mulcta autem venditoris malitiosè negantis erat dimidium damni, quod emptor ex malitiosa negatione incurrit: De utróque autem in novis constitutionibus nostris nihil statuitur, quod signum est, quantitatem mulctæ judicis arbitrio relictam esse: Quamvis nunquam viderimus, aliam pœnam à temerè litigantibus in inferioribus judicijs exigi, quàm ut in expensas litis condemnentur, quæ tamen non cedit in utilitatem judicis, sed partis victricis. 19

Quæres autem ultimò, si emptor venditionem probaverit saltem per unum testem, an nihilominùs mulctandus sit? Et putamus, quòd non, præsertim si ille testis sit omni exceptione major, & fortè juratus proxeneta: Tametsi enim articulus noster requirat probationem per duos testes, nihilominùs tamen etiam unius testis omni exceptione majoris testimonium constituit emptorem in bona fide, ut pro temerario litigatore haberi, & in 20

omne damnum condemnari; multò minùs à judice mulctari possit: Imò, cùm unius testis integri testimonium faciat semiplenam probationem, potest emptor se ad juramentum suppletorium offerre, prout latiùs explicavimus in *Processu Summario Tit. 7. Art. 19.* quò Lectorem remittimus.

Der Andere Articul.

Die Käuff vnnd Contráct / wo die Recht nicht insonderheit ordnen / daß sie anderst nit / dann in Schrifften beschehen sollen / seyn kräfftig vnnd gültig / so bald sie von den Parteyen mit allerseits Bewilligung vnd Abred beschlossen / wann gleich hierumben noch keine Schrifften auffgericht seyn. Es wäre dann daß die Contrahenten außtruckentlich gered vnd bedingt hätten / daß der Kauff / oder andere Contráct vnd Abhandlung nicht gelten / noch Krafft haben sollen / es seyen dann auch zuvor Brieff vnd Sigel / Instrument vnd andere Schrifften darüber auffgericht vnd gefertiget. Wo dann solche außtruckentliche Geding geschehen / vnnd von deme / der solches für sich anzeucht / wie recht ist / erwisen würdet / so ist der Kauff / oder andere Abhandlung nicht kräfftig / wann der Brieff / oder andere Schrifften noch nicht auffgericht seyn / sonder der ein- oder der ander Theil mag wol davon weichen / doch wofern auff die Nithaltung ein Pönfall von den Contrahenten gesetzt worden / soll es nichts minders bey solchem bedingtem Pönfall verbleiben.

SUMMARIA.

1. *An emptio valida sit, & efficax sine scriptura?*
2. *An etiam inter personas plebejas, & in omnibus bonis?*
3. *Qui contractus scripturâ indigeant?*
4. *Quid si conventum sit, ut contractus in scriptis fiat?*
5. *An in specie hæc conventio debeat fieri sub conditione invaliditatis?*
6. *An hæc conventio in ipso contractu debeat apponi, vel possit etiam ante, vel post intervenire?*
7. *Quis probare debeat, contractum ita initum esse, ut sine instrumento neutiquam valere possit, aut debeat?*
8. *Quid si talis contractus sub certa arrha initus sit?*
9. *Quid si arrha pluris sit, quàm interesse partis adversæ?*
10. *Quid si talis contractus non confectô instrumentô nihilominùs consumatus fuerit?*
11. *Quomodò capacitas personæ sit attendenda?*

IN præcedenti articulo diximus, emptionem, & venditionem contractum esse in nudo consensu utriúsque partis venditoris, & emptoris consistentem.
1 Ex quo articulus infert, eum validum, & efficacem esse, tametsi nulla scriptura desuper erecta sit: Quod tamen ita intelligendum, ut reliqua quoque substantialia, de quibus in priori articulo diximus, concurrere debeant. Pœnitudini igitur in emptione, & venditione locus non est, postquàm consensus utriúsque partis intervenit.

Et hanc regulam articulus quoque ad omnes alios contractus, qui consensu constant, extendit, ut scilicet ad illorum validitatem instrumenti erectione opus non sit, quoniam verba etiam ligant homines, tametsi non fuerint in scripturam redacta, juxta versiculum: Cornu bos capitur, voce ligatur homo.

Et

Et hoc nos extendimus secundò, ad emptionem, & venditionem, vel 2
alium quemcúnque contractum initum inter quascúnque personas nobiles, vel ignobiles, & plebejas super mobilibus, vel imobilibus, magni, vel parvi momenti, & valoris; Quoniam articulus non distinguit.

Ponitur tamen duplex exceptio: Prima est, nisi talis contractus sit, qui 3
ex dispositione juris pro sua validitate instrumenti erectionē requirit, ut sunt contractus Emphyteutici, de quibus dicemus ad *Art. 3. Tit. 21.* der Land-Rechf. Pignoratitij, ut exsplicavimus ad *Art. 20. & 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Transactiones, & compromissa, ut disponitur in *Art. 3. 4. & 5. Tit. 2.* deß Summarischen Proceß. Cùm enim jura nostra statutaria in his contractibus, & conventionibus maximè inter plebejos instrumentorum erectionem pro validitate specialiter requirant, per se patet, consensum nudis verbis declaratum nullam obligationem producere, & proindè ante erectionem instrumentorum pœnitudini locum esse.

Altera exceptio est, nisi inter partes expresè conventum fuerit, ut 4
emptio, vel venditio, vel alius quicúnque contractus non valere, aut efficaciam habere debeat, nisi desuper cum sigillis suis in scriptis erectum sit, Es seyen dann zuvor Brieff vnd Sigel darüber auffgericht worden.

Convenit hæc dispositio cum *l. contract. 17. C. de fid. instr.* Ubi Justinianus ait: Contractus, quos in scriptis fieri, & recipi placuit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibúsque partium confirmata, &, si per Tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & à partibus absoluta sint: Adeò, ut nulli partium ex tali contractu non impleto, & absoluto sibi aliquod jus vindicare licitum sit. Et rectè: Cùm enim contrahentibus integrum sit, conditiones adjicere quascúnque voluerint, quæ omnibus modis, & in forma specifica adimplendæ sunt, *l. si hæredi. 44. & l. Mævius. 55. ff. de conditionibus, & demonstrat.* cur non etiam ista conditio sustineri debeat, ut contractus priùs non valeat, nisi in mundum redactus, & desuper instrumentum erectum fuerit? Cùm talis conditio sit honestissima, & æquissima, multísque fraudibus atque circumventionibus præcavendis utilissima.

In hoc tamen circa articulum nostrum dubium, & difficultas existit, 5
an sufficiat, si partes inter se convenerint, ut super contractu suo instrumentum erigatur; Vel, an hæc conditio specificè, & expresè apponi debeat, ut contractus invalidus, & inefficax sit, donec instrumentum desuper erectum completum, & absolutum fuerit? Rationem dubitandi facit textus in *cit. l. contractus. 17.* qui in specie tantùm loquitur de contractu, quem in scriptis fieri partibus placuit, nihil autem de hac conditione, quòd contractus interea, donec scriptura erigatur, debeat esse inefficax, & invalidus. Deindè, si partes contrahentes de erigendo instrumento super contractu inter se convenerint, præsumi potest, quòd erectionem instrumenti tantùm probationis causâ, non ad essentiam, & substantiam contractûs adhibuerint, juxta doctrinam *Vasquij. lib. 1. contr. cap. 28. in f. Mascard. de prob. conclus. 435. n. 8. Menoch. lib. 3. præsumpt. 148.* Sed, cùm articulus noster hanc conditionis expressionem prægnantissimis verbis, & repetitis vicibus requirat, judicamus, nudam conventionem inter partes factam, ut tractatus in scripturam redigatur, non sufficere. Cùm talis conventio revera tantùm ad probationem, non verò ad substantiam actûs facta esse censeatur. Habemus quotidianum exemplum in hominibus plebeis nostræ patriæ, qui omnes suos contractus emptionis, venditionis, permutationis, pactorum dotalium, &c. ad Magistratum ordinarium, & protocollum judiciale deferunt, ut desuper scriptura erigatur. Tametsi igitur expeditio ejusmodi instrumentorū fiat pro comoditate Magistratûs, ita ut subinde in multos menses, & annos differatur, & retardetur, tamen nemo dixerit, quòd interea

rea temporis contrahentibus liberum ſit pœnitere, & inſtrumento nondum erecto à contractu reſilire: Per rationem, quia talis erectio non neceſſitatis, ſed probationis tantùm causâ à judice exigitur, prout nobiles perſonæ, ſuper proprijs contractibus nulla aliena inſtrumentatione, aut ſcripturarum erectione opus habent, nihilominùs tamen majoris ſecuritatis causâ inſtrumenta per notarium, & teſtes erigi curant, quæ ab initio ſtatim valida ſunt, licèt eorum expeditio ſe in multos menſes, aut annos extendat, *ut ex Baldi ſententia Pariſienſis ſenatus judicavit*, teſte *Perezio ad dict. tit. 21. de fide inſtrument. n. 12. ad f.* Nempè, non licere alterutri parti propter retardatam expeditionem pœnitere ſub hoc motivo, quaſi contractus non eſſet perfectus, cùm perfectio contractûs conſiſtat in nobiliũ deliberato conſenſu, expeditio verò memoriæ, & probationis causâ in arbitrio Tabellionis, & Notarij. Ut igitur dilatio inſtrumenti pœnitudini locum faciat, debet hoc ſpecialiter eſſe pactum, ut ante confectionem inſtrumenti contractus non ſit validus, & obligatorius. Textus in *dict. l. contractus. 17.* contrarius non eſt, quia ſupponit, partium intentionem fuiſſe, non aliter, niſi in ſcriptis contrahendi: Ex quo manifeſtè ſequitur, quòd ipſis conditio erigendi inſtrumenti non probationis, ſed ſolennitatis causâ placuerit, quâ non impletâ, contractus utique inefficax, & invalidus, & conſequenter cuique contrahentium liberum eſt, à contractu reſilire. Secundùm quam explicationẽ jus comũne cum jure noſtro ſtatutario omninò convenit, cùm articulus noſter in effectu hoc velit, ut contractus emptionis, & venditionis nudo conſenſu initus non valeat, quando partium intentio fuit, non aliter, niſi in ſcriptis contrahendi, quæ intentio juxta articulum noſtrum tam enixis, & conditionatis verbis fieri debet, ut nullæ dubitationi, vel controverſiæ locus relinquatur. Hanc opinionem approbat *Ant. Faber ad dict. tit. Cod. de fide inſtrumentorum. definit. 14.* Ubi dicit, aliud eſſe de contractu inſtrumentum fieri, & aliud eſſe, ut contractus in ſcriptis fiat. Priori caſu erectio inſtrumenti ad futuram tantùm rei memoriam facta eſſe cenſetur. In ſecundo caſu, contractus non valet, priuſquàm in ſcriptum redactus ſit.

6 Ex quo ſequitur, ferè inutilem eſſe quæſtionem illam, quam quidam DD. movent, an ſcilicet partes de erectione ſcripturæ, vel inſtrumenti ante, in, vel poſt contractum convenerint, cùm non tempus, ſed verba, & intentio formam dent contractui. Si igitur animus, & intentio contrahentium fuit, non aliter, niſi in ſcriptis contrahendi, pœnitentiæ locus eſt, ſive hæc conventio fuerit facta ante, ſive in, ſive poſt contractum, modò illa, juxta verba articuli noſtri fuerit ſufficienter declarata, nam, illa declaratione expreſſa deficiente, contractus habendus eſt pro puro, & juxta præcedentem articulum per pœnitudinem irrevocabilis.

In hoc tamen Antonius Faber dicto loco à diſpoſitione hujus articuli diſcedit, cùm ipſe *n. 2.* addat, contraventioni, & pœnitudini locum eſſe, tametſi in relatione ad ſcripturæ, vel inſtrumenti erectionem ſpecialiter actum non ſit, ut contractus aliter non valeat. Econtra optimè intentionem noſtram explicat *gloſſa ad princ. tit. Inſt. de empt. & vendit. litt. M.* ubi dicit, in ſcriptis fieri venditionem, quando contrahentes hoc agunt, ut non aliter valeat contractus, niſi fiat ſcriptura. Et licèt eadem gloſſa opinionem Fabri videatur approbare, ſubjungendo, quòd hoc non viderit eſſe in uſu, tamen, quia articulus noſter non uſum improbat, & hanc conditionem ſpecificè requirit, contractus emptionis, & venditionis ſimpliciter factus habetur pro puro, & impœnitibili: Si hæc gloſſæ, & Fabri illatio
Diff. vera eſſet, utique inter Jus Comũne, & Bavaricum noſtrum differentiam poneremus. Sed, quia nos juris comũnis diſpoſitionem in dict: *l. contractus. 17. Cod. de fide inſtrumentorum, & Inſtit. ad princ. tit. de empt. & vendit.*

non

non aliter intelligimus, nisi de animo, & intentione partium in scriptis contrahendi constet; Ideò, si hæc intentio per expressa verba, ut aliàs contractus invalidus sit, non fuerit expressa, licèt relatio ad confectionem instrumenti facta fuerit, pœnitudini locus non erit: Quoniam semper redit antiqua nostra distinctio, quòd instrumenti erectio potiùs ad rei memoriam, quàm ad contractûs substantiam, & validitatem conventa fuerit. Propiùs dicti *D. Ant. Fabri* opinio ad nostrum articulum accedit, quando *loco citato* dicit, si inter partes contrahentes primùm post contractum perfectum, conventio de instrumenti confectione facta sit, quòd talis instrumentatio magìs probationis, quàm validitatis, & solennitatis causâ facta esse præsumatur, quod gratìs admittimus.

Sed nunquid partes, post contractum nudo consensu, & propriâ suâ manûs subscriptione, & subsigillatione perfectum, possunt iterum nudo dissensu ab eodem recedere? Credimus, neminem esse, qui dubitet: Si ergò possunt comuni consensu discedere, etiam comuni dissensu convenire possunt, ut prior conventio non valeat, nisi in mundum redigatur, & instrumentum desuper expediatur: Ergò simpliciter ex articulo nostro sequitur, ut conventa instrumenti erectio ad substantiam, & validitatem contractûs nudo consensu consistentis, ad pœnitudinē nihil prosit, nisi expresè actum fuerit, ut contractus non subsistat, nisi instrumentum perfectum, & absolutum accesserit. Videatur de hac quæstione *Thesaurus. decis. 197.* & *Cævallos. in quæst. commun. contra commun. quæst. 931.*

Quis autem probare debeat, contractum sub hac conditione initum fuisse, ut inutilis, & inefficax sit, nisi scriptura accesserit? Articulus noster 7 claram decisionem facit, ut probatio incumbat illi, qui asserit, hoc specialiter conventum esse: Ratio per se patet, quia, ut diximus, substantia contractûs in nudo consensu consistentis erectione scripturæ non indiget, ergò, si una ex partibus asserit, aliud conventum esse, eidem probatio incumbit. Juxta verba articuli nostri: Wo dann außtruckentliche solche Geding geschehen/ vnd von deme / der solches anzieht / wie recht ist / erwisen würdet / ꝛc. Notabilis tamen hac in parte iterum distinctio facienda est inter homines nobiles, & plebejos: Cùm enim nobiles ipsi super contractibus suis jus instrumentandi habeant, contractus inter ipsos initus statim valorem, & efficaciam accipit, quando scriptura desuper erecta ab ipsis propria manu subscripta, & sigillis roborata fuit, tametsi convenerint, ut memoriæ, & probationis causâ etiam Notarij, vel Tabellionis instrumentatio superveniat, ut paulò antè monuimus. Aliud est in plebeis personis, quæ jus instrumentandi non habent: Tamdiu enim illarum contractus in scriptis factus, & conditio, quam de scripturæ erectione faciunt, impleta dici non potest, nisi ordinarij Magistratus instrumentatio accedat.

In ultimis verbis articuli ponitur prædictæ regulæ nostræ quædam limi- 8 tatio, & talis casus: Quòd contrahentes convenerint, ut quidem contractus fieri debeat in scriptis, nihilominùs tamen pars contraveniens, & pœnitens, si scriptura non fuerit absoluta, & perfecta, debeat certam quandam arrham, vel pœnam solvere: Nam, si ante scripturæ erectionem pœnitentia advenerit, pœnitens ad solvendam arrham obligatus est. Quod convenit cum *dict. l. contractus. 17. Cod. de fide instrument.* Ubi disponitur, quòd is, qui rem vendere pollicitus est, & venditionem recusat, arrhas in duplo reddere cogatur, &, qui emere pactus est, datis à se arrhis cadat, repetitione earum denegandâ. Sive, ut Perezius explicat, si nondum perfecto instrumento una ex partibus pœniteat, arrhæ, si quæ intercesserint, possessoris lucro cedunt. Ad quod intelligendum, sciendum est, quòd plerúmque emptor, ut apud nos Germanos in usu est, pro servando contractu arrham constituat; Si igitur contractus ea conditione factus est, ut non

valeat, nisi in scripturam fuerit redactus, emptor autem ante scripturæ erectionem pœniteat, amittit arrham. Si autem venditor instrumento nondum perfecto pœnitudine ducatur, arrham, quam accepit, in duplo restituere tenetur: Juxta verba dict: *l. contractus. 17. C. de fide instrumentorum.*
9 Ad quorum tenorem articulus noster intelligendus est. Et hoc verum est, tametsi arrha longè pluris sit, quàm interesse adversæ partis, quæ contractum servare parata est. *Mantica de tacitis, & ambig. convent. lib. 14. tit. 37. n. 44. & seqq.* Quod tamen alij in clericis non admittunt, quamvìs articulus noster inter Laicos, & Clericos nullam distinctionem faciat, & nos hoc beneficium utrique cōmune esse existimemus: Cùm nulla ratio appareat, quare clericus in lucranda arrha deterioris conditionis esse debeat, quàm Laicus. Si ergò in lucro cum Laico æqualis est, cur non etiam in dispendio? Cùm longè gravius sit, ut Clericus fidem fallat, quàm Laicus.

10 In *Summario Processu* nostro ad *Tit. 2. Art. 3.* hanc quæstionem habuimus, an transactio inter homines plebejos inita valeat, si fuerit ex omni parte adimpleta, tametsi nec in protocollum relata, nec per erectionem judicialis instrumenti confirmata fuerit? Similis quæstio circa hunc articulum nostrum exsurgit, an emptio, & venditio, vel quivis alius contractus nudo consensu initus subsistat, si instrumentum desuper erectum non fuerit, licèt de ejus erectione inter partes convenerint, interim tamen per traditionem rei, & receptionem pretij ex utràque parte absolutè fuerit consumatus? Quidam ad similitudinem prædictorum distinguunt, an traditio ante contractum, vel in ipso contractu intervenerit, qui sub conditione instrumenti desuper erigendi initus est: In primo casu concedunt, quòd acquiratur emptori illius rei dominium, vel saltem usucapiendi conditio, si scilicet aliena fuerit: In secundo verò casu neutiquam, quod non improbabiliter dici posse judicamus, juxta *D. Balthasar. tit. 6. resolut. 2. n. 8.* Sed, si post contractum sub hac conditione initum, ut non valeat, nisi instrumentum accedat, non exspectatâ instrumenti erectione partes ipsum contractum adimpleant, emptor scilicet solvendo pretium, & venditor rei traditionem faciendo, nostro judicio præsumitur, eos à conditione erigendi instrumenti recessisse.

11 Denique hactenùs dicta de libera rei alienatione per contractum emptionis, & venditionis nudo consensu initum intelligenda sunt solummodò de ijs personis, quibus alienandi jus est, de quibus *D. Balthas. ad Art. præced.* fusè disseruit. Nos tantùm hoc addimus, quòd rustici, & coloni nostri Emphyteutici, die Erb-Rechter / veranlaitte Frey-Stiffter / Leib-Rechter / ꝛc. de bonis suis Emphyteuticis, & Vitalitijs, tametsi dominium utile habeant, nudo consensu, & sine interventu scripturæ contrahere non possint, prout ad *Artic. 21.* der Land-Recht / fusiùs explicabimus. Debet igitur in omni contractu præsupponi capacitas contrahentium, quod per se clarum est, & proindè de hac limitatione in articulo nostro nihil dispositum fuit, tametsi DD. Consiliarij illud fideliter monuerint.

Der Dritte Articul.

So jemand dem andern ainig Haab oder Guet / umb ein nembliche Summa Gelts verkaufft / und der Kauff vollkommentlich / mit / oder ohne Leut-Kauff / beschlossen ist / der soll dem Kauffer gebührliche und nothdürfftige Fertigung / Einantwortung unnd Wehrschafft thuen / damit der Kauffer solche gekauffte Haab unnd Guet / für das sein haben unnd brauchen mög / mit der Maß / wie jhm sol-

ches

ches verkaufft ist / auch mit Aigenschafft / Nutz / vnd Gebrauch desselben / darzu auff Zeit vnd Weil / wie dann der Kauff redlich vnd vngefährlich abgeredt/ vnd beschehen ist / vnd kan der Verkauffer / wann er das verkaufft Guet in seiner Macht vnd Gewalt hat / sich von der Einantwortung nit ledigen / ob er gleich dem Kauffer allen Nachtheil / Schaden vnnd Unkosten abthuen vnd erstatten / auch den gegebenen Leut-Kauff verliehren wolt.

SUMMARIA.

1. *Quid importent verba*, Fertigung / Einantwortung / vnd Gwerschafft?
2. *Quando contractus venditionis verbis, & in scriptis dicatur esse perfectus?*
3. *An traditio denegari possit non soluto pretio?*
4. *Quid si nihilominùs traditio facta fuerit?*
5. *An is videatur solvisse, qui aliam satisfactionem dedit, quàm in pecunia?*
6. *Quid si venditor emptori fidem de pretio habeat?*
7. *An quis per alium traditionem facere possit?*
8. *An generale mandatum sufficiat?*
9. *Quomodò traditio fieri debeat?*
10. *Quomodò ab emptore solutio pretij facienda?*
11. *Quomodò solutio arrhæ conventæ?*
12. & 13. *An quis à contractu perfecto recedere possit, si arrham præstare paratus sit?*
14. *Quæ ex diversis opinionibus Statutis nostris Bavaricis communior sit?*
15. *Quid nomine arrhæ in lingua Germanica designetur?*
16. *Quid sit propriè arrha pœnalis*, der Reu-Kauff?
17. *Quid sit propriè*, der Leut-Kauff?
18. *An solvendo*, den Leut-Kauff / *liberetur à contractu empti, & venditi?*
19. *Quid sit*, das Häfftel-Gelt / oder der Ding-Pfenning?
20. *Quid sit*, das Wein-Gelt / oder Hand-treue-Gelt / oder Mahlzeit-Gelt?
21. *An venditor liberetur à traditione, si interesse præstare paratus sit?*
22. *Quomodò præstanda sit traditionis integritas?*
23. *Quid si res vendatur cum pertinentijs suis?*

TRes terminos antiquos tam in rubro, quàm nigro ponit articulus noster, 1 quos priùs explicare necesse est, antequàm ipsam materiam aggrediamur: Dicendo, venditorem obligatum esse, ut emptori, die gebührliche vnnd nothdürfftige Fertigung / Einantwortung / vnnd Wehrschafft thuen solle. Verbum, Fertigung / nostra opinione hîc loci non significat litterarum, sive scripturæ, aut instrumenti expeditionem, sed contractûs executionem: Per rationem, quòd, ut hactenùs diximus, contractus emptionis, & venditionis in nudo consensu consistat, & litterarum erectione non indigeat. Ad hanc autem executionem principaliter necessaria est traditio, sive, die Einantwortung / & denique evictio, die Wehrschafft / sive præstatio indemnitatis.

Antequàm igitur venditor obligetur ad executionem contractûs, traditionem, & evictionem, requirit articulus noster, ut emptio, & venditio 2 plenariè fuerit conclusa cum, vel sine arrhâ, daß der Kauff vollkommentlich / mit / oder ohne Leut-Kauff beschlossen seye. Hinc redeundum est ad ea, quæ in duobus præcedentibus articulis explicavimus, an venditio, & emptio celebrata sit in scriptis, vel sine scriptis: Si celebrata est sine scriptis, & nudo consensu: Ad executionem, traditionem, & evictionis præstationem nihil deficit: Si autem celebrata est in scriptis, executio, traditio, & evi-

& evictionis præstatio in suspenso est, donec instrumentum emptionis fuerit perfectum. Ratio est, quòd contractus primùm ex instrumenti erectione suam substantiam acquirat. Debet autem, ut ad præcedentem articulum fusè deduximus, apparere de mente contrahentium, quòd noluerint contractum esse ratum, & aliter non obligari, priusquàm scriptura perficeretur. *Schneidew. ad princ. tit. Instit. de empt. & vendit. Vers. sed hoc quidem. n. 4.* Sive, ut *Mynsing. n. 5. ibidem.* dicit, quando expressim actum est, ut non valeat contractus, nisi scriptura omnibus numeris absoluta sit. Quæ fuit nostra opinio contra *Fabrum*, *& glossam ad dictum princ. Inst. de empt. & vendit.* Et hujus rei ratio clara est, quia talis contractus conditionalis est, conditionalia autem non obligant antè eventum conditionis.

Et, quamvis in præcedente articulo dixerimus, contractum emptionis, & venditionis per consensum super re certa, & pretio certo perfectè initum subsistere, tametsi contrahentium intentio sit, ut desuper à Magistratu ordinario, vel à tabellione, aut notario instrumentum conficiatur, per rationem, quòd illud non ad substantiam contractûs, sed ad rei memoriam, & probationem requisitum esse videri debeat; Tamen, si hæc conditio expresse addita fuerit, ut contractus invalidus, & inefficax sit, donec instrumentum in mundum fuerit redactum, & omnibus numeris absolutum, per se sequitur, quòd etiam venditor ad executionem, traditionem, vel evictionem non teneatur, donec conditio erectionis instrumenti fuerit adimpleta. *dict. tit. Instit. de empt. & vendit. Vers. & si per tabellionem.* Et hæc est prima exceptio.

3 Altera exceptio, quæ venditorem ab executione contractûs, traditione, & evictione relevat, est, si pretium ab emptore non fuerit solutum. §. *venditæ verò. 41. Inst. de acquirendo rerum dominio. l. quod vendidi. 19. ff. de contra. empt.* Quod adeò verum est, ut, licèt à venditore res actualiter tradita fuerit, ea tamen emptori non acquiratur, nisi is venditori pretium
4 solvat, aliàs res non censetur tradita; Cùm semper mens venditoris ad transferendum dominium deesse præsumatur, quamdiu pretij solutio reciprocè non accedit. Sæpè vidimus, maximè apud homines plebejos, & rurales, litigium fuisse, quis ex contrahentibus in complendo contractu prior esse debeat, venditor scilicet tradendo rem, vel emptor solvendo pretium conventum; Quasi verò utrúmque non possit simultaneè fieri, Zug umb Zug / ut communis modus loquendi est. Securiùs autem venditor implementum priùs facere potest, cùm per traditionem dominium non transferat, nisi vicissim pretium recipiat, ut proinde solutione pretij non subsecuta, venditori integrum sit, rem suam ad se recipere, & vindicare. *Wesenbec. in parat. ad tit. de acquirendo rerum domi. n. 3.* Econtra, si emptor solvendo pretium contractum prior implevit, venditor commiscendo pecuniam emptoris cum sua propria dominium acquirat.

5 Solvisse autem pecuniam is etiam dicitur, qui volenti venditori alio modo, quàm in parata pecunia satisfecit. *dict. §. venditæ. 41. Inst. de acquir. rerum domin. & l. vendidi. 10. ff. de contrah. empt.* V. G. Fidejussorem dando, aut pignus, sive hypothecam constituendo. *l. si rem alienam. 9. §. omnis. ff. de pignorat. act.* Diximus, volenti venditori, quia, cùm contractus emptionis, & venditionis pro substantia requirat pretium in parata pecunia, per se sequitur, invito venditori aliam satisfactionem, quàm in parata pecunia obtrudi non posse. *l. 2. §. mutui datio. ff. de rebus creditis.*

6 Similiter venditori satisfactum esse dici potest, quando is emptori fidem de pretio habuit, vel terminum solutionis indulsit, nihilominùs tamen rei traditionem fecit, vel emptori permisit, ut in rei venditæ possessionem veniret. *l. ad solutionem. 5. C. de re judicata.* Videtur enim is, qui fidem habet

bet de pretio, pretium accepisse, & brevi manu in emptorem quasi ex causa mutui transtulisse.

Certè exceptio pretij non soluti sic privilegiata est, ut, si venditor ad traditionem rei conventus, eâ non oppositâ, per sententiam ad traditionem fuerit condemnatus, adhuc eam in executione opponere possit, ut latè deduximus ad *Art. 2. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / quò Lectorem remittimus.

Potest autem venditor traditionem facere, vel per se, vel per alium. 7
§. *nihil autem. 42. Inst. de acquirendo rerum domin. l. 9. §. 4. ff. eodem.* modò procurator ad hoc habeat speciale mandatum, vel liberam administrationem, sive mandatum cum libera. §. *qua ratione. 43. Inst. eodem. l. qua ratione. 9. §. 4. ff. eodem.* cùm generale mandatum non sufficiat. De modis autem, traditionem maximè in rebus immobilibus faciendi, V. G. per fictionem brevis, vel longæ manûs, traditionem clavium, instrumentorum, &c. videri possunt DD. ad §. *interdum. 44. &* §. *item si. 45. Inst. de acquirendo rerum dominio.* In quibus explicandis nolumus esse fusiores. 8

Singulariter tamen articulus requirit, ut traditio fieri debeat formâ, 9
modo, & tempore, quoad proprietatem, usum, & usumfructum, prout inter partes conventum est, quando enim traditio non debito modo, aut tempore, vel cum alio quodam defectu fit, justè emptor pretij retentionem habet, cùm traditio debeat esse plenaria.

Idem etiam de emptore dicendum est, ut, sicut venditor ad traditio- 10
nem fideliter faciendam eâ formâ, & modo, quo inter partes conventum fuit, obligatus est, ita etiam emptor ad pretij solutionem integram, vel in certis terminis, in hâc, vel illâ monetâ, grossâ, vel minutâ, hoc vel illo loco, prout partes inter se convenerunt, fideliter præstandam obligatus sit. In quo si deficiat, venditori retentio conceditur, & exceptio pretij non legitimè soluti etiam in executione opponenda competit, ut omnia in præcedentibus jam explicavimus.

Et, quamvìs arrha, sive honorarium venditoris uxori promissum non 11
sit de substantia contractûs, cùm emptio, & venditio, sive quicúnque alius contractus, sine arrha valeat. *l. quod sæpè. 35. in princ. ff. de contr. empt. Schneidew. ad §. actionũ. tit. 6. de act. ex empt. n. 36.* Tamen, quando specialiter de præstanda arrha conventum est, venditor ad extraditionem non est obligatus, nisi etiam cum ipso pretio arrha solvatur, per rationem, quòd sit accessorium contractûs, & sic in eandem actionem empti, & venditi veniat. Idem *Schneidew loc. cit.* Quod approbare videtur articulus noster, in verbis: Und der Kauff völlig / mit / oder ohne Leut-Kauff beschlossen worden. Sive deindè arrha pacta fuerit in argumentum contractus perfecti, sive in partem pretij. Ratio est, quia, licèt præsupponas, arrham non fuisse pactam in partem pretij, est tamen pars obligationis, ita ut emptor non possit dicere, se contractui satisfecisse, nisi cum ipso pretio etiam arrham præstiterit.

Supra diximus, in casu, quo partes conveniunt, ut emptio, & venditio non teneat, nisi desuper scriptura erecta sit, cuilibet partium contrahentium integrum esse, à contractu recedere, ita tamen, ut, si in tali contractu imperfecto arrha fuerit apposita, emptor pœnitendo eam perdat, venditor verò pœnitendo duplicatam restituere debeat.

Nunc autem exsurgit alia quæstio: Si una ex partibus à contractu jam 12
perfecto recedere velit, alterâ parte invitâ, cum amissione, vel duplicatione arrhæ, an id ei liberum sit? V. G. Venditor paratus est, arrham ab emptore acceptam duplicatam restituere, si ei integrum sit, à contractu omnibus numeris absoluto in scriptis, vel viva voce celebrato resilire, annè hoc venditori licitum, & permissum sit? Et hac in parte DD. non conveni-

veniunt, quidam enim putant, ſi emptor arrhas perdere, aut venditor duplum reſtituere velit, eum non teneri ad implendum contractum, nec poſſe ampliùs conveniri, quamvìs contractus perfectus fuerit, & omni numero abſolutus. *Ant. Gomez. vari. reſolut. tom. 2. cap. 8. n. 18. Emanuel Suarez. commun. opinionum. litt. A. Verb. Arrha. n. 18.* Ubi teſtatur, hanc ſententiam conſuetudine receptam eſſe: Et *Mynſing. ad princ. tit. Inſt. de empt. & vendit. n. 6.* Ubi *n. 7.* infert, fortius eſſe, contrahere ſine arrhis, quàm cum arrhis. Et videtur hæc ſententia probari in *dict. princ. Inſt. de emptione, & vendit.* Ubi textus dicit, ita tamen impunè eis recedere concedimus, niſi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum; Hoc enim ſubſecuto, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis venditio celebrata eſt, is, qui recuſat adimplere contractum, ſiquidem eſt emptor, perdit quod dedit: Si verò eſt venditor, duplum reſtituere compellitur, licèt nihil ſuper his expreſſum ſit.

13 Econtra hanc ſententiam reprobat *Julius Pacius in tract. ſuo de contractibus, actione. 31. memb. 10. Oldendorp. in claſſ. forenſ. act. claſſ. 4. act. 2. in affin. remed. n. 2. Weſenbec. in paratit. ff. de contrah. empt. n. 9. Harprecht ad princ. Inſt. de empt. & vendit. n. 93. Gribaldus commun. opin. litt. U. Verb. venditor.* Ubi dicunt, quòd nullo modo à contractu recedere licitum ſit, quando emptio jam eſt perfecta, & abſoluta, tametſi una, vel altera pars ad diſpendium, & perditionem, vel duplicationem arrhæ parata ſit. Sed quòd præter amiſſionem, vel reſtitutionem, ad implementum contractûs agi poſſit, ita, ut ſi emptor recuſet adimplere contractum perfectum, perdat arrham, & inſuper ad ſolutionem pretij teneatur, venditor verò duplicatam arrham reſtituere, & nihilominùs rem ipſam tradere compellatur. Utriúſque ſententia habet ſuas pulchras rationes, quas *D. Manzius ad princ. dict. tit. Inſt. de empt. & vendit. à n. 21. uſque ad n. 33.* adducit. Ubi poſteriorem opinionem approbat, & ad contraria, maximè verò ad textum in *princ. Inſt. de empt. & vend.* in formalibus allegatum reſpondet.

14 Si quæras, quam opinionem ſtatutis noſtris Bavaricis conformiorem judicemus? Fatemur, nos multùm ſubſiſtere: Nam in præcedente articulo de lucro, vel diſpendio arrhæ tantùm diſpoſitum eſt in caſu, quo conventio arrhæ acceſſit ad contractum imperfectum, quem in ſcriptis fieri partibus placuit: Noſtra autem quæſtio agit de caſu, quo arrhæ conventio ad contractum jam perfectum acceſſit. Super quo caſu in articulo noſtro nihil diſpoſitum reperitur, tametſi exactiſſimè tradat, quomodò perfecto contractu traditio, die Fertigung/ Einantwortung/ vnd Wehrſchafft / fieri debeat; ſcilicet quoad proprietatem, uſum, & uſumfructum, modum, & tempus, aliáſque circumſtantias. Quis autem dubitet, ſi articulus noſter, ſive potiùs legislator juri congruum judicâſſet, quin non ad traditionem rei venditæ, etiam ſolutionem duplicatæ arrhæ ſuper contractu perfecto conventæ, venditori injunxiſſet? Noſtra opinio eſt, quòd legislator cenſuerit, neminem tam ineptum futurum, ut ſuper contractu legitimè perfecto, & abſoluto, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcripto fuerit initus, arrham adjiciat, confirmationis, & ſecuritatis causâ, prout DD. poſterioris ſententiæ loquuntur: Quod enim jam aliàs juris authoritate validum, & firmum eſt, quid alia ſecuritate, & confirmatione opus habet? Nulla igitur alia præſumptio, aut conjectura ſumi poteſt, ſi contrahentes poſt perfectum, & abſolutum contractum primùm de arrhâ conveniant, quàm, quòd utraque pars deſuper deliberandi, & recedendi ſibi poteſtatem reſervaverit, prout *Mynſing. ad dict. princ. tit. Inſt. de empt. & vend.* optimè infert, quòd arrhâ primùm poſt completum contractum adjectâ, videatur inter emptorem, & venditorem conventum, ut cuilibet liberum ſit, à contractu reſilire cum amiſſione, vel duplicatione arrhæ. Multùm indagavimus, quid hac in parte ferat conſuetudo patriæ noſtræ: Sed, ſicut nos in notatis noſtris nullum præjudicium

inve-

invenimus, ita etiam ab alijs viris expertis nihil certi cognovimus. Nos adhæremus primæ sententiæ, cùm putemus, textui ad *princ. Inst. de empt. & vendit.* ab ijs vim fieri, qui illum tantùm de imperfectis venditionibus, & emptionibus intelligunt. In primis enim verbis constituit Imperator, quòd pœnitudini locus sit, si contractum in scriptis celebrare placuit, donec scriptura perficiatur, quod convenit cum *l. contractus. 17. Cod. de fide instrum.* Postmodùm autem addit: Hoc autem subsecuto, id est, si arrharum nomine aliquid datum fuerit, NB. sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, siquidem est emptor, perdit quod dedit: Si verò venditor, duplum restituere compellitur. Ex quibus verbis apparet, Imperatorem dispositionem *l. contractus. 17. Cod. de fide instrum.* extendisse, & expressè statuisse, ut etiam contractus, sine scripto, & nudo consensu initus pœnitudini locum faciat, si arrharum nomine aliquid datum fuerit: Nunc subsumo, atqui contractus emptionis, & venditionis nudo consensu, sine scripto initus statim absque suspensione perfectus, & absolutus est; Ergò etiam ex Justiniani dispositione arrha super contractu perfecto, & absoluto interposita pœnitudini locum facit, cùm reverà non securitatis, & confirmationis: Sed pœnitudinis causâ adjecta esse censeri debeat. Contrariæ sententiæ Auctores quidem sustinent, quòd Justinianus dicto loco in verbis, *sine scriptis*, loquatur de contractu sine scriptis modificato, vel conditionatè facto, V. G. si vinum vendatur, ut degustetur, vel grex ovium, ut priùs lustretur, & numeretur, &c. Sed planè de tali modo aut conditione loco citato nullo verbo mentio fit, ideò verbis Imperatoris conditio gratis affingitur.

Notandum tamen est, quòd in lingua nostra Germanica sub nomine arrhæ comprehendantur plurima verba. Videlicet, ein Pänfahl / Leut-Kauff / Hafftl-Gelt / Ding-Pfenning / Wein-Kauff / Reu-Kauff / Hand-Treu / Mahl-Schatz / Oran-Gelt / & similia, inter quæ tamen magna differentia est. 15

Der Pänfahl / und Reu-Kauff / propriè sunt arrhæ pœnales, de quibus hîc nobis sermo est, quæ constituuntur in contractibus ad hunc finem, ut, si velint à contractu recedere, puniantur amissione arrharum, & hic specialis finis est in constitutione arrharum pœnalium, sive igitur adjectæ fuerint contractui imperfecto, sive omnibus modis absoluto in scriptis, vel sine scriptis, præsumi debet, contrahentium intentionem fuisse, ut cuilibet parti recedendi libera facultas competat, ut modò explicavimus. Der Leut-Kauff / est arrha honoraria, quam plerùmque venditor sibi pro sua uxore honoranda in stipulationem deducit, quæ hujus effectus non est, ut emptor, si eam perdere, aut venditor, si duplicatam restituere velit, à contractu perfecto, & absoluto recedere possit: Et, licèt non videatur esse pars pretij, ut paulò antè diximus, cùm arrha honoraria, der Leut-Kauff / sæpè non in pecunia parata, sed in re, & discretione specifica constituatur, quæ munere pretij fungi non potest, est tamen pars contractûs, & in actionem empti, & venditi venit, ut approbat articulus noster, dum exactionem ejusmodi honorariæ arrhæ non minùs venditori permittit, quàm exactionem pretij. Et ex hoc apparet, *D. Rathij professoris, & præceptoris mei venerandissimi* opinionem, quam in *dissert. sæpiùs. cit. ass. 54.* adducit, non subsistere, ubi putat, ingens illud dissidium DD. an à contractu emptionis semel perfecto altera parte invita cum solo arrharum dispendio recedere liceat, de jure Bavarico apertè compositum esse, eò quòd in hoc *Art. 3.* disponatur, venditorem ad traditionem rei venditæ obligari, tametsi arrham honorariam, den Leut-Kauff / amittere velit, nam, cùm juxta modò dicta hæc arrha sit pars contractûs, quæ in actionem empti, & venditi venit, non ut pœna, sicut præcedens Art: loquitur, als ein Pänfahl / veris-

(margin numbers: 16 at "Der Pänfahl", 17 at "Kauff / est arrha honoraria", 18 at "exactionem pretij")

verissimum est, quòd ab implemento non liberetur, tametsi emptorem à solutione deß Leut-Kauffs/ liberare, vel si eam recepit, restituere, vel etiam in duplo, de quo tamen articulus prorsùs nihil dicit, reddere velit. Arrha igitur hæc honoraria à pœnali prorsùs distincta est, aliàs debuisset articulus noster dixisse, venditorem ad traditionem obligari, tametsi arrham honorariam, den Leut-Kauff / duplicatò solvere paratus sit. Ad arrham honorariam persequendam actio ex empto, & vendito competit, pro consequenda verò arrha pœnali datur actio ex stipulatu, per pœnitudinem enim præsupponitur actio empti, & venditi extincta esse: Nulla igitur firma argumentatio ab arrha pœnali, von dem Pänfahl / ad arrham honorariam, den Leut-Kauff / fieri potest, cùm inter se specie diversæ sint, & proinde ingens illud dissidium, de quo priùs diximus, per finalia verba hujus articuli nullo modo compositum, aut sopitum est. Contingit subinde etiam, ut si tutores, vel curatores, administratores, negotiorum gestores, & mandatarij, alieno nomine aliquid vendant, sibi de tali honorario, vmb einen Leut-Kauff / vigilent; Quod ex consuetudine sustinetur, cùm censeatur quasi pro recompensa laboris adhibiti datum esse, modò quantitas sit modica, ut præsumi non possit, talem conventionem in fraudem, & præjudicium dominorum malitiosè factam esse. Das Hafftl-oder Drangelt / sive arrha obligatoria solvitur in partem pretij, & proinde ad implendum contractum, ut pœnitudini per amissionem, aut duplicationem nullo modo locus esse possit, ut optimè loquitur *Schneidew. ad § actionum. tit. 6. de actione ex empto. n. 38.* Ubi etiam alios citat: Conventa enim ad implendum contractum non debent servire ad contractum dissolvendum, tanquam effectum contrarium intentioni contrahentium.

19 Der Hafftl-oder der Ding-Pfenning / est quasi arrha, sive pretium conventionis, quod solvi consuevit à patre, vel matrefamiliâs, qui famulos, vel ancillas, aut aliam quamcúnque mercenariam operam condúcunt, & solvitur id in argumentum conventæ locationis, & conductionis, & hinc nec ista arrha operari debet contrarium effectum, ut illius restitutione famulus, aut mercenarius conductus recedendi potestatem habeat: Quamvìs sæpissimè viderimus, dominos maluisse perdere pretium conductionis, quàm famulum, vel ancillam, aut mercenarium, de quorum mala fama ex postfacto informati sunt, cum suo periculo in domum admittere, claudicare igitur aliquò modo videtur ista conventio, sed curabimus istam claudicationem suo loco.

20 Das Wein-Gelt/ Mahlzeit-oder Hand-freu-Gelt / seu arrha bibalis: Quando enim plebei homines inter se contrahunt, & actum stipulata manu confirmant, desuper bibunt, & proinde in contractu quandam arrham stipulantur, vel ab una, vel ab utràque parte solvendam, quam communi compotatione cum testibus abliguriunt. Adeò enim hæc corruptela invaluit apud rusticos, & plebejos homines, ut in omni actu etiam modico, & nullius valoris, V. G. si pecorum, vel porcorum custodes constituunt, si ocularem inspectionem habent, si super pedali cespide terræ litigant, & de regundis finibus conveniunt, si de abolendis verbalibus injurijs tractant, & alias similes minutias judicialiter, vel extrajudicialiter componunt, ad firmandum actum compotatio accedere debeat. Optimè igitur Magistratus facerent, si ejusmodi bibales arrhas prorsùs è medio tollerent, cùm per tot commessationes, & compotationes miseri isti homines depauperentur, & plerúmque hoc eveniat, ut in crapula novas rixas incipiant, & amicitiam, quam per compotationes confirmare volunt, graviùs lædant.

21 Ad finem hujus articuli deciditur adhuc alia inter doctores maximè controversa quæstio: An venditor liberetur à traditione rei, si emptori

præsta-

præſtare paratus ſit, quanti ipſius intereſt? Præclari quidam doctores hujus opinionis ſunt, quòd venditor offerendo intereſſe liberetur à traditione rei, per textum in *l. 1. ff. de act. empti.* Ubi dicitur: Si res vendita non tradatur, ad id quod intereſt agitur: Idem habetur in *l. jactum retis. ff. eodem*, ubi diſponitur: Quòd, ſi piſcator mihi jactum retis ementi, captos piſces reſtituere nolit, condemnari poſſit in id, quanti meâ intereſt. Et hujus opinionis ſunt *D. Covarr. lib. 2. var. reſol. cap. 7. n. 3.* & *Fachineus controv. juris. lib. 2. cap. 30.* Cujus rei rationem dant, quòd traditio, ad quam venditor obligatus eſt, plurimum facti habeat, & proindè, quòd ad factum obligatus ſolvendo intereſſe liberetur. Vid. *Manz. loc. cit. n. 29.* Sed articulus noſter clarè contrarium diſponit, ut venditor, qui rem venditam ſub ſua manu, & poteſtate habet, ſe liberare non poſſit, tametſi emptori omne damnum, intereſſe, & omnes alias expenſas refundere, & arrham conventionalem, **den Leuf-Kauff** / reſtituere velit. Quam conſtitutionem *D. Rath. in diſſert. ſua Jurid. de potiſſ. &c. aſſert. 53.* juri communi conformiorem eſſe exiſtimat, ubi pulchras rationes adducit, & legibus firmat, quas ad prolixitatem evitandam deducere ſuperſedemus; Hoc unum ad articuli noſtri dilucidationem admonentes: Diſtinguendum eſſe, an venditor habeat rei tradendæ facultatem, vel non habeat; Si non habeat, fortè quia rem alienam, aut deperditam vendidit, tunc per ſe clarum eſt, quòd fidem ſuam rei traditione liberare non poſſit, & conſequenter ad id, quod emptoris intereſt, obligatus ſit; Et ita allegati textus de præſtatione intereſſe intelligendi ſunt: Si autem tradendi facultatem habet, **wann die verkauffte Sach** / juxta verba articuli noſtri, **in ſeinem Macht vnd Gewalt iſt** / intereſſe invito venditori obtrudere non poteſt, ſed ſimpliciter ad traditionem rei obligatus eſt: Approbat hanc ſententiam etiam *D. Balthaſar. tit. 6. reſolut. 3. n. 22.* ubi plures auctores allegat.

Non autem quælibet traditio ſufficit, ſed venditor debet præſtare etiam 22 traditionis integritatem, id eſt, ut emptori liberam ac vacuam poſſeſſionem tradat, quæ à nemine civiliter, aut naturaliter detineatur, & ut emptori rem venditam habere liceat, **daß er ſolch gekauffte Haab vnd Guet** / inquit articulus, **für das ſein haben vnnd brauchen mög** / de quo agemus ad *Articulum 8.*

Quando autem cum animalibus pulli, vel adhuc in ventre exiſtentes, 23 vel ſeparati, cum agris fructus adhuc pendentes, vel demeſſi, cum venditâ ſylvâ ligna cædua jam inciſa, cum equo ephypium, & frœnum, cum vendita domo adjuncta ædificia, ſtabula, horreum, & ſimilia, & alia ejuſmodi acceſſoria veniant, videri poteſt paſſim apud familiares DD. *qui de empt. & vendit.* ſcribunt, utpote *Fabian. de Monte. quæſt. 6. Nicolaum Mozz. rubric. de natura. empt. & vend. &c.* quò Lectorem remittimus: Quoniam in hoc articulo horum accidentium nulla mentio fit.

Der Vierdte Articul.

SO einer dem andern ein Roß / Schwein / oder dergleichen Thier / die der Beſchau bedürfftig / zukauffen gibt / Er verſpreche jhm darfür oder nit / ſo ſoll er jhm das für rechtfertig gewehren / vnd ſo es ein Roß iſt / ſoll er jhm verpflicht ſeyn / für die hernach folgende drey Mängel / als ritzig / reidig vnnd hertzſchlechtig / vnd darfür ſoll er verpflicht ſeyn vierzehen Tag. Wo es aber geraubt oder geſtohlen wär / darumb ſoll der Verkauffer allweg verpflicht ſeyn / den Kauffer deßhalb ſchadloß zehalten.

SUMMARIA.

1. *Qui fuerint Romæ Ædiles?*
2. *Quod sit primum edictum ædilitium?*
3. *De quo genere edicti hîc agatur?*
4. *An ædilitium edictum tantùm locum habeat in jumentis, vel etiam in alijs rebus vitiosis?*
5. *Et in quibus?*
6. *Quæ sit differentia inter actionem redhibitoriam, & quanti minoris?*
7. *An possint simul intendi?*
8. *An tres species morborum sint restrictæ, vel etiam extendi possint ad alia vitia?*
9. *Quid si de alijs vitijs quoque conventum sit?*
10. *Quid si venditor in genere tantùm promiserit, equum esse sine vitio?*
11. *An redhibitoria, & quanti minoris etiam in levibus vitijs locũ habeant?*
12. *Quare semper locuti fuerimus solummodo de equis, & non etiam de jumentis alijs?*
13. *Quænam sint tres illæ species vitiorum, in quibus redhibitio locum habere potest, & in specie quid sit tabes?*
14. *Quid sit scabies?*
15. *An idem sit quod impetigo, & quotuplex illa?*
16. *Quid sit pulmonaria?*
17. *Quanto tempore utráque actio duret?*
18. *Quot casus quoad durationem harum actionum distinguendi?*
19. *An articulus noster locum habeat ratione harum trium specierum, & in reliquis animalibus vitiosis?*
20. *Quid si venditor de his tribus vitijs scientiam habuerit?*

1 ANtequàm ad explicationem hujus articuli in formalibus, prout jacet, deveniamus: Sciendum est, quòd in jure communi tam in *ff.* quàm in *Cod.* duos titulos habeamus, de Ædilitio edicto, Redhibitione, & quanti minoris, & prout inscriptio in Codice sonat, de ædilitijs actionibus. Erant enim in Urbe Romana Ædiles, penes quos non modò ludorum, ædium, & viarum, sed etiam añonæ, & propter añonam contractuum cura fuit, qui triplex edictum proposuerunt, quod recitat *Wesenbec. in paratit. ad h. t.* quò Lectorem remittimus.

2 Primum edictum ædilium tantùm de mancipijs, & servis: Secundum de jumentis, & animalibus morbosis, & vitiosis: Tertium de animalibus nocivis conceptum fuit. De tertio nobis hîc sermo non est, nec de primo multa disputatio esse potest: Cùm jura mancipiorum, & servorum apud Christianos in desuetudinem venerint. De secundo igitur edicto tantùm
3 quæstio est, in quâ constituitur hæc regula: Si jumentum, vel pecus venditum aliquod vitium, vel morbum habuerit, quem venditor tempore venditionis celavit, & reticuit, quòd in arbitrio emptoris fuerit, num velit actione redhibitoria agere, & rem vitiosam venditori restituere, vel an eam retinere, & actione æstimatoria, seu quanti minoris petere, ut venditor partem pretij restituat,, id est illam, quanto minoris emisset, si tempore contractûs rem vitiosam esse scivisset. Hoc edictum ædilitium, quod priùs tantùm de jumentis conceptum, posteà etiam ad pecora, & denique similiter, ad res inanimatas, corporales, mobiles, & immobiles extensum fuit; Ex ratione edicti, cùm improbum sit, ut venditoris taciturnitas emptorem in damnum, & præjudicium inducat.

4 Exsurgit igitur circa hunc articulum nostrum prima quæstio, cùm ipse non nisi de equis, suibus, & alijs pecoribus loquatur, an legislatoris intentio fuerit, rem ad antiquum statum reducendi, ita, ut in reliquis rebus mobilibus, aut immobilibus fraudulenter, aut culposè tacito morbo, aut vitio venditis actioni redhibitoriæ, & æstimatoriæ locus non sit? Et videtur dicendum, quòd sic, cùm in alijs rebus morbosis, & vitiosis mobilibus, aut immobilibus venditis emptor se ordinaria actione empti, & venditi

diti indemnem ſervare poſſit. Sed opinio noſtra eſt, quòd conſtitutiones 5
noſtræ ſtatutariæ juri communi, & maximè Receſſibus Imperij noviſſimis præjudicare non voluerint: Nam in Receſſu Imperij Auguſtano, de Anno 1500. diſponitur: Daß die Tücher genetzt vnnd geschoren verkaufft / an den Rammen / oder sonsten nit zu vil gestreckt; Et de Anno 1530. 1570. & 1577. mit keiner betrüglich oder fressenden Corroſiv-Farb (so man die Teufels-Farb nennt) gefärbet / Item Zucker / Pfeffer / Saffran / vnd andere Gewürtz mit anderen Materialien nit vermischt; Alte verlegne vnd vndichtige Apoteck-Materialien / vnnd Species der Artzneyen nit außgegeben: Der Wein mit Kalch oder dergleichen schädlichen Gemäch / Zusatz oder Einschlag nit bedämpffet / oder mit Wasser gefälscht: Item Wurtz-Wein / Bör-Wein / Kempt-Wein / Span-Wein / Malvesier / Rein-Wein / Welsch-Wein / gesteuerte / gedröberte / vnnd gesottene Wein / welche schädliche oder böse Gemächt vnd Zusatz haben / nit sollen verkaufft werden / ꝛc. Quæ omnia in Receſſibus Imperij ordinatione Maximiliani, & Caroli V. fuſiùs continentur. Nemo igitur dubitare poteſt, quòd in ejuſmodi rebus vitioſis actioni redhibitoriæ, & quanti minoris locus ſit: Cùm quædam harum rerum venalium etiam ſub pœna confiſcationis: Policey-Ordnung zu Franckfurt / de Anno 1577. vnd bey Ehren-Leibs-vnd Lebens-Straff / prohibitæ ſint. Idem dicendum eſt de cereviſia acetoſa, pane mucido, piſcibus fœtidis, annona corrupta, vino carioſo, carnibus leproſis, pfünig Fleiſch / ferro fragili, & rubiginoſo, mercibus non mercantilibus, verlegnen Waaren / & adulterinis, candelis non bonâ cerâ, aut ſebo conſiſtentibus, & ſimilibus innumeris rebus. Videatur pulcherimus libellus D. Rœvenſtrunch, ubi hanc materiam latè deducit.

Inter actionem redhibitoriam autem, & quanti minoris hæc differen- 6
tia eſt, quòd actio redhibitoria tunc tantùm locum habeat, ſi vitium tale ſit, quo cognito emptor nullo modo empturus fuiſſet; Sed actio æſtimatoria præſupponit, quòd vitio cognito emptor tamen à contractu non receſſiſſet: Quia verò hæc in animo conſiſtunt, ideò priùs diximus, in emptoris poteſtate eſſe, an velit redhibitoriâ, vel æſtimatoriâ agere, quia unam ex ijs eligendo animum ſuum declarat, ut ulteriori examinatione opus non ſit.

Si tamen una ex his actionibus electa, & intentata fuerit, alteram 7
emptor poſteà inſtituere nequit, cùm exceptione rei judicatæ ſubmoveri poſſit, traditur igitur hæc cautela, ut hæ duæ actiones alternativè cumulentur, tametſi enim ad hunc effectum conjunctio non proſit, ut condemnatio fieri poſſit conjunctim, tamen, ſi alterius fortè requiſitum deficit, condemnatio fieri poteſt pro altera actione, in qua requiſita omnia exactè probata ſunt, *Gail. lib. 1. obſerv. 63. Caſpar Caballin. de ædilitijs edictis. cap. 3. n. 4.* Formulam hujus cumulationis tradit *Mejerus in Colleg. Argentoratenſ. ad h. t. n. 34.* ut ſcilicet emptor ſic concludat: Ajo, rem à me vitio tecto emptam duplo minoris eſſe, vel triplo, quam etiam pluris non emiſſem, ſi vitium, quod venditor tacuit, ſciviſſem, peto igitur, ut rem mihi redhibere liceat, vel ſi non ſit in cauſa redhibitionis, de pretio ſoluto tot, vel tot venditor reſtituat, vel ſi pretium nondum ſolutum fuit, me obligatum de hac, vel illâ parte, quanti minoris emiſſem, liberet.

Altera quæſtio eſt, cùm articulus tantùm loquatur de tribus ſpeciebus 8
morborum, & vitiorum, quæ in equis venditis actioni redhibitoriæ, vel æſtimatoriæ locum faciunt, attamen Joannes Wilhelm: Rœvenſtrunch, in ſuis pulchris meditationibus ædilitijs, *cap. 4.* triginta quinque enumeret, an hi morbi,& vitia noſtro articulo comprehenſa tam reſtrictè intelligi debeant, ut in reliquis equorum morbis, vel vitijs redhibitoriæ, aut æſtimatoriæ locus non ſit? Et reſpondemus affirmativè, quod propterea factum eſſe videtur,

ut

ut multiplicitas litium impediatur : Si enim ob quemlibet morbum, aut quodlibet vitium, quorum innumera sunt, redhibitoriæ actionis, aut æstimatoriæ copia daretur, cùm equorum contractus emptionis, & venditionis frequentissimus sit, & quotidianus, omnia tribunalia litibus scaterent, cùm tamen bona fides, qua contractus emptionis, & venditionis maximè constat, non patiatur, ut ob quamlibet causam levem rescissio fiat. *l. res bona. ff. de contra. empt. l. 8. C. de rescind. vendit.*

9 Si tamen inter emptorem, & venditorem etiam de alijs morbis, aut vitijs specialiter convenerit, V. G. quòd equus non sit phreneticus, furiosus, calcitrosus, caducus, superiosus, lunaticus, articularius, herniosus, vel simili aliquo defectu laborans, venditor ad præstandam fidem obligatus est.

10 Similiter, si venditor in genere promiserit, equum venditum sine morbo, aut vitio esse, ex hac promissione redhibitoriâ, vel æstimatoriâ tenetur, tametsi morbus, aut vitium ex tribus in hoc articulo enarratis speciebus non sit ; Modò tamen vitium, aut morbus gravis sit, & ita constitutus, ut emptori rei venditæ usum, vel prorsùs inutilem, vel certè multùm difficilem faciat, de qua quæstione Vid. *Paulus Zacchias doctissimus Medicus, & Juris-Consultus in suis quæst. medico-legalibus. lib. 2. tit. 3. quæst. 4. & seqq.* ubi novem modos proponit, in quibus vitium, vel morbus gravis

11 dici, & judicari possit : Nam in levibus vitijs, & morbis ædiles actionem redhibitoriam, aut æstimatoriam emptori denegant. *l. 1. §. 8. ff. de ædilit. edict. l. 4. §. ult. l. 5. C. eodem. Collegium Argentoratense. loc. cit. n. 15.* Ubi pro morbo levi habetur, qui contemni potest, sive quo ministerium homines, aut pecoris non impeditur, nec ejus usus deterior redditur. Ubi tales defectus 26. enumerantur, & legibus probantur, quò Lector recursum habere velit.

12 Quæres, quare in secunda hac quæstione semper locuti fuerimus de venditione equi, & non etiam de venditione aliorum animalium ? Respondemus, nostra opinione magnam differentiam esse, inter venditionem equorum, & reliquorum animalium. In venditione equorum enim, ut modò deduximus, venditor tantùm in tribus enumeratis casibus de evictione tenetur, nisi aliud promissum fuerit ; In venditione verò aliorum animalium non tantùm in prædictis tribus casibus, sed simpliciter in omni casu juri conformi venditor ad evictionem obligatus est, sive promissionem de evictione fecerit, sive non fecerit. Videtur nobis articulus clarus esse, qui in rubro, & introitu nigri quidem de omni animali vitioso, & morboso loquitur, tres istos casus verò, de quibus plura sequentur, solùm ad equorum nundinationem restringit ; Fortè, quia illa est frequentior, magìs præcipua, & majoris pretij, quæ plerúmque non inter plebejos homines, sed etiam inter magnates lites, & discordias parit. Et hinc deducitur

Diff. tur differentia inter jus commune, & statutarium, quia jus commune inter animalia nullam differentiam, nec restrictionem ad certas, & determinatas species morborum, aut vitiorum facit, prout tamen iste articulus clarè decidit, in verbis : Und so es ein Roß ist / soll Er verpflicht seyn / für die hernach folgende drey Mängel / ergò, wann es ein anders Thier ist / ist er ihme auch verpflicht ausser der drey Mängel / sive de evictione caverit, sive non, Er verspreche darfür oder nit.

13 Tertia quæstio est, quænam sint illæ tres species morborum, seu vitiorum, in quibus venditor redhibitoriâ, vel quanti minoris tenetur, tametsi de ijs nihil promissum fuerit ? Et respondemus, primam speciem esse Tabem, die Ritzigkeit / hinc tabidus equus, ein ritziges Pferdt / est equus corruptus, qui tabem patitur : Martialis *lib. 1.* indignas premeret pestis contabida fauces ; Significat enim tabes, sive tabus (quoniam utrúmque dicitur)

citur) aliquid cruentum, vel purulentum, quod corrupta animalia foràs evomunt; Et diſtinctio eſt inter animal tabidum adhuc vivum, & morti proximum: Quoniam tabus, ſi adhuc cum ſanguine fluit, interiorum viſcerum pulmonis, hepatis, &c. infirmitatem portendit, ſi autem fluit cum mero pure, totalem corruptionem viſcerum oſtendit. Ut *Virg. in Georg.* ait turpi dilapſa cadavera tabo: Et *lib. 3. Æneid.* atro tabo fluentia membra. Item Silvius *lib. 13.* putri tabo liquentia cadavera. Tabificus, adjectivum à tabe procedens, vocatur equus, qui tabem contagiosè inducit; Ex peritis enim intellexi, quòd humor ille purulentus, qui ab equo tabido profluit, totum equile inficere poſſit, ita ut ſubinde neceſſe ſit, inferiora tabulata ſtabulorum, & maximè trabem pabulariam, den Roßbaren / vel omninò tollere, vel partes ſuperiores, in quas peſtiferum illud excrementum incidit, limâ penitus eradicare.

Altera ſpecies eſt ſcabies, ſive ſcabritia, aut ſcabrities, hinc adjectiva 14 ſcabioſus, ſcabratus, ſcabroſus equus, ein räudiges / oder raudiges Pferdt / Cujus vitij, & morbi natura eſt, ut in cute aſperitatem quandam, & puſtulas pruriginem facientes inducat; Juxta *Virg. 1. Georg.* Exeſa invenies ſcabra rubigine pila. Et *Cic. 3. Tuſcul.* Intonsâ infuſcat pectus illuvie ſcabrum. Et hinc *Cato. cap. 96.* pecus ſcabrum pro ſcabioſo ponit. *Ulpianus in l. Pomponius. 6. ff. de ædilit. edict.* hunc morbum impetiginem vocat, & animal hoc morbo infectum impetiginoſum. Et, quamvìs *Ulpianus in dict. l. Pomponius.* §. *Trebacius, & in l. protervi. ff. de ædilit. edict.* impetiginoſum, ſive ſcabroſum animal redhiberi non poſſe exiſtimet, tamen id juxta *Zachiam. lib. 2. tit. 3. quæſt. 6.* tantùm de levi ſcabie, & impetigine intelligendum eſt, cùm Juris-Conſultus ipſe hanc conditionem apponat: Si impetiginoſus ſervus affecto membro rectè uti poſſit. Ut proinde præſupponat, duplicem 15 eſſe impetiginem, mitiorem, & ferocem: Mitior ſubinde tantùm unum, vel alterum membrum invadit, prout in publicis paſcuis ſæpè videmus, quòd equi ſe invicem in aſperis collis ſcabant, de cætero verò in toto corpore ſani, & planæ cutis ſint: Ferocior verò impetigo corpus cum magna exaſperatione ferè totius cutis, & ingenti pruritu affligit. Et de hac ſcabie, ſive impetigine Germanicum noſtrum verbũ, Räudig / intelligendum eſſe non dubitamus, utpote, quæ teſte dict: *Zachia. loc. cit. n. 21.* facilè in Pſoram, & Lepram tranſit, & ut plurimùm contagioſa eſt, maximè in jumentis, & pecoribus, quæ contagioni magìs obnoxia ſunt, quàm mancipia, & homines.

Tertia ſpecies eſt, pulmonaria, die Hertzſchlechtigkeit: Et hinc pulmo- 16 nariam ovem vocat *Columell. lib. 7.* pulmonarium pecus, cui non eſt ſufficiens reſpirandi facultas. Sub corde enim pulmo habitat, ut *Plinius. lib. 11.* inquit, ſpirandíque officina eſt, attrahens ac reddens animam, idcircò ſpongioſus ac fiſtulis inanibus cavus. Et hinc, ſi officium ſuum in reſpiratione adimplere non poteſt, laterum extenſionem, cordis tremorem, & palpitationem inducit, ex qua palpitatione cordis, laterîſque concitatione, & extenſione Germani ejuſmodi animal vocant, Hertzſchlächtig. Itali vocant hanc infirmitatẽ, il pulſivo, quam anonimus quidam ſcriptor, *cap. 40. de Caballis.* ita deſcribit: Il pulſivo e una infirmita, che adviene al' cavallo intorno al polmone, & rechiude i forami della aſpiratione del polmone, ſi che il cavallo non po quaſi reſpirare, e falli gran ſuffocatione de naſo, & forte ſonare di fianchi: Morbum Aſtmaticum non malè dixeris. Et hic morbus maximè in equis periculoſus eſt, cùm enim ad curſum concitantur, motu reſpirationem ſufficientem impediente ſuffocantur, & concidunt inanimes. Maximè autem hæc reſpirandi facultas adimitur animalibus, quando pulmo putreſcit, & ſpongioſitas illius exulceratur, quæ exulceratio pertinet ad primam ſpeciem, id eſt tabem, & non minùs conta-

giosa est, quàm tabes universalis, aut scabies ferox, & ideò hi tres morbi potissimùm excepti sint, cùm latentes, intrinseci, & occulti sint, consequenter venditorum fallaciæ magis accomodi.

17 Quarta quæstio est, quanto tempore redhibitoria, & æstimatoria duret? De jure comuni res clara est, quòd redhibitoria intra sex menses, actio verò æstimatoria, sive quanti minoris intra annum opponi debeat. Quoad primum, textus sunt expressi in *l. sciendum. 15. §. fin. & l. cùm sex menses. 55. ff. de ædilit. edict.* Quoad secundum verò in *l. 19. in fine. & l. 38. ff. item l. 2. C. eodē.* Ex quo *D. Balthas. tit. 4. resol. 4. n. 24.* & *D. Rath. dict. dissert. de potiss. juris &c. assert. 55.* concludunt, magnam differentiam esse inter jus comune, & statutarium, cùm articulus noster non nisi 14. dierum spatium ad excludendam redhibitoriam, & æstimatoriam præfigat.

18 Sed profectò res ista ita nudè, & crudè determinari non potest: Nos igitur distinguimus tripliciter: Primò, in venditione equorum: Secundò, in venditione aliorum animalium: Tertiò, in venditione quarumcúnque aliarum rerum vitiosarum, mobilium, vel imobilium. In primo casu, si equus venditus fuerit, & ab emptore intra 14. dies de tribus dictis speciebus morborum, & vitiorum nulla oppositio facta fuit, actioni redhibitoriæ, & quanti minoris præscriptum est; Quod ultrò D. Rathio, & Balthaseri concedimus, non attenta illorum opinione, qui actionem quanti minoris civilem diuturniorem, adeóque perpetuam facere volunt: Et hæc est *Diff.* vera differentia juris nostri statutarij à jure comuni. Si autem venditor equi etiam quoad alios defectus stipulationem de evictione fecerit, scilicet, quòd equus non sit calcitrosus, herniosus, &c. credimus, quòd emptori actio redhibitoria, vel quanti minoris non tantùm intra 14. dierum, sed secundùm dispositionem juris comunis intra anni, vel sex mensium spatium competat: Ratio est, quia articulus noster tantùm loquitur de istis tribus speciebus morborum, aut vitiorum modò explicatis, de quibus evictio debetur intra 14. dies, tametsi non fuerit conventa; Cùm quasi impossibile sit, ut emptor intra 14. dies ejusmodi defectus capitales deprehendere non possit.

19 Similiter, cùm articulus noster expresè disponat, ut hæc restrictio tantùm ad emptionem, & venditionem equorum, & ad prædicta tria vitia intelligi debeat, non video, qua ratione ad reliqua animalia, & eorum vitia extendi possit; Nisi fortè reliqua animalia etiam laborent ex uno horum trium morborum, aut vitiorum: Quamvìs etiam in hoc subsistamus, cùm textus noster terminum præscribendæ redhibitoriæ, & æstimatoriæ videatur ad duo restrinxisse, primò ad nundinationem equorum, & secundò ad tres enarratas species morborum, & vitiorum: Tametsi igitur supponas, in venditione, & emptione aliorum animalium ad redhibitionem, vel æstimationem quanti minoris agi posse ex prædictis tribus speciebus; Nihilominùs tamen, cùm articulus quoad præscriptionem actionis 14. dierum, disponat de solis equis, difficulter illud ad reliqua pecora accomodari poterit, super quo puncto cuilibet judicium liberū relinquo. D. Rathius, & Balthas: quamvìs apertè non dixerint, videntur tamen hujus opinionis fuisse, quòd articuli nostri dispositio non tantùm ad equos, sed ad omne aliud pecus, aut animal extendenda sit, quo in casu generali abrogationi terminorum de jure comuni pro præscriptione redhibitoriæ, vel quanti minoris præfixorū factū locū fuisse, dicendum esset. Sed planè præsuppositum hoc verbis articuli nostri non convenit. Denique, si concertatio neque de equis, neque de reliquis animalibus, aut pecoribus, sed de alijs rebus vitiosis, aut morbosis est, multò minùs restrictio interponendæ redhibitoriæ, vel quanti minoris facienda est ad terminum 14. dierum, cùm de ijs totus articulus nec in rubro, nec nigro ullam mentionem faciat.

Quæ

Quæ autem hîc diximus de præscriptione 14. dierum in vitijs, & mor- 20
bis equorum enumeratis, locum duntaxat habent, si venditor vitium morbúmve equi venditi ignoravit, nam, si equum morbidum, aut vitiosum scienter, & sic dolosè, & fraudulenter vendidit, actione empti usque ad 30. annos rectè convenitur. *l. tenetur. 6. §. finali. l. servus. 30. §. fin. ff. de actione empti.* Tametsi generaliter pactus fuisset, quòd ad evictionem teneri nolit, *l. quæro. 39. ff. de act. empt. l. ea quæ. 43. §. fin. ff. de contr. empt.* Quoniam dolus nemini patrocinari debet. *Rath. loc. cit. assert. 56.*

Ultimò in hoc articulo statuitur, si pecus venditum fuerit furtivum, quòd tunc venditor ad emptorem indemnem servandũ sit omninò obligatus, nisi forte scienter rem furtivam emerit, tunc enim tenetur, domino rem furtivam non refuso pretio restituere, & ei omnis actio adversùs venditorem denegatur. *l. si fundum. C. de evict. l. in venditione. ff. de act. empt.* de quo videbimus plura ad *Art. ult. hujus. Tit.*

Amplissima materia esset, & quidem jucunda, de edicto ædilitio, actione redhibitoria, & quanti minoris plura in medium afferre, sed, cùm ultra cancellos articuli nostri exspatiari nolimus, lectorem ad pulchras meditationes ædilitias Rœvenstrunchij, tractatum Caspari Caballini, quæstiones Medico-legales D. Pauli Zachiæ, Magistralem resolutionem *Gomezij. to. 3. cap. 2. ad tit. de empt. & vend. à n. 49.* usque ad finem, & novissimè ad pulchras Theses D. Strauchij dissertationum ædilitiarum remittimus, & ad ulteriora progredimur.

Der Fünffte Articul.

Hat jemand ein Guet kaufft / vnnd gehet dasselb / ohne deß Verkauffers Verschulden / oder mercklichen Unfleiß / zu Grund / oder leydet sonsten Schaden / so ist der Verkauffer solchen Schaden zegelten vnd zebüessen nit schuldig / sonder der Kauffer mueß denselben leyden / ob es gleich in seinen Gewalt noch nicht kommen / Es wäre dann der Schaden auß deß Verkauffers verursachen / oder daß er das verkaufft Guet / wann es in seinem Gewalt gewesen / nit so wol / als sein aigen Guet verwahrt vnnd versorgt / oder den Kauffer mit Einantwortung deß Guets / wider Gebühr / vnd dessen Will auffhielt / Auch wann der Kauff nit lediglich / sonder auff künfftige Geding vnd Fäll wäre beschlossen worden. Dann in solchen Fällen ligt die Gefahr deß verkaufften Guets dem Verkauffer ob / vnd ist er den Schaden zegelten vnd zebüessen schuldig.

SUMMARIA.

1. *An in emptione, & venditione res pereat suo domino?*
2. *Quid si perierit culpâ venditoris?*
3. *Quæ culpa requiratur?*
4. *Quid si venditor fuerit morosus in traditione?*
5. *Quid si venditio fuerit conditionalis?*
6. *Quid si res non perierit in totum?*
7. *Quid si venditor promiserit, rem in eodem statu tradere, quo tempore venditionis fuit?*
8. *Quid si venditio fuerit restricta ad certum factum?*
9. *Quid si aliter inter partes specialiter convenerit?*
10. *Quid si animal perierit ex morbo præexistente?*

11. Quid si venditor illius morbi prorsùs ignarus fuerit?
12. Quid si res alternativè vendantur?
13. Quid si res antè traditionem confiscetur?
14. Quid si contractus non in totum fuerit perfectus?
15. Quid si venditio fuerit facta in scriptis?
16. Quid si venditio facta fuerit in diem?
17. Quid si res pereat furtò, aut incendiô, cui incumbat probatio culpæ?

1 QUamvìs aliàs regula generalis sit, quòd quælibet res pereat domino suo. *l. quæ fortuitis. 6. l. pignus. 9. Cod. de pignoratitia act.* Tamen in contractu emptionis, & venditionis contraria statuitur regula, ut, si res in specie vendita fuerit, tametsi ante traditionem dominium in emptorem non transiêrit, aut, ut articulus loquitur, res vendita in ejus potestatem nondum devenerit, nihilominùs periculum ad emptorem pertineat. Ratio est, quia venditor est debitor certæ speciei, debitor autem speciei re perempta liberatur. *l. quod te mihi. ff. si certū petatur. l. si ex legati. ff. de V. O.* & sicut omne cōmodum emptione perfecta ad emptorē pertinet, ita etiam incomōdum, & periculum ad eum redundare debet. *Mynsing. cent. 6. obs. 36. per tot.*

2 Ponit tamen articulus noster aliquas exceptiones. Prima est, *nisi* venditoris culpâ periêrit, cùm enim venditor ad custodiam rei venditæ obligatus sit, donec traditio fiat. *l. 2. §. fin. l. custodiam. l. si vendita. ff. de peric. & commod. rei vend.* rectè in eum periculum derivatur, si interitus rei venditæ ex ipsius culpa, & negligentia contigit.

3 Quia verò articulus noster loquitur, von einem mercklichen Unfleiß / de notabili negligentia, quæritur, quænam culpa ad transferendum periculum in venditorem necessaria sit? Et respondetur, siquidem emptio, & venditio contractus est, qui utriúsque tam venditoris, quàm emptoris gratiâ celebratur, quòd in eo præstetur dolus, lata, & levis culpa, non autem levissima. *l. hoc ita. §. fin. l. custodiam. l. si vendita. ff. de peric. & comm. rei vend. l. contractus. ff. de R. J.* sive, ut *Mynsing. loc. cit.* loquitur, venditor tenetur ex culpa, mora, & calliditate. Debet igitur in re vendita, donec tradatur custodienda, venditor talem diligentiam adhibere, qualem quilibet bonus ac diligens Paterf: in rebus proprijs adhibere solet. *l. quod sæpè. §. si res. ff. de contra. empt. §. cùm autem Inst. de empt. & vend.* Si igitur, E. G. ingruente hostili periculo res suas proprias aliò transferat, rem venditam verò periculo expositam relinquat, & illa pereat, periculo venditoris, & non emptoris perit, cùm contra officium boni Patrisf: fecerit, Da er das verkaufft Guet / ut articulus inquit, so noch in seinem Gewalt gewesen / nit so wol/ als sein aigen Guet verwahrt/ vnd versorgt hat. Et hoc procedit, sive culpa venditoris consistat in cōmittendo, sive omittendo: Licèt enim dispositio Legis Aquiliæ culpam in cōmittendo requirat, in contractibus tamen præstatur etiam culpa omissionis. *Petrus Nicol. Mozz. rubric. de accident. empt. n. 19.* Concordat articulus noster, qui non tantùm loquitur de culpa venditoris, von deß Verkauffers Verschulden / sed etiam de negligentia, mercklichen Unfleiß / ubi notetur verbum, mercklichen / quod levissimam culpam in omittendo excludit.

4 Secunda exceptio est: Si venditor in traditione rei venditæ contra justitiam, & æquitatem, wider die Gebühr / & contra voluntatem emptoris moram fecerit, da er den Kauffer / inquit textus, mit Einantwortung deß Guets wider die Gebühr vnnd dessen Willen auffhielt. Concordat *l. Istud. ff. de peric. rei venditæ. & l. fin. C. eodem.* Statim autem venditor censetur esse in mora, quando pretium recipit, & non reciprocè, Zug vmb Zug / rei traditionem facit. *l. 13. §. 20. ff. de act. empt. & l. 5. C. eod.* Addit tamen

articu-

articulus; si res vendita in ejus potestate sit : Si autem in ejus potestate non est, procurare debet, ut sine culpabili mora, & procrastinatione traditio effectuetur ; Nam idem est, sive sit in mora tradendi, sive in mora traditionis procurandæ, cùm utrúmque eidem incumbat. Si autem per emptorem stat, ut traditio retardetur, fortè quia solutionem pretij, vel ex integro, vel in ea moneta non fecit, ad quam se obligavit, tunc venditor à mora excusatur, & periculum redit ad emptorem, sicut etiam in eo casu, quo neuter neque venditor, neque emptor in culpa est, soli emptori periculum remanet. *l. ult. C. de peric. & commod. rei venditæ. Mynsing. dict. cent. 6. obs. 36. n. 3.*

Tertia exceptio est, si emptio, & venditio non fuit pura, sed sub conditione, & ad futuros casus inita : **Wann der Kauff nit lediglich / sonderen auff künfftige Geding vnd Fähl wäre geschlossen worden** : Tunc enim antè conditionis, & casûs eventum res perit venditori. *l. necessariò. §. quòd si vendente. ff. de peric. & commod. rei venditæ.* tametsi emptori ante existentiam conditionis, aut alterius eventus fuerit tradita. Quod tamen ita intelligendum est, ut, si pendente conditione res vendita in totum perierit, periculum sit venditoris, si autem pendente conditione tantùm fuerit deteriorata, particulare hoc damnum pertineat ad emptorem. *Gomezius. loc. cit. cap. 2. n. 32. Molina de Just. & Jure. disp. 366. n. 18.* Ratio diversitatis est, quia venditor ad traditionem obligatus est, si autem res vendita pendente conditione in totum interierit, tradi non potest, ergò obligatio conditionalis est interempta : Aliud est, quando præsupponitur res vendita deterior facta, nam, cùm traditio fieri possit, per quam venditor se ab obligatione liberet, obligatio pendente conditione interempta dici non potest. Quid si autem res vendita tempore conditionis pendentis culpâ venditoris fuerit deterior facta ? Et nullum dubium est, tametsi rem venditam tradendo contractui satisfaciat, quòd nihilominùs teneatur ad id, quod emptoris interest, rem ipsius culpâ, & negligentiâ factam esse deteriorem. Si autem venditor expresè stipulatus fuerit, rem in eodem statu, quo tempore venditionis fuit, eveniente conditione emptori tradere, emptor ad solutionem pretij conventi non obligatur, si res medio tempore etiam casu fortuito deterior facta fuit : Quoniam pacta dant legem contractibus. *§. cum autem. Inst. de emptione, &c. l. in venditione. ff. de peric. & commod. rei venditæ.*

5 Tertia exceptio … (marginal numbers: 5 at "Tertia exceptio", 6 at "Quod tamen ita intelligendum", 7 at "Si autem venditor expresè")

8 Notabiliter tamen observandum est, quòd articulus noster non tantùm loquatur de venditione conditionali, sed etiam illa, quæ ad alios rerum casus, & eventus restricta fuit. V. G. ut jam supra habuimus, vendo tibi hunc gregem ovium, ut priùs numeres, & visites, vendo tibi vinum, ut priùs gustes, &c. Antequàm enim vinum gustetur, aut oves visitentur, & numerentur, periculum est apud venditorem ; juxta verba articuli nostri : **Wann der Kauff nit lediglich / sonderen auff künfftige Geding vnnd Fähl wäre beschlossen worden.** Interim, cùm contractus emptionis, & venditionis bonæ fidei sit, & mutuum synalagma contineat, nemo dubitare potest, quin emptoris periculo cadat, si ipse in mora sit vinum degustandi, vel oves visitandi, & dinumerandi. Sed de hac materia alibi sermo redibit.

9 Quarta exceptio est, nisi aliter inter partes conventum fuerit, ut una, vel altera periculum in se recipiendo alteram ab obligatione sua liberaret. *§. cùm autem. Inst. de empt. l. necessariò. §. quod si vendente. ff. de peric. & commod. rei vend.* Cùm quilibet favori pro se introducto renunciare possit. Verbo dicamus, si inter partes nihil conventum est, periculum ad illam pertinet, cujus culpâ, aut morâ res interitum passa est, si neutrius, spectabit ad emptorem. *l. ult. C. de peric. & commod. rei vend.* Ultra hos casus in

in articulo noſtro comprehenſos adhuc in jure comuni alij quidam comprehenduntur, quos excludere non poſſumus, & quidem

10 Quinta exceptio eſt, ſi interitus alicujus animalis ex morbo, vel vitio contingat, ante venditionem exiſtente, & venditori cognito, tunc enim, cùm in manifeſto dolo ſit, animal ipſius periculo, & non emptoris perit. Quod convenit cum ſupra dictis, ubi diximus, quòd etiam poſt traditionem factam emptori contra doloſum, & malitioſum venditorem ad reſtituendum pretium actio ex empto ad 30. annos competat. Si quis autem habet actionem ad repetendam rei ſolutionem, multò magìs habet exceptionem ad ſolutionis excluſionem, per vulgaria.

11 Et hoc ulteriùs extendimus, ut venditori etiam de interitu animalis morboſi periculum incumbat, tametſi morbum, aut vitium ignoraverit, modò illud vitium præexſtiterit, & ex eo mors ſubſecuta fuerit. *l. ult. Cod. de peric. & commod. rei vend. & l. 44. ff. de contr. empt. Perez. ad dict. tit. de peric. & comm. &c. n. 11. & Collegium Argentorat. ad dict. tit. n. 4. Regula. 13.* Et hujus rei ratio eſt, quia venditor etiam vitium ignorans ad evictionem obligatus eſt, ergò etiam obligatus eſt ad periculum rei vitioſæ venditæ, & peremptæ. Ex quo ſequitur, cùm in venditione equi venditor ignorans tantùm de tribus vitijs, ut explicavimus ad præcedentem articulum, teneatur, quòd in reliquis vitijs propter ignorantiam excuſetur, & periculum

Diff. ad emptorem pertineat, quod pro differentia inter jus comune, & ſtatutarium annotandum eſt.

12 Sextò, periculum ad venditorem ſpectat, ſi duas, vel plures res alternativè vendat: V. G. duos equos, vel boves, dicendo, quem volueris ex illis, tibi 50. florenis vendo. Antequàm igitur emptor unum eligat, periculum incumbit venditori, ſi unus ex equis, aut bobus ſolus intereat, ſed ſi ambo interiêrint, priuſquàm traditio fiat, periculum eſt emptoris, per textum clarum in *l. ſi in emptione. 34. §. ſi emptio. 6. ff. de contr. empt.* Nec hac in parte venditor quidquam conqueri poteſt, cùm rebus pluribus alternativè venditis in ipſius poteſtate ſit, quam velit, tradendi, & proinde, ſi moram traxerit, donec una ex rebus venditis interiêrit, nemini niſi ſibi culpam imputare poteſt. *d. l. 34. §. 6. ff. de contr. empt.*

13 Septima exceptio eſt, ſi res vendita ante traditionem confiſcetur, tunc enim periculum non eſt emptoris, ſed venditoris. *l. ſi fundum. ff. locati.* ita ut, etiamſi pretium ſolverit, illius condictionem habeat, *Mozzius. rubric. de accident. empt. & vend. n. 31.* Ratio per ſe clara eſt, quia confiſcatio fieri non poteſt ſine delicto venditoris, delicta autem ſuos debent tenere auctores. *l. ſancimus. 22. C. de pœnis.*

14 Ultima exceptio eſt, ſi contractus nondum fuerit perfectus: De conditionali emptione, & venditione, vel ad certum caſum ſuſpenſa, jam antea diximus, quòd periculum pendente conditione, vel caſu, ad quem venditio reſtricta fuit, nondum eveniente ad venditorem ſpectet; Ex eo capite, quòd tamdiu contractus perfectus non ſit, donec conditio purificetur, aut caſus adimpleatur. Si autem contractus, nec ſub conditione ſuſpenſus, nec ad alicujus caſus eventum reſtrictus fuit, tunc ſtatim pro perfecto habetur, quando emptor, & venditor mutuo conſenſu ſuper certo

15 pretio, & merce inter ſe convenerunt: Niſi, ut ad *Articulum 2.* explicavimus, partibus placuerit, ut ſupra contractu inſtrumentum, ſive ſcriptura conficiatur, ita ut ante ſcripturæ, ſive inſtrumenti erectionem non valeat, tunc enim, ſi medio tempore res vendita caſu fortuito pereat, periculo venditoris perit. Aliud dicendum eſt, ſi partes quidem de inſtrumenti confectione convenerint, non autem expreſsè addiderint, ut contractus nullius valoris ſit, donec ſcriptura fuerit in mundum redacta, & abſoluta; Nam juxta ſuperiùs dicta in tali caſu præſumitur, de ſcripturæ confe-

ctione

ctione tantùm memoriæ, & probationis: Non autem firmitatis, & sollennitatis causâ inter partes conventum esse. Et proinde, si res casu fortuito ante scripturæ absolutionem intereat, periculum pertinet ad emptorem.

Aliud est, si conventio facta fuerit in diem, tali modo, ut, si quis intra certum diem meliorem conditionem attulerit, liceat venditori, rem posteriori licitatori adjicere, sive si inter partes convenerit, ut res inempta esset, quando intra certum tempus emptori displiceret, de quibus casibus Vid. *Colleg. Argentoratense. ad h. tit. de peric. & commod. &c. n. 2. & ad tit. de in diem addictione. n. 3.* Cùm hæc conditio non sit suspensiva, sed resolutiva. 16

Sæpissimè tamen super hoc litigatur, si res vendita apud venditorem furto, vel incendio pereat, an probatio culpæ incumbat emptori, vel venditori purgatio à culpâ? Et certè in dubio incendium non casu fortuito, sed culpâ inhabitantium ortum præsumitur. *l. Nam salutem. §. cognoscit. 3. ff. de offic. præf. Vigil. item l. si vendita. 11. ff. de peric. & com. rei vend.* Verùm, cùm hæc præsumpta culpa intelligatur tantùm de levissima, & quidem de tali duntaxat, quæ in omittendo, aut negligendo, non quæ in comittendo, vel faciendo consistit. *Gail. lib. 2. obs. 21. n. 3. Mynsing. cent. 6. obs. 88. n. 12. Menoch. lib. 2. arbit. judic. quæst. cent. 4. casu. 390. n. 7. Farinac. in sua pract. crim. part. 3. quæst. 110. cap. 92.* In contractu autem emptionis, & venditionis levissima culpa non præstetur; Sequitur, emptori incumbere, ut probet incendium, vel furtum culpâ latâ, vel levi venditoris ortum esse: Ratio est, quia hæc est intentio actionis suæ, quia sine culpa lata, vel levi periculum ad venditorem non spectat, quilibet autem intentionem actionis suæ probare debet. Fusè *And. Rauchbar. quæst. 10. à n. 36. usque ad n. 50. Menoch. dict. lib. 2. cent. 4. casu. 390. Berlich. lib. 4. concl. 25. n. 76. cum sequentibus.* Quamvis *D. Balthasar. tit. 6. resol. 5. n. 4. ad finem.* contrarium sustineat. 17

Der Sechste Articul.

Verkaufft jemand dem andern Aecker / Wisen / Holtz / oder dergleichen Stuck / vnnd sagt es hab so vil / oder so vil Juchart / Pifang / oder Tagwerck / so mueß er dem Kauffer auch so vil gewehren / er hätte dann gesagt / er wüßte es nit für gewiß / sonder verkauffe jhm den Grund / wie er vor Augen lig; Hat aber der Grund mehr Juchart / Pifang / oder Tagwerck / dann der Verkauffer angezaigt / so ist der Kauffer deßwegen etwas weiters zubezahlen nit schuldig / es hätte dann der Verkauffer gesagt / daß der Grund gemessen / vnd für jede Juchart / Tagwerck / Pifang / ein gewisses Gelt bezahlt werden soll.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit differentia inter venditionem, quæ fit secundùm substantiam, vel quæ fit ad numerum, mensuram, aut dimensionem?*
2. & 3. *Exempla.*
4. *Quid inter utrumque contractum ad substantiam, vel numerum, &c. factum intersit?*
5. *Quid si traditio facta fuerit ante dimensionem, vel dinumerationem?*
6. *An debeatur integrum pretium, si res auctior, vel minor fuerit inventa?*
7. *Quid si res duobus fuerit vendita uni purè, alteri conditionatè, ad numerum,*

rum, mensuram, & dimensionē, &c. & huic posteriori tradita?

8. 9. 10. & 11. Quomodo judicari possit in dubio, an res fuerit vendita quoad substantiam, vel conditionatè quoad numerum, dimensionem, mensuram, & deponderationem?

12. Quid vi articuli nostri dicendum?

13. Quid dicendum de talibus rebus, quæ numero, pondere, & mensurâ constant, si illæ vendantur in genere, vel specie, non numero, aut pondere, &c.?

14. Quid si dolium vini emam degustatum, sed ad numerum mensurarum?

15. Quid si quis rem vendiderit, quam scivit certò esse depretiandam?

16. & 17. Quid si quis alteri rem vendat, ut pretio uti possit?

1 VEnditio dupliciter fieri consuevit, vel secundùm rem, prout in se est, & ante oculos jacet, vel ad numerum, mensuram, aut dimensionem. V. G. Ego vendo alicui agrum, pratum, nemus, vel grandem volvulum panni, lintei, &c. prout ante oculos jacet, nullo numero jugerum, ulnarum, &c. apposito, tunc res per se clara est, quòd venditor ad dimensionem non sit obligatus. Si autem in venditione expresè asseruerit, quòd hic, vel ille fundus tot jugera, hic vel ille volvulus panni, aut lintei tot ulnas contineat, ad dimensionem, &, si res minoris dimensionis, quàm jactabundus venditor indicavit, inventa fuerit, ad evictionem obligatus est. Quando autem venditor numerum, mensuram, sive dimensionem non assertivè, sed dubitativè protulit, & rem non ad mensuram, sive dimensionem, sed prout in se est, secundùm corpus, & substantiam suam vendidit, in dimensione verò ex postfacto abundantior inventa fuerit, quàm venditoris dubitativa assertio comprehenderit, emptor ad majus pretium, quàm in tractatu super ipso corpore, sive rei substantia facto convenerit, non tenetur: Sed sicut defectus ipsius damno cessisset, ita etiam augmentum di-
2 mensionis ipsius lucro accedit. Quidam laniones tam perfecti sunt in opificio suo, ut pecora judicare possint, quot ponderibus constent, ita ut subinde vix unâ, vel alterâ librâ aberrent, & quandóque cum venditoribus rusticis minùs peritis de toto pecore sponsionem faciant, si illorū judicium ponderatio excedat. Sic etiam agricolæ agrorum, & pratorum latitudinem visu exactissimè dijudicant, ita ut nos ipsi in diligenti dimensione eos vix unâ, vel alterâ virgâ aberrare deprehenderimus. Ut proindè raro contractus emptionis, & venditionis celebretur ad numerum, mensuram, vel dimensionem, sed tantùm ad corpus, vel rei, prout in se est, & antè ocu-
3 los jacet, substantiam. Si verò inter contrahentes expresè conventum fuerit, ut dimensio fieret, & pro singulis jugeribus, ulnis, aut alijs mensuris certum pretium solveretur, utique dimensio fieri debet. Et hæc articuli nostri Summaria dispositio est, circa quam tamen, vel occasione illius aliquæ utiles quæstiones oriuntur. Quarum

4 Prima est, quid intersit inter contractum emptionis, & venditionis factum ad numerum, & mensuram, & initum secundùm rei, prout ante oculos jacet, substantiam? Et respondemus primò, quòd venditio facta ad mensuram, vel numerum, in effectu sit conditionalis, venditio verò ad corpus, & rei substantiam sit pura. *Covar. tom. 2. practic. quæst. cap. 3. n. 6.* Licèt enim contractus in utróque casu pro perfecto habeatur, ad hunc effectum, ut pœnitentiæ locus non sit, tamen, quando venditio facta est ad numerum, vel mensuram, suspenditur, donec numeratio, vel dimensio facta fuerit, ita, ut periculum rei venditæ maneat penes venditorem, donec dimensio rei venditæ consummetur. *Nicol. Mozzius. rub. de divis. empt.*
5 *& vend. n. 8.* Et, licèt quidam doctores admittant, quòd emptione, & venditione etiam ad mensuram facta periculum ad emptorem pertineat, si traditio realis ante dimensionem, & dinumerationem accesserit, ex eo ca-

pite,

pite, quòd per traditionem realem rei venditæ dominus effectus fuerit, tamen alij in traditione ficta per titulum constituti periculum apud venditorem remanere existimant, donec dimensio fiat. Ratio differentiæ est, quia in traditione vera, & reali ipso actu transfertur dominium, & possessio. In traditione autem ficta, quæ fit titulo constituti, possessio, & dominium ad naturam ipsius contractus conditionatè censetur translatum, scilicet posteaquàm dinumeratio facta fuerit.

Secunda differentia est, si res vendita fuerit quoad corpus, & substantiam, debetur integrum pretium, tametsi ex postfacto res vendita auctior, vel minor inveniatur, quàm partes priùs esse judicaverint. E. C. Rusticus vendidit Lanioni insignem bovem, quem judicat trecentis ponderibus gravem, sed vendit bovem non ad ponderationem, sed secundùm corpus, & substantiam, tenetur itàque lanio ad integrum pretium solvendum, tametsi judicio suo deceptus bovem ex postfacto invenerit minus habentem. *l. si duorum. ff. de act. empt. & vend.* Econtra, si rusticus dicat, ego spondeo tibi, quòd bos venditus trecentorum ponderum sit, & postmodùm inveniatur minus habens, lanio de pretio, quanti bos minoris fuit, deductionem habet; Et sic dicendum est de alijs rebus, V. G. de vendito agro, vel prato, quod venditor asserit esse triginta jugerum, de volvulo panni, vel lintei, quem venditor asserit esse quinquaginta ulnarum, & postmodùm ager in dimensione invenitur tantùm 20. jugeribus, & volvulus panni, vel lintei 30. tantùm ulnis constare: Certè emptor tertiam, vel quartam partem de pretio convento retinere potest. *l. qui fundum. §. qui agrum. ff. de contr. empt. Ant. Gomez. tom. 2. resol. cap. 2. n. 16.* 6

Tertia differentia est, si res duobus non purè, & ad corpus, sed conditionatè ad numerum, mensuram, vel deponderationem vendita, & posteriori emptori actualiter, & realiter tradita fuerit, is primo emptore potior erit; Tametsi primo emptori traditio priùs per titulum constituti facta fuerit. Ratio est, quia, ut supra diximus, realis traditio purificat actum ad numerum, dimensionem, vel ponderationem factum, quod ficta traditio per titulum constituti facere non potest. *Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 16. n. 3. & seqq.* 7

Altera quæstio est, quomodò dijudicari possit, an venditio facta fuerit ad alicujus corporis substantiam, vel ad dimensionem, dinumerationem, aut deponderationem? Et quidem 1. ante omnia emptionis, & venditionis instrumenta exactè consideranda, & examinanda sunt, cùm ex clausulis eorum facilè deprehendi possit, an intentio contrahentium fuerit, contrahere super ipso corpore, vel super ejus numero, ponderatione, & dimensione. In venditione rerum immobilium apud nos vix unquam vidi, fundum ad dimensionem fuisse venditum, cùm rarò inveniantur exquisiti agrimensores, ita ut Anno 1651. integra quædam communitas in Aulico Consilio conquesta fuerit, sibi à domino suo ad arandum obtrudi jugera, quæ justam dimensionem tertia parte excedant, non invenimus in tota urbe, nisi unum agrimensorem seniculum, qui aurifaber erat, sua opinione peritissimum, qui tamen posteà in plurimis hallucinatus esse repertus fuit, cujus occasione me non puduit, cùm Arithmeticam priùs exactissimè scirem, etiam Geometriam addiscere. 8

Si autem 2. ex clausulis instrumentorum non appareat, an contractus factus fuerit super corpore, vel ad ejus dinumerationem, ponderationem, aut dimensionem, redeundum est ad præsumptiones, & conjecturas, quarũ plures faciunt *Covar. loc. cit. n. 1.* & *Mantic. dict. lib. 4. tit. 16. per totum.* ac cum illis *D. Balthas. ad h. tit. resolut. 6. per totum.* Et quidem in hoc conveniunt omnes, si mensuræ mentio fiat causâ, & gratiâ taxationis, seu restrictionis, quòd contractus censeatur ad dimensionem initus, & proinde 9

conditionalis ; Si autem menſuræ mentio fiat tantùm demonſtrationis cauſâ ad deſignandam corporis certitudinem, quòd contractus habendus ſit pro puro, & ratione corporis, prout jacet, inito. An autem taxationis, vel demonſtrationis causâ conventio facta fuerit, judicant ex poſitione verborũ, an ſcilicet partes contrahentes conventionem ſuam inceperint ab ipſa ſubſtantia rei venditæ, vel ab ejus dimenſione, ponderatione, aut numeratione? Scilicet ſi venditor dicat, fundum vendo tibi his certis ac nominatis
10 finibus circumſcriptum, qui eſt decem jugerum ; Et in hoc caſu, cùm verba venditionis incipiant ab ipſo fundo, ſive corpore, putant, venditionem puram, & efficacem eſſe, tametſi fundus menſuram 10. jugerum non contineat, aut excedat. Sive, ut Covar: loquitur, tametſi modus menſuræ dictus major ſit, vel minor, per *l. ſi ſervus legatus.* §. *qui quinque. ff. de legatis. 1. l. his verbis.* §. *Pater. ff. de legatis. 3. l. ſi venditor in princ. ff. de act. empt.* per rationem, quòd ejuſmodi contractus reverà ſit factus ad ſolum fundum ſuis finibus circumſcriptum, & quòd numerus dimenſionis tantùm acceſſerit demonſtrationis causâ. Et *n. 2.* praxin hujus quæſtionis ita ponit : Ego fundum vendo tibi his certis finibus circumſcriptum, NB. qui eſt decem jugerum, & ſic dicit, fundum deberi, licèt menſuram 10. ju-
11 gerum excedat. Alterum caſum ponit *n. 3.* Si inſtrumentum venditionis incipiat non ab ipſo corpore, ſed à dimenſione fundi. V. G. dicendo, vendo tibi 10. jugera hujus mei fundi his certis, & diſtinctis limitibus comprehenſi, quæ poſtmodùm ulteriùs extendit, & *D. Balthaſ. ad h. tit. reſolut. 4.* ex *Mantica de tacitis, & ambig. convent.* & *Arrio Pinello. ad l. 2. C. de reſcind. vend.* pluribus deducit, & in varios caſus diſtinguit. Sed planè noſtro judicio hæ Covarruviæ, & aliorum Auctorum tam ſollicitæ diſtinctiones : & examinationes ſecundùm tenorem articuli noſtri inutiles ſunt : Nam arti-
12 culi noſtri diſpoſitio ſe in his inutilibus præſumptionibus, aut conjecturis non fundat, ſed ſimpliciter hanc differentiam ponit, an venditor in venditione alicujus corporis certum numerum, aut menſuram aſſertivè pronunciaverit, vel tantùm dubitativè. Si propoſuit aſſertivè, dicendo, vendo tibi hunc fundum his limitibus circumſcriptũ, qui eſt decem jugerum, tenetur ad dimenſionem, & evictionem. Si autem in venditione dixit, vendo tibi hunc fundum his limitibus circumſcriptum, quem puto 10. jugerum eſſe, ſed de hoc certus non ſum, hæc dubitativa declaratio facit contractum emptionis purum, ita ut emptoris periculo ſit, ſi fundus ſic dubitativè venditus decem jugera non comprehendat. Sive igitur contractus incipiat ab ipſo fundo certo, & determinato, ſive à jugeribus ejuſmodi fundi certi, & determinati, vi hujus articuli venditor ſemper tenetur ad numerum jugerum, ſi illum in contractu aſſertivè pronunciavit, non autem ſi pronunciavit dubitativè. In primo enim caſu juſtum eſt, ne ex ipſius poſitiva aſſertione emptor in damnum, & diſpendium inducatur. In ſecundo verò caſu, emptor ſibi imputet ; quando venditori de numero jugerum dubitativè loquenti conſenſit, & dimenſionem fieri non procuravit ; Quia tunc utique nulla alia conjectura fieri poteſt, quàm quòd fundum non ad dimenſionem, ſed, prout jacet, ad ſubſtantiam emerit. Tota profectò vis, & energia noſtri articuli tantùm conſiſtit in hoc, an venditor rem in corpore vendendo ejus numerationem, ponderationem, aut dimenſionem propoſuerit aſſertivè, aut dubitativè, nec eſt ulla reflexio facienda ad præ: vel poſtpoſitionem verborũ, ſicut ècontra libenter admittimus, ſi ex præ: vel poſtpoſitis verbis evidenter de intentione appareat, contrahendi ad corpus, vel contrahendi ad menſuram, numerum, aut deponderationem, quòd intentioni ſit inhærendum : Intentio enim judicat omnes, non præ: vel poſtpoſitio verborum. Hinc per ſe clarum eſt, ſi contrahentes dicant, ex hoc diſtrictu limitato tibi vendo 10. jugera fundi, quòd venditio facta

fuerit

fuerit ad mensuram, cùm aliud sit, si venditor dicat, vendo tibi hunc fundum, qui est 10. jugerum, & aliud, si dicat, vendo tibi ex hoc fundo 10 jugera: Primus casus est venditio ad corpus pura, & absoluta, & tamen tenetur venditor ex verbis suis assertivis ad mensuræ evictionem: Altera venditio est conditionalis, donec dimensio fiat, & consequenter ante dimensionem tanquam conditionis implementum nulla obligatio oritur. Ex quo sequitur, quidquid de jure comuni, ut D. Balthas. sibi imaginatur, doctores tam variè, tam intricatè ac perplexè scripserint, quòd nulla subsit difficultas: Cùm omnia unica hujus articuli distinctione de assertiva, & dubitativa propositione venditoris, quam de numero, mensura, aut ponderatione facit, hactenùs dicta concidant.

An hoc benevolus Lector pro differentia inter jus comune, & statutarium annotare velit, ipsi liberum facimus. Interim libenter admittimus, si venditor dicat, ego vendo tibi hunc fundum, qui est 10. jugerum, pro mille florenis, & emptor respondeat, volo mihi singula jugera empta pro centum florenis, quòd hæc conventio haberi debeat pro conditionali, & ad dimensionem suspensa, cùm intentio contrahentiũ clarè appareat, contractum non demonstrationis, sed taxationis, & restrictionis causâ ad numerum jugerum initum esse. *Diff.*

Sicut in eo casu, quo pro aliqua re vendita nullum pretium certum in ipsum corpus venditum, sed in corporis numerum, aut mensuram determinatum est, dicendo: Ego singulas ulnas hujus volvuli, vel singula jugera hujus fundi emo pro hac, vel illa quantitate pecuniæ 10. 20. &c. Talem enim contractum non corporis, sed quantitatis esse, nemo dubitare potest, per *l. quod sæpè. §. in ijs. & l. qui fundum. §. qui agrum. ff. de contra. empt.* Quia distributio pretij pro qualibet ulna, vel jugere nullam aliam interpretationem admittere potest, quàm quòd emptio, & venditio intelligatur facta ad mensuram. *Mant. loc. cit. n. 13.*

Quæstio tamen tertia est, cùm paulò antè dixerimus, venditionem in rebus consistentibus numero, pondere, & mensurâ conditionalem esse, ut ante numerationem, dimensionẽ, vel deponderationem periculum ad venditorem spectet, quid dicendum sit de ejusmodi rebus numero, pondere, & mensurâ consistentibus, si vendantur in genere, & in specie? Et ad hoc respondetur. 1. Si V. G. ab aliquo vinum, oleum, frumentum, &c. quæ in magna quantitate habet, certas amphoras, modios, & mensuras pro certo pretio emam, quòd periculum tamdiu venditoris sit, donec mihi actualis dimensio amphorarum, modiorum, & mensurarum facta fuerit, ita, ut si interea venditori omnis copia vini, olei, aut frumenti pereat, emptor ad pretium solvendum non sit obligatus, quia periculum, ut diximus, venditoris est, cùm genus perire non possit. *l. in ratione. l. 2. §. incertæ. ff. ad. l. falcid. l. incendium. C. si certum petatur.* Et in hoc casu locus est regulæ, quòd quantitatis debitor perempta quantitate etiam casu fortuito non liberetur. *Mozius. tit. de empt. & vend. cap. de accidentalibus. n. 24.* Si verò emptio facta fuit ex certo, & determinato loco, & in illo loco ante numerationem, dimensionem, & deponderationem omnis quantitas rei venditæ periêrit, distinguendum est, an emptor vinum, aut oleum in isto loco determinato degustaverit, vel non? Si degustavit, degustatio habetur pro traditione. *l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend. l. 2. C. eod. l. quod sæpè. §. de his. ff. de contra. empt.* Idem dicendum est de frumento, quod gustari non potest, si emptor quantitatem emptam sibi de acervo venditoris admensurari curaverit, cùm admensuratio illa habeatur pro traditione, *Mozius. loc. cit.* Imò, si mensurationem malitiosè, culposè, & morosè distulerit, fortè quia periculum casus fortuiti, V. G. ingruentis hostilitatis, &c. prævidit, periculum nihilominùs emptoris est. *Mozius. ibidem.* 13

Nulla autem deguſtatione, admenſuratione, vel apponderatione factâ, tametſi emptio, & venditio ſuper vino, oleo, & frumento in certo, & determinato loco exiſtente facta fuerit, habetur pro emptione in genere, & non pro emptione in ſpecie, & proinde periculum manet apud venditorem, ita ut quantitatem venditam ex alio loco ſubſtituere debeat. Econtra, ſi venditio alicujus quantitatis in ſpecie fiat, E. C. Ego emo certum acervum frumenti in loco mihi demonſtrato, aut quantitatem vini, vel olei in certis vaſibus comprehenſam, nullâ deguſtationis, aut menſurationis facta mentione, emptionẽ videor facere in ſpecie, ſive corpore; Et conſequenter, ſi frumentum, vinum, vel oleum ante traditionem pereat, periculo emptoris perit. Idem *Moz. loc. cit. n. 19.*

14 Quid ſi autem quartò, ego dolium vini in foro vinario deguſtem, & conveniam cum venditore, quòd pro ſingulis menſuris ſolvere velim 20. crucigeros, interim, antequàm vaſis vinarij dimenſio fiat, cornupetens bos dolium fregerit, & vinum interierit, eſtné periculum emptoris, vel venditoris? Et ſuper hoc caſu multùm litigant doctores, de quo videri poteſt *Covar. pract. quæſt. tom. 2. cap. 3. n. 7.* Nos certè per deguſtationem traditionem ſufficienter factam eſſe, non comprehendimus, cùm reverà venditio ad menſuram facta ſit, & proinde pro conditionali habenda, quamdiu dimenſio, & menſuratio deeſt.

15 Quartam quæſtionem ponit *Mozzius. loc. cit. n. 20.* ſi venditor ſciat, rem in eo eſſe, ut depretiatio ejuſmodi rerum venalium fiat, V. G. edicto, ſive proclamate propoſito, ut amphora vini non niſi 10. florenis, & ſcaffa frumenti non niſi 4. florenis impoſterum vendi debeat, venditor autem ab ignorante emptore ante publicationem edicti alterum tantum pretium recipit, & emptorem de eo certiorem non reddit, an emptor pretium ad edicti quantitatem reducere poſſit? Et reſpondet Mozz., quòd ſic, arguendo de mutatione qualitatis intrinſecæ ad qualitatem extrinſecam, quæ eſt pretium rei, quaſi Mozzius dicat, ſi emptor habet actionem quanti minoris, quando venditor ei celavit vitium rei venditæ intrinſecum, ita etiam quando celavit extrinſecam rerum venalium depretiationem, quod Lectori examinandum relinquimus.

16 Denique Mozzius in fine hanc quæſtionem ponit, ſi quis alteri rem vendendam comiſerit hoc pacto, ut pecuniâ uti poſſit, res autem interiêrit antequàm venderetur, cujus ſit periculum? Et reſpondet Ulpianus in *l. ſi quis. 4. ff. de rebus credit.* quòd periculum ſit ejus, qui cum hoc pacto, ut pecuniâ uteretur, rei venditionem ſuſcepit. Et quamvìs Mozzius cum Azone, & alijs hunc textum non intelligat de periculo caſus fortuiti, ſed culpoſi, tamen noſtra opinione verba Ulpiani ſunt tam clara, ut ad culpam reſtringi non poſſint, ſi enim is, cui res ad vendendum credita fuit, culpam comittat, jam non eſt dubium, quin actione negotiorum geſtorũ, vel mandati teneatur, tametſi de pecuniæ uſu nihil convenerit, cùm in utróque contractu præſtetur lata, & levis culpa; Nec intereſt, quòd Mozzius velit, talem negotiorum geſtorem, aut mandatarium teneri etiam ex leviſſima culpa, nam hoc gratìs aſſeritur, cùm Ulpianus in hoc loco de nulla culpa, ſed de ſolo periculo loquatur, qui terminus non actioni culpoſæ, ſed caſui fortuito adſcribitur. Videtur itaque in tali conventione paciſcentium intentio fuiſſe, ut ille, qui rem vendendam ſuſcepit, habeat illam tanquam propriam, & teneatur priori Domino pro pretio ex mutuo, quo præſuppoſito, utique periculum caſus fortuiti ad venditorem ſpectat.

17 Meliùs hic caſus explicatur in *l. rogâſti me. 11.* ubi idem Ulpianus hunc caſum ponit: Rogâſti me, ut tibi pecuniam crederem: Ego, cùm non haberẽ, lancem tibi dedi, vel maſſam auri, ut eam venderes, & numis契uteteris,

Si

Si vendideris, puto, mutuam pecuniam factam. Quòd si lancem, vel massam, sine tua culpa perdideris priùs, quàm venderes, utrum mihi, an tibi periêrit, quæstionis est? Mihi videtur Nervæ distinctio verissima, existimantis, multùm interesse, an venalem habuerim hanc lancē, vel massam, nec ne: Si venalem habui, mihi perit, quemadmodùm, si cuilibet alteri dedissem vendendam. Quòd si non fui hujus propositi, ut venderem, sed hæc causa fuit vendendi, ut tu utereris pecuniâ, ea tibi perit. Quæ distinctio omnem difficultatem tollit, si enim lancem, vel massam aliàs venditurus fuissem, ejusmodi mandatarius, vel negotiorum gestor meum negotium gessisse dicitur, & sic non tenetur, nisi ipsius culpâ levi, vel latâ res interiêrit, cùm periculum casus fortuiti ad me tanquam Dominum spectet. Si autem aliàs lancem, vel massam non vendidissem, sed tantùm gratificandi animo tibi vendendam concesserim, ut eâ pecuniâ uti possis: Dicit Ulpianus, puto, mutuam pecuniam factam, ut consequenter periculum casus fortuiti ad eum pertineat, qui rem vendendam quasi brevi manu mutuò datam perdidit.

Der Sibendte Articul.

Es mag gleichwol ein jeder kauffen / was an offnem Marckt fail ist / oder durch geschworne Tåntler / oder Tåntlerin zum failen Verkauff offentlich vmbgetragen würdet / Wurde aber jemand hernach kommen / dem solch Guet gestohlen worden / oder der es sonst verlohren / vnd kunts beweisen / wie recht ist / daß es sein Guet sey / soll jhm der Kauffer solches ohne entgelt wider geben / doch gegen dem Richter ainiche Straff nit verworcht haben. Es stehet jhm auch bevor / alsdann sein außgelegt Gelt / Schaden vnnd Unkosten / bey deme zuersuechen / der jhme das Guet verkaufft hat. Hätte aber jemand verstohlen Guet nicht an offentlichem Marckt / noch von den bestellten / ordentlichen geschwornen Tåntlern oder Tåntlerin / sonder sonsten erkaufft / der soll nach Beschaffenheit / vnnd Umbstånden der Sachen / von dem Richter ernstlich / auch da der Betrug dabey so groß / peynlich gestrafft werden.

SUMMARIA.

1. *An etiam furtum vitium sit, quod redhibitioni locum faciat?*
2. *An res furtiva sit Domino sine pretij refusione restituenda?*
3. *Quid si quis scienter rem furtivam emat?*
4. *An tamen vendicans dominium probare debeat?*
5. *Quid si res furtiva ematur palàm, & in publico?*
6. *& 7. Quid si in nundinis hebdomadalibus, aut à proxenetis?*
8. *Quomodò hæc constitutio de proxenetis intelligenda sit?*
9. *An probatio actionis Publicianæ sufficiat ad rem repetendā sine refusione pretij?*
10. *Quomodò probatio rei furtivæ fiat?*
11. *Quomodò antiquitùs probatio fuerit admissa?*
12. *Quomodò feripetæ puniantur?*
13. *Quarè articulus noster loquatur etiam,* von den verlohnen Sachen?
14. *An, si Dominus indagari possit, cui cedant res deperditæ?*
15. *Quid si res furtiva pereat apud tertium possessorem?*
16. *Quid si apud bonæ fidei emptorem pereat, sed ex ipsius culpa?*
17. *Quid si emptor dolo desiêrit possidere?*
18. *An competat Domino adversùs culposum emptorem actio legis Aquiliæ?*

19. An non actio in factum subsidiaria?

20. Quid si res fuerit empta à militibus amicis?

21. Quid si rem non suo, sed Domini nomine emat?

22. An talis pretij repetitionem habeat?

23. Quid si quis rem furtivam bona fide emptam consumpserit?

24. Quid si fur, vel raptor adhuc in vivis, & solvendo sit?

25. Quid si bonæ fidei possessor talem rem iterum alienaverit?

26. Quid si res furtiva apud bonæ fidei emptorem fructificaverit?

1 Cùm in multis locis inter vitia, ob quæ redhibitioni locus datur, numeretur etiam vitium furti, ut videre est apud *Ludov. Gilhausen in arbor. jud. Civil. cap. 6. part. 1. §. 213. n. 4.* ideò jura nostra statutaria separatum articulum annectunt, quatenùs, & in quantum emptor rei alienæ furto subtractæ teneatur. Ubi statim hanc distinctionem facit, an res furtiva empta fuerit in publico foro nundinatorio, & à juratis proxenetis masculini, aut fœminini sexus, (fœminas sagarias, & scrutarias vocant,) vel ab alijs personis quibuscúnque maximè verò clandestinis, & suspectis. In primis duobus casibus, rem scilicet furtivam emendo in publico foro, vel à juratis proxénetis, emptor non est punibilis, nihilominùs tamen rem furto subtractam domino suo sine refusione pretij restituere tenetur. Ratio est per se evidens, quia nemo per furtum dominium rei suæ amittit, ita ut res furtivæ, & vi possessæ ne quidem à bonæ fidei possessore longo tempore præscribi possint, cùm furtum sit vitium reale, quod rem furtivam facit ordinario modo inpræscriptibilem. *l. sequitur. §. quod autem. ff: de usurpat. §. furtivæ. 2. Inst. de usucap.* ac quoslibet auctoris primi successores comitatur. *l. 11. C. de acquirenda, & retinenda possess.* Diximus, longo tempore, & ordinario modo, nam, si quis rem furtivam bona fide emerit, & longissimo tempore 30. vel 40. annorum possederit, tunc præscriptio completa est, cùm vitium illud reale, quod impediebat usucapionem, tanto tempore eluatur, & purgetur, omnísque actio penitus tollatur. *l. fin. C. unde vi. l. omnes, & l. sicut. C. de præscript. 30. annorum. DD. ad dict. §. furtivæ. 2. Inst. de usucap.* Ipse autem fur nullo tempore præscribit, cùm sit in mala fide, si non ex jure civili, saltem ex jure Canonico, quod hac in parte observandum est.

2 Diximus secundò, quòd emptor sine refusione pretij rem furtivam domino vindicanti restituere debeat; Quamvìs autem de pretij refusione, aut amissione in hoc articulo nihil disponatur, sed præcisè hæc dispositio fiat: Ut ille, qui rem furtivam probare potest, ab emptore rem suam recipere debeat: Ohne entgelt / id est, sine damno, & dispendio. Tamen articulus etiam hac in parte satìs obscurus, & dubiũ est, an hoc verbum, ohne entgelt / dominum, vel emptorem concernat, id est, ohne entgelt deß Herrns / oder deß Kauffers. Cùm verò sequentia verba reservando emptori adversùs venditorem regressum non tantùm pro refusione pretij, sed etiam pro refusione omnium damnorum, & expensarum expresse declarent, hæc verba: Ohne entgelt / nullo alio modo intelligi posse, quàm ut dominus recipiat rem furtivam sine omni refusione pretij, omninò dicendũ est, hac in re jura nostra statutaria convenire cum jure comuni in *l. incivilem. 2. C. de furtis.* Ubi Imperatores Severus, & Anton: ad hunc casum dubitantibus responderunt, quòd rem incivilem desiderent, ut agnitæ res furtivæ non priùs reddantur, quàm pretium fuerit solutũ à dominis. Vid. *Wurmbs: pract. obs. lib. 1. tit. 31.* & *Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 29. n. 2.* exactissimè autem *Prosper. Farin. de furtis. quæst. 277. n. 29. cum seqq.* Nec interest, si emptor dicat, se extra culpam esse, maximè cùm fortè res furtiva jam ad tertiam, quartam, aut ulterioris successoris manum devenerit.

Quo-

Quoniam prædicti Imperatores respondent : Curate igitur cautiùs negotiari, ne non tantùm in damna hujusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.

Diximus tertiò, duntaxat de bonæ fidei emptore, nam, si quis scienter rem furtivam emat, juxta *Articulum 5. praced.* non tantùm nullam pretij soluti repetitionem habet, sed etiam omnem actionem de evictione adversùs venditorem amittit : Imò juxta verba finalia hujus articuli secundùm circumstantiarum qualitatem, & gravitatem criminaliter puniri potest. Et dominus rei furtivæ adeò privilegiatus est, ut eidem restitui debeat à quolibet possessore, sive bonæ, sive malæ fidei, tametsi possessor illam suo auctori, V. G. emptor venditori, restituere velit, ut probat *Molina de Just. & Jur. tract. 2. disput. 741.* Ratio est, quia utique dominium prætendenti, & probanti potius jus est, quàm nudum titulum habenti. 3

4 Diximus quartò, dominium prætendenti, & probanti, cum quo concordat articulus noster, in verbis : Unnd kunts beweisen / wie recht ist / daß es sein Guet sey / soll jhme der Kauffer solches ohne entgelt wider geben / deficiente enim probatione dominij res furtiva dici non potest, & bonæ fidei emptor tamdiu jus retentionis habet, donec eidem res bonâ fide empta legitimis probationibus evincatur, prout infra *Notabili 8.* pleniùs dicemus.

Diximus hactenùs quintò, de solo bonæ fidei emptore, qui rem emit palàm, & in publico : Nam, si quis cum extraforaneis, & maximè suspectis personis extra forum publicum, & nundinarium clandestinè, & in occulto contrahat, & ex postfacto res furtiva esse deprehendatur, non solùm emptor obligatus est ad restitutionem rei domino suo sine refusione pretij faciendam, sed etiam pro qualitate circumstantiarum, ut articulus noster innuit, civiliter, vel criminaliter puniendus est. 5

Et, quamvis sextò, articulus noster emptionem ejusmodi rerum furtivarum in publicis nundinis, auff offnen Märckten/ factam solumodò à mulcta judiciali eximat, tamen nos idem etiam extendimus ad nundinationes hebdomadarias, auff die Wochen-Märckt / quæ passim in civitatibus, & oppidis exercentur. Ratio est, quia talia publica mercimonia sunt, sine suspicione doli, & fraudis. Imò, si in publicis tabernis mercatorum res ejusmodi furtivæ venales proponantur, emptorem bonæ fidei non minùs à mulcta judiciali imunem esse judicamus, quàm si in publicis aliàs multùm privilegiatis nundinis emptæ fuissent : Quoniam hac in parte non consideratur privilegium nundinationis, sed bona fides emptoris. In omni tamen casu, sive quis emat in publicis, vel hebdomadarijs nundinis, sive à proxenetis juratis, aut alio quovis modo, & à quibusvis personis, si res aliena fuisse probetur, emptori restitutio etiam sine refusione pretij incumbit, salvo regressu, & evictione adversùs venditorem : Quod quidem satis durum est, maximè quando res bona fide empta intra spatium multorum annorum in plures manus devenit, & primi venditoris conventio inutilis, vel impossibilis, aut certè plurimùm difficilis est. 6 7

8 Notanter etiam supra pro septimo diximus, emptionem à probatis, & juratis proxenetis factam ejusdem firmitatis esse, & judiciali mulctâ imunem, tanquam facta fuisset in publico foro nundinario, vel tabernarum mercatu. In antiquis statutis Bavaricis, de Anno 1384. de proxenetis nulla mentio facta fuit, sed tantùm de rebus furtivis in publico foro, auff freyen Marckt/ venditis, quod aliquo modo videri potest paradoxum, cùm ad *Art. 1.* deduxerimus, in emptione, & venditione proxenetæ testimoniũ ex novo nostro jure statutario pro insufficienti declaratũ esse, cùm tamen jura antiqua etiam unius proxenetæ jurati testimonium tanquam de officio suo deponentis habuerint pro firmo, & plenam probationem faciente, cùm è contra emptio mediante proxeneta facta in hoc articulo approbetur, tametsi

in

in antiquis ſtatutis, *cap. 2.* Verſ: Von Kauffen auff freyen Marckt / videatur reprobari. Sed ad hoc reſpondetur, inter utrúmque caſum magnam differentiam eſſe: Nam, quòd teſtimonium ſolius proxenetæ pro plena probatione à noviſſimis noſtris ſtatutis Bavaricis non admittatur. Ratio eſt, quòd agatur de præjudicio unius, vel alterius ex partibus contrahentibus contra juris comunis diſpoſitionem, quæ probationem non admittit, niſi in ore duorum, vel trium conſiſtat: In hoc autem articulo agitur tantùm de bona fide emptoris, & nullo præjudicio alterius. Licèt enim ille, qui rem furtivam à jurato proxeneta emit, impunibilis ſit, cùm præſumatur eſſe in bona fide, ac ſi in publico foro nundinatorio, aut mercatili taberna emiſſet, nihilominùs, ut diximus, cognito rei furtivæ vitio ad reſtitutionem obligatus eſt, quàm ſi à fure ſcienter, vel ab alijs hominibus ſuſpectis clandeſtinè emerit. Excuſat igitur bona fides jurati proxenetæ eum ſolumodò à pœna, non autem ab indemnitate domino præſtanda. Deinde, cùm proxenetæ jurati, ut ſupra jam innuimus, juratam cautionem præſtare debeant, emptores cum ijs contrahentes etiam hoc beneficium conſequuntur, ut ſi principalis venditor ſolvendo non ſit, emptor deceptus adversùs proxenetam actionem exercitoriam habeat.

9 Octavò paulò antè dictum eſt, actori rem furtivam prætendenti incumbere probationem, daß es ſein Guet ſey. Quæritur ergò, cùm dominium difficilis probationis ſit, an ſufficiat, ſi probet, ſe rem furto ſubtractam, vel vi ablatam tempore furti, vel violentiæ juſto titulo ad transferendum dominium habili pro ſuo poſſediſſe? Et reſpondemus, tametſi articuli verba, Daß es ſein Guet ſey / in effectu quaſi ſtrictiſſimam probationem dominij requirant, tamen nos hujus opinionis eſſe, quòd ſufficiat, ſi quis probet, ſe rem furto ſubtractam, aut vi ablatam tempore furti, vel violentiæ bona fide, & juſto titulo poſſediſſe. Ratio hujus rei eſt, quia actio rei vindicatoria, & publiciana cumulari poſſunt, cùm non ſint contrariæ, ſed ad eundem finem tendentes. *Gail. lib. 1. obſ. 62. n. 4.* Et quia incertitudo ex facto alieno proficiſcitur, E. G. Ego poſſideo rem, quam tu legitimo tempore non præſcripſiſti, & neſcis, an ille, à quo eandem rem juſto titulo accepiſti, illius dominus fuerit, nihilominùs eam tanquam furtivam, aut vi ablatam repetis, petendo te declarari dominum, vel quaſi; Certum eſt, quòd tibi reſtitutio rei debeatur, tametſi non probaveris, daß es dein Guet ſey: Sufficit enim te fuiſſe in conditione præſcribendi, quæ tibi per furtum, aut vim interverti non potuit. Et ita hæc verba articuli noſtri intelligenda eſſe, nullo modo dubitamus.

10 Quomodò autem probatio fieri debeat, articulus noſter tantùm duobus verbis exprimit, wie recht iſt. Licèt itaque in antiquiſſimis ſtatutis noſtris, *cap. 2.* §. Wie man geſtohlen Guet berechten ſoll / dicatur, quòd quis rem ſuam furtivam proprio, & duorum teſtium adeóque tribus juramentis probare debeat, in verbis: Wann ſein Guet geſtohlen wird / kombt daß für Recht / das ſoll er berechten ſein Hand ſelb dritt / oder ain mit dreyen Aydeu / das es zu derſelben Zeit ſein wär / ehe das es jhm dieblich geſtohlen wurde / vnnd heut ſein ſey / deß ſoll er genieſſen. Verùm vi hujus articuli requiritur ſolùm probatio per duos teſtes, nec requiritur juramentum tertiæ manus, id eſt actoris, qui rem tanquam ſuam repetit. Antiqui noſtri Germani, ut in plurimis locis antiquarum noſtrarum conſtitutionum provincialium apparet, religionem jurisjurandi habuerunt in maxima veneratione, & obſervatione, ita ut etiam cum plena probatione nihilominùs ipſius actoris, vel quandoque etiam rei conventi juramentum requireretur. Quod moderno tempore ab-

11 rogatum eſt. Fuit quidem mirabilis hæc conſuetudo Patriæ noſtræ in *dict. cap. 2.* §. Umb Diebſtall ſo gegenwärtig iſt / in quo ſtatuitur: Si dominus rem furtivam, vel vi ablatam duobus teſtibus probare non poſſit,

ſed

ſed tantùm habeat unum teſtem, quòd duplex juramentum præſtare debeat, unum pro ſe, & ſua perſona, & alterum pro defectu ſecundi teſtis. **Hat er der zweyer nit /** inquit textus, **ſo ſoll er ain drey Ayd darauff ſchwören / daß es zu der Zeit ſein aigen Guet wär / ehe daß es jhm geſtollen warde / vnnd heut ſein ſey /** ut proinde ad unius teſtis teſtimonium, & duplex petitoris juramentum eidem res debuerit reſtitui ſalvâ mulctâ, quæ ibidem pro qualitate, & quantitate furti judici addicitur. Hoc autem prorsùs mirabile eſt, quòd ille, qui convictus fuit de furto, ultra ſexaginta duos numos commiſſo, debuerit pati perforationem dentium, **ſo ſoll man jhn durch die Zehn brennen :** Et ſi altera vice cum re furtiva, & perforatis dentibus fuit inventus, traditus fuit carnifici, **dem Freymann /** tametſi res furtiva tantùm tribus numis conſtiterit :

Quæ utique antiquarum legum magna ſeveritas fuit. Cùm meo tempore feripetarum tantus numerus fuerit, ut illorũ petulantia nullis ferè pœnis compeſci potuerit, & proindè in conſultationem venerit, an ejuſmodi otioſis, & plerúmque malitioſis hominibus in delicto comprehenſis ſtigma in frontibus fieri, & inuri poſſit, ego reſpondi, faciem ad imaginem DEI formatam ſtigmatibus non eſſe deturpandam, ſed, ſi feripetæ habeantur pro furibus, quòd ſecundùm hæc antiqua ſtatuta Bavarica puniri, & notari debeant perforatione dentium; In qua propoſitione tamen plauſibiliter irriſus fui. 12

Nonò notabiliter obſervandum eſt, quòd articulus noſter non tantùm loquatur de rebus furtivis, & vi ablatis, ſed etiam de amiſſis, **von den verlohrnen Sachen /** & quidem de utriſque pari jure, quod indicium eſt, poſſeſſorem rei amiſſæ ab altero inventæ, & venditæ haberi in pari jure cum eo, qui rem furtivam, & vi ablatam juſto titulo, & bona fide emit. Ratio eſt, quia is, qui rem in via publica, vel alio loco inventam retinet, & alteri vendit, nec domino, ad quem pertinet, reſtituit, pro fure habetur. *§. fin. Inſt. de acquir. rer. domin. l. Pomponius. 44. §. idem ait. ff. eodem.* Et hinc res amiſſa, & ab altero inventa contrahit vitium reale, quod tranſit in omnem poſſeſſorem. Itaque diſtinguendum non eſt, an quis rem amiſſam ſciens emerit, vel ignorans, adeóque, ſive emptor bonæ, vel malæ fidei fuerit, cùm ad reſtitutionem ejus non ex capite bonæ, vel malæ fidei, ſed ex capite vitij realis obligetur, qui enim ejuſmodi rem amiſſam occupat, ſcire debet, ad alium pertinere, cùm ſua non ſit; Et conſequenter, ſi ſcivit dominum rei, & eidem non reſtituit, formale furtum commiſit. Si autem neſcivit, & per publicum præconium indagari non curavit, in dolo, vel certè in culpa latiſſima conſiſtit, & ſic domino rem ſuam repetenti ab emptore reſtitutio facienda eſt, ſalvo ſemper regreſſu emptori, qui in bona fide fuit, adversùs venditorem pro refuſione pretij. 13

An autem in caſu, quo venditor rem amiſſam publico præconio propoſuit, & dominum inquirere non potuit, rem ſibi titulo pro derelicto retinere, & emptor bonæ fidei illam tanquam à vitio reali liberam ordinaria præſcriptione, aut uſucapione ſibi acquirere poſſit, dependet ab ea quæſtione, quam Theologi faciunt, an non res talis amiſſa, cujus dominus ignoratur, pauperibus ſit applicanda, cujus reſolutioni nos immiſcere noluimus. Et hæc eſt explicatio articuli noſtri, ad quem tamen pauculas adhuc quæſtiunculas apponemus. 14

Prima eſt: Quid ſi res furtiva, & vitio reali affecta apud emptorem bonæ fidei caſu fortuito pereat, antequàm dominus eam vindicet? Et dicendũ eſt, quòd periculum caſus fortuiti ſpectet ad dominum rei, per ſuperiùs allegata. 15

Quid ſi autem 2. emptoris culpâ perierit? In hoc caſu putat *D. Balthaſ. tit. 6. reſolut. 7. n. 11.* Si res furtiva ex culpa emptoris periẽrit, periculo emptoris perire, maximè ſi talis culpa fuerit, ſine qua res apud 16

minum non perjiſſet. Verùm hæc opinio ita ſimpliciter prolata non ſubſi-ſtit, ſed aliquas diſtinctiones admittit. Primò igitur certum eſt, ſi ſuppo-nas, rem preijſſe, quòd domino, vel quaſi nec actio rei vindicatoria, nec publiciana competere poſſit, quia utráque ex parte domini tanquam acto-ris dominium, vel quaſi, & ex parte emptoris tanquam rei poſſeſſionem re-quirit, re autem perempta, nec dominium ampliùs eſt penes actorem, nec poſſeſſio penes reum, ergò actio rei vindicatoria, & publiciana deficiunt: Niſi fortè emptor dolo deſierit poſſidere. *l. 27. §. 3. ff. de rei vindicatione*,
17 quia dolus pro poſſeſſore eſt, & paria ſunt adhuc poſſidere, vel dolo de-ſijſſe poſſidere. *l. parem. 150. l. qui dolo. 131. ff. de R. J.* Nec quidquam in-tereſt, ſive quis ante, ſive poſt litem conteſtatam rem dolo deſierit poſſi-dere. *Weſenb. ad h. tit. in paratit. n. 4. Manzius. ad §. omnium. 1. Inſt. de actionibus.*

18 Dices, domino rei furtivæ adversùs emptorem bonæ fidei, ſi res ipſius culpâ periêrit, competere actionem legis Aquiliæ, *tot. tit. 3. Inſt. de lege Aquilia.* Reſpondemus, id verum eſſe poſſe, ſi res periêrit emptoris culpa conſiſtente in cōmittendo. Quid ſi autem res periêrit ex culpa emptoris in omittendo conſiſtente, fortè quia debitam diligentiam in ea cuſtodienda non adhibuit? Certè actioni legis Aquiliæ locus non eſt.

Diſtinguendum igitur erit, an res apud emptorem bonæ fidei periêrit ex ipſius culpa, ſive negligentia, quæ in omiſſione conſiſtit, ante litem motam, & conteſtatam, vel poſt. Si perit poſt litis conteſtationem, uti-que perit emptori, quia per litis conteſtationem inter partes litigantes qua-ſi contrahitur, in contractibus autem, vel quaſi præſtatur etiam culpa omiſ-ſionis. Si autem perit ante litem cœptam, & conteſtatam, nullam videmus actionem, quæ domino ex culpa emptoris in omiſſione conſiſtente oriri poſſit, cùm inter dominum, & emptorem bonæ fidei nihil actum fuerit, ex quo obligatio naſci potuerit.

19 Dices, locum eſſe debere actioni ſubſidiariæ in factum, de qua agi-tur *dict. tit. 3. §. fin. Inſt. de lege Aquil. & in l. quia actionum. 11. ff. de præſcriptionibus.* Sed, quia præſupponimus, emptoris culpam non conſiſte-re in facto, ſed in ſola omiſſione, nec ſubſidiariæ huic actioni locus eſſe poterit.

20 Quæritur tertiò, ſi quis rem, V. G. à militibus in terra amica ſubdi-tis iniquè ſubtractam eo animo pro vili pretio emat, ut eam domino ſuo reſtituat, an poſſit à domino refuſionem pretij petere? Ad vitandam enim ſuſpendij pœnam ejuſmodi graſſatores res furto, vel vi ablatas proximo cui-que ignoto homini pro vili pretio venales faciunt, ut eorum delicta magis tecta, & occulta maneant:

21 Et quamvis is, qui rem furtivam ſcienter cum hac proteſtatione emit, quòd eam non ſuo nomine emptam velit, ſed pro domino, repetitionem pretij non habeat, ex cōmuni doctorum opinione, ut videre eſt apud *Me-noch. de præſumpt. lib. 5. præſumpt. 29. n. 13.* & apud *Daniel. Mollerum. in Semeſtr. lib. 3. cap. 10.* cùm liberam rei vindicationem abſque pretio domi-no auferre non poſſit, & hac ſua nimis diligenti proteſtatione potiùs con-jecturam, & ſuſpicionem doli, quàm emptionem ſuam meliorem faciat; Quidquid *Cepolla. caut. 10. Alciatus in tract. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 29. n. 3.* & *Wurmſ. pract. obſervat. lib. 1. tit. 31. obſervat. 1.* in contrarium dicant.

22 Nihilominùs tamen judicamus, talem, qui rem furtivam, vel vi ab-latam ab ejuſmodi incognitis graſſatoribus hoc animo, & intentione pro vi-li pretio reluit, ut eam domino ſuo reſtituat, refuſionem pretij juſtè pete-re poſſe, quia negotium domini verè utiliter geſſit, cùm Domino perſe-cutio rei, eâ fortè uſu conſumptâ, vel in remotiorem locum tranſlatâ,

pro-

probabiliter facta fuisset inanis, & inutilis. Et hanc sententiam approbat *Covar. ad cap. peccatū de R. J. in 6. relect. 3. n. 5.* quamvis cum *Nicolao Mozzio de empt. & vend. rubric. de rebus n. 30. & seqq.* fateamur, probationem intentionis difficilem esse, cùm nulla janua pateat, per quam animus inspici possit, & plerúmque ejusmodi nundinatores potiùs sui lucri, & comodi causâ, quàm alieni, rem vili pretio emere præsumantur. Si quis tamen emendo coram testibus protestatus fuerit, se non suo nomine, sed pro domino restituendi animo rem furtivam, vel vi ablatam à fure, vel raptore reluere, iniquissimum foret, ut dominus rem suam vindicaret, & pretium reluitionis non refunderet. Imò *Covar. loc. cit.* putat, ex alijs quoque præsumptionibus, & circumstantijs de animo, & intentione emptoris constare posse, E. C. si indagare curavit in vicinia, quis hujuscemodi rei dominum noverit, vel si publicè publicari fecit, ut is, qui rem perdidit, veniat, & refuso pretio reluitionis ipsam recipiat. Et hanc sententiam Covarruvias non tantùm in foro poli, sed etiam in foro fori sequendam esse judicat.

Quid si autem quartò, quis rem furtivam bona fide emerit, & consumpserit, anné post consumptionem domino rei ad æstimationem teneatur? 23
Et hac in parte distinctio facienda est, an emptor bonæ fidei ex re furtiva, vel vi ablata in publico foro empta aliquod lucrum consecutus fuerit, vel non, V. G. lanio in publicis nundinis emit pecus aliquod altile, & saginatum pro macello, ut exinde quæstum faciat, certè, si pecus furtivum, vel vi ablatum fuerit, tenetur in tantùm, in quantum exinde locupletior factus fuit, quia jura non permittunt, ut quis cum aliena jactura locupletetur. Si autem emptor pecus furtivum in domesticam necessitatem, sine ullo quæstûs accessione consumpsit, utique domino rei ad æstimationē non est obligatus, *Covar. loc. cit. n. 3.* nisi fortè tam vili pretio emerit, ut aliàs in domesticam necessitatem plus expendere oportuerit, ita intelligo *D. Covarruviam dict. loc. vers. ab ea.* Ubi dicit, quòd bonæ fidei possessor re consumptâ in id tantùm teneatur, in quo factus fuit locupletior, nisi ea re bona fide consumpta, in cibum aliúmve usum necessarium consumentis ex proprio patrimonio verò similiter plus impendisset, nam in eo dicitur factus esse locupletior.

Sed quid si quintò, fur vel raptor, qui rem vendidit, adhuc in vivis, & solvendo sit, ut bonæ fidei emptor ab eo restitutionem pretij consequi possit? Et putamus, etiam in hoc casu illum ad æstimationem rei bona fide consumptæ non teneri, eò quòd ipsi domino rei vendicatio contra furem, qui dolo desijt possidere, imò, & criminalis persecutio competat. 24

Quid si autem sextò, bonæ fidei emptor rem non consumpserit, sed iterum in alium tertium alienaverit? Idem dicendum est, quòd ad æstimationem non teneatur, sed tantùm ad id, quod ex re iterum vendita pro ejus locupletatione accessit. *l. nam & hoc natura. C. de condict. indebiti. l. si me. ff. si certum petatur.* Ex quo sequitur, si rem bona fide alienavero pro eodem pretio, quod furi dedi, domino rei in nihil tenear, si autem eam pluris vendidero, quàm à fure emi, teneor ad restitutionē partis ejus, quæ excedit pretium furi datum; Ita hanc materiam pulchrè distinguit *Covar. loco cit.* 25

Denique quæritur septimò, si res furtiva, vel vi ablata apud bonæ fidei emptorem, & possessorem fructificaverit, V. G. equa, vel vacca pepererit, an fructus ad dominum rei, vel bonæ fidei emptorem, & possessorem pertineat? Et *D. Balthasar. loc. cit. n. 9.* Respondet, quòd fructus pertineat ad emptorem bonæ fidei, quod ita intelligendum est, si equa, vel vacca furtiva apud bonæ fidei emptorem primùm susceperit, nam, si 26

gravida fuit tempore furti, vel raptûs, utique cum fœtu, qui fuit pars pecoris furtivi, vel vi ablati restituenda est.

Deß VII. Tituls

Von Widerkauff / oder Widerlosung / auch Auffhebung vnd Widerauffلösung der Käuff / wegen beschehener Ubervortheilung.

Erster Articul.

Verkaufft jemand ein Guet / vnd behält jhme die Widerlosung desselben bevor / auff ein gewisse Zeit / so mag Er nach Verscheinung solcher Zeit / den Widerkauff / vnnd Widerlosung nit mehr begehren: Hat jhm aber jemand mit klaren außtruckentlichen Worten / ein ewige Widerlosung oder Widerkauff vorbehalten / so hat derselbig / oder seine Erben Macht / solch Guet nicht nur in dreyssig oder viertzig / oder hundert Jahren / sonder jederzeit / wie lang es auch jmmer wäre angestanden / wider zelösen / vnd ist jhme der Kauffer / seinen Erben vnnd Nachkommen / solche Widerlosung jederzeit statt zuthun schuldig / die sich in disen vnd andern Fällen / da der Widerkauff beschehen soll (da sie das Guet in jhrem Gewalt haben) von der Widereinantwortung nit ledigen mögen / wann sie gleich dem Verkauffer allen Schaden vnnd Nachthail erstatten wöllen. Doch wo solch Guet nicht durch Erbschafft / oder andern freygebigen Titul / sonder mit Burde / als durch Kauff / Tausch / Vergleich vnnd dergleichen / an einen dritten kommen / vnnd kunte derselb mit seinem Ayd bereden / daß jhme vmb die bedingte Widerlosung nichts bewüst gewesen / In solchem Fall / wann ein solcher Nutz vnd Gewer / wie Land-Rechtens / vnnd hernach geordnet ist / ersessen / ist er nit schuldig / dem Kauffer / oder seinen Erben / der Widerlosung statt zuthuen. Ist aber der Kauff allein vmb jährliche Gült / welche auß einem Grund-Stuck verschriben / beschehen / so hat der Jnnhaber solchen Stucks / jeder Zeit Macht / solch Gült abzelösen / es seye die Ablosung bedingt / oder nicht bedingt / oder die jährliche Gült an ein Geistlich oder Weltlich Orth verschriben. Es wäre dann außtruckentlich gehandlet vnnd bedingt worden / daß die Gült ewigklich auff dem Grund-Stuck verbleiben / vnd von keinem Jnnhaber / zu keiner Zeit mehr abgelöst werden soll / bey solchem Geding soll es alsdann verbleiben.

SUMMARIA.

1. *Quinam sunt alij modi dissolvendæ emptionis, & venditionis?*
2. *Quid sit venditio cum pacto de retrovendendo?*
3. *Quæ sit differentia inter venditionem cum pacto de retrovendendo, & inter contractum pignoratitium, sive antichreseos?*
4. *Quibus indicijs inter se dignoscantur?*
5. *An in dubio præsumatur contractus potiùs pignoratitius, quàm emptionis, & venditionis?*

6. An

6. An pactum de retrovendendo possit ad certum tempus restringi?

7. Quæ differentia sit inter pactum retrovenditionis affirmativum, & negativum?

8. An pactum negativum sit usurarium?

9. Quando venditio ad certum tempus restricta exspiret?

10. Quid si emptor venditori dixerit, ut cum pretio venire possit, quandocunque velit?

11. Quid si denunciaverit emptor venditori, ut cum pretio paratus veniat?

12. Quid si post elapsum tempus pretium recipiat?

13. An post temporis lapsum venditor ad reluitionem admittatur, quando emptor rem modico pretio emit, & fœnerari solitus est?

14. Quid si pactum retrovenditionis initum fuerit sine temporis præfinitione in perpetuum?

15. An tali pacto præscribi possit, & quo tempore?

16. Quarè nulla præscriptio locum habeat?

17. An etiam hæredes venditoris perpetuam reluitionem habeant, si ita pactum fuerit?

18. An emptor liberetur à retrovenditione, si paratus sit, interesse solvere?

19. An tale pactum etiam extendatur in reliquos hæredes emptoris?

20. Quid si hæres adhuc sit minorennis, an decretum judicis sit necessarium?

21. Quid si autem minor sine decreto judicis, & authoritate tutoris, vel curatoris, aut mulier sine consensu mariti rem cum pacto de retrovendendo vendiderint, aut alienaverint?

22. Quid si res vendita fuerit cum pacto de retrovendendo nec ad tempus certum restricto, sed indefinitè?

23. Quid si venditio facta fuerit, ut reluitio intrà decennium fieri non possit?

24. An res cum pacto perpetuæ reluitionis in singularem possessorem alienari possit?

25. Quid si venditor cum tali pacto in re vendita sibi hypothecam reservaverit?

26. Quid si non specialem, sed generalem hypothecam in rebus emptoris reservaverit?

27. Quid si tertia persona rem pactô retrovenditionis affectam scienter emerit?

28. Quid si primus emptor non sit solvendo?

29. 30. & 31. Quid si tertius possessor ab emptore rem gratìs acceperit?

32. Repetitur in compendio totus articulus.

IN præcedenti titulo inter cætera maximè ad *Art. 4.* egimus de ædilitio e- 1
dicto, sive actione redhibitoria, quæ præstat causam dissolvendæ emptionis, & venditionis; Tametsi igitur sint plures alij modi contractum emptionis, & venditionis dissolvendi, tamen in hoc titulo tantùm duo alij, & quidem difficiliores proponuntur, id est emptio, & venditio cum pacto de retrovendendo, & emptio, & venditio, in qua quis ultra dimidium justi pretij læsus fuit. De reliquis modis dissolvendi contractum emptionis legitimè perfectum hoc loco nihil dicemus, cùm modò allegati duo modi sufficientem materiam præbeant chartam implendi. Nos erimus breves, & ultra articulorum contenta non nisi subinde, ubi necessitas requirit, pedem efferemus.

Inprimis autem præmittendum est, quid sit venditio cum pacto de re- 2
trovendendo? Articulus noster vocat venditionem alicujus boni, in quo quis sibi reluitionem reservavit, **da er jhm die Widerlosung vorbehaltẽ** / paucis quidem verbis, sed satìs obscuris, & dubiosis. Nam etiam in contractu antichreseos, & pignoris, usurario, & fœneratitio reluitio cõmuniter reservatur, & cõmuniter ab usurarijs, & fœneratoribus, ut iniquitatem suam pallient, instrumenta tam perplexè, & intricatè, **so verschraufft** / eriguntur, ut vix dijudicare possis, an inter ipsos contractus emptionis, &

venditionis cum pacto de retrovendendo, vel contractus pignoratitius initus fuerit, cùm tamen inter utrumque maxima differentia sit, cùm in con-
3 tractu emptionis, & venditionis cum pacto de retrovendendo emptor lucretur omnes fructus medio tempore perceptos, nec teneatur quidquam in sortem imputare, nec rem priùs restituere, nisi illi integrum pretium fuerit redditum, & solutum. *l. si fundum. 2. Cod. de pactis inter emptorem, & vend. l. his rebus. 66. §. mancipia. ff. soluto matrimonio.* Cùm è contra in contractu pignoratitio, & antichreseos fructus medio tempore percepti, si justum modum excedant, extenuent sortem, intelligendo quoad excessum, *Cap. cùm contra. 6. extra de pignoribus. l. ex pignore. 1. & seq. C. de pignorat. act. l. si convenerit. 18. §. 1. ff. eodem.* Et hinc summoperè necessarium est, ut ejusmodi instrumenta dubia, simulata, & fallacia benè examinentur, cùm articulus noster, ad hoc, ut reluitio pro pretio convento locum habeat, expresse venditionem requirat, & non contractum pignorationis, aut antichreseos, & rectè, verbum enim in rubro pôsitum, vom Widerkauff / emptionem, & venditionem præsupponit, ut scilicet venditori res restitui debeat, si emptori pretium offerat, *dict. l. 2. C. de pactis inter empt. & vend.*
4 Quibus autem indicijs, præsumptionibus, circumstantijs, verborum clausulis, conjecturis, & alijs modis ejusmodi dubia, & ambigua instrumenta dijudicari possint, videri potest apud *Berlich. part. 2. conclus. 1. per totum.* Ubi quadraginta septem signa enumerat, de quibus etiam consuli possunt *Menochius. lib. 3. præs. 122. n. 16. & seqq.* & *Math. Coler. consil. 27. ad longum.* Nos de jure nostro statutario necessarium esse putamus, ut de mente, & intentione contrahentium clarè constet, quòd contractum emptionis, & venditionis, & non pignorationis celebraverint, cùm articulus expresse tantùm loquatur, von dem Widerkauff: Debet igitur de contractu emptionis, & venditionis constare, sonst kan es kein Widerkauff seyn. Et in
5 dubio potiùs præsumitur contractus pignoratitius palliatus, & usurarius, quàm emptionis, & venditionis cum pacto de retrovendendo. *Berlich. loc. cit. conclus. 1. n. 57.* & *Menoch. loc. cit. n. 10.* Qui enim justè contrahit, lucem fugere, & negotium tenebrosis involucris involuere non debet, sed scaffam scaffam dicere. Plura suo loco de usurarijs contractibus in medium afferemus. Interim progredimur ad articuli nostri explicationem, qui primam distinctionem facit, an emptio, & venditio cum pacto de retrovendendo inita fuerit ad certum tempus, vel in perpetuum? Sed statim ab i-
6 nitio circa hanc distinctionem occurrit hæc difficultas, quòd pactum de retrovendendo non videatur posse ad certum tempus restringi, *juxta cap. ad nostrã. 5. extra de empt. & vend.* Ubi improbatur talis conventio à septennio usque ad novennium facta. Sed respondetur, in dicto capitulo agi de contractu pignoratitio manifestè usurario, qui deinde ad certum tempus in contractum emptionis, & venditionis simulatè conversus est, talis enim fraus utique toleranda non est, noster autem articulus solumodò de contractu emptionis, & venditionis, cum pacto retroventitionis bona fide inito, & ad certum tempus restricto loquitur, ad quem proinde *dict. cap. 5. extra de empt. & vend.* applicari non potest. *Berlichius* quidem *loc. cit. n. 21.* cum *Tyraquello de retractu. convent. §. 1. gloss. 2. n. 69.* dicit, quòd
7 licentia redimendi certo tempore circumscripta, ita ut in libero arbitrio venditoris non sit, rem ante, vel post illud tempus redimere, præsumatur contractus usurarius, & fœneratitius. Sed, cùm articulus noster non agat de præsumptionibus, sed de contractu cum tali pacto bonâ fide inito, nihil obstat, quò minùs valere possit, tametsi pactum de retrovendendo ad certum tempus restrictum sit. Deinde Berlichius loquitur de pacto reluitionis ad certum punctum temporis restricto, V. G. si ego tecum conveniam, ut rem, quam hodie calendis Januarij 1690. tibi vendidi, non aliter nisi calendis

lendis Januarij 1700. nec ante, nec post reluere valeam : In hac enim tam restricta, & quasi ad punctum temporis alligata conventione præsumptio bonæ fidei vacillare videtur. Quamvis & hoc pactum, si nullæ aliæ malignæ circumstantiæ concurrant, usurarium censere non possim, maximè, si precium emptionis fuit condignum : Cur enim emptori bonæ fidei malè verti possit, si de re vendita, & ejus usu sibi certitudinem aliquam stipuletur ?

Dupliciter autem conventio hæc fieri potest. 1. Si pactum fiat affir- 7
mativum, id est, ut venditor, E. C. rem venditam intra septennium reluere possit; Et de hoc pacto loquitur articulus noster in primo Membro distinctionis. Alterum pactum de retrovenditione est negativum : Si scilicet in contractu venditionis conventum fuerit, ut venditori intrà septennium non liceat rem reluere; Et hic casus nostro judicio pertinet ad secundum Membrum distinctionis, ut paulò post ulteriùs explicabimus. Et, licèt DD. contractum cum hac ultima conditione factum pro usurario, & 8
fœneratitio judicandum esse velint. *Tyraquell. loc. cit. in præfat. n. 26. & n. 30. &* §. *1. gloss. 2. n. 69. Berlich. loc. cit. n. 22.* Id tamen ita intelligendum est, si instrumentum, ut præmisimus, obscurum, & ambiguum sit, ut discerni difficulter possit, an contrahentiū intentio fuerit, ineundi contractum pignoratitium, vel emptitium : Quoniam in tali obscuritate, & ambiguitate potiùs præsumitur pro contractu pignoratitio, quàm emptitio, ut paulò antè diximus. Articulus autem noster hîc loci præsupponit, constare de intentione, & animo contrahentium, quòd de emptione, & venditione cum pacto de retrovendendo, vom Widerkauff/ expresse inter se convenerint. Ubi autem constat de veritate, præsumptionibus locus non est. Hoc pactum igitur adjectum venditioni bona fide factæ, ut non liceat venditori, rem venditam ante septennium reluere, nullo modo pro injusto, vel invalido habendum est : Quis enim emptori invideat, si certum terminum pro exclusione reluitionis in stipulationem deducat, ne venditor statim altero anno cum sacco paratus adsit, & cum magno emptoris incomōdò, aut fortè etiam detrimento retrovenditionem petat ?

Ad primum igitur Membrum hujus distinctionis, de retrovenditione ad 9
certum tempus restricta, ponit articulus noster hanc regulam universalem, quòd elapso tempore jus reluitionis, aut retrovenditionis petendæ ampliùs locum non habeat, juxta comune axioma juris : Quod permissum est ad certum tempus, extra illud censetur prohibitum. *l. si unus.* §. *1. l. exempla.* §. *fin. ff. de pactis. l. sicut.* §. *fin. ff. quibus modis pignora solvantur.* censetur enim venditor juri suo renunciare, quando illo non utitur in tempore congruo, & permisso. Nec obstat, si emptor venditori intrà tempus conven- 10
tum denunciet, ut pro rei reluitione cum pretio venire possit, quandocunque velit : Quia hic terminus QUANDOCUNQUE tantùm restringitur ad tempus legitimum, & expressum. *Berlich. loc. cit. n. 88.* Aliud est dicendum, 11
si emptor post lapsum termini venditori denunciat, se ad recipiendum pretium, & faciendam retrovenditionem adhuc paratum esse, & multò magìs, si post elapsum tempus oblatum pretium actualiter recipiat : Quia tunc 12
quasi ex novo consensu ad retrovenditionem obligatus est. *Berlich. loc. cit. n. 89. & 90.* Et *Tyraquellus.* §. *1. gloss. 2. à n. 61. usque 64.*

Quid si autem emptor rem modico pretio emerit, & fœnerari solitus 13
fuerit, anné etiam in hoc casu post elapsum terminum ad retrovenditionem compelli poterit ? Certè, quia hæ duæ qualitates actum retrovenditionis de jure canonico aliàs ex natura sua odiosum, habent pro usurario, & fœneratitio, vix dubium esse potest, quin etiam post temporis lapsum venditor ad reluitionem admitti debeat. Idem *Tyraquell. loc. cit.* §. *1. gloss. 2. n. 55. Berlich. loc. cit. n. 92.* Modicitatem autem pretij intelligimus eam

esse,

esse, quæ est circa dimidium veri valoris: cum *Anton. Perezio. n. 13. ad tit. C. de pactis inter empt. & vend.* & *Fachinæo. lib. 2. contr. cap. 12.* Ubi hanc quæstionem fusè explicat, & contrarias opiniones refutat: Quamvìs alij dijudicationem modicitatis arbitrio judicis relinquant, *Menoch. de arbit. Jud. casu. 217. Mozzius de emptione, & vendit. rubric. quibus casibus, &c. n. 31.*

14 Quod attinet ad secundum Membrum distinctionis, nempe si pactum retrovenditionis initum fuit, sine temporis præfinitione usque in infinitum, & perpetuum, multi fuerunt hujus opinionis, quòd non valeat, per textum in *l. quòd si nolit. 31. §. si quid ita. 22. ff. de ædilitio edicto. & l. item illa. §. quod adjicitur. ff. de constituta pecunia*: Tamen illa opinio magìs comuniter rejicitur, *Mozzius de accidentalibus empt. &c. n. 6. & rubic. quibus casibus, &c. n. 28. & seqq.* Quo cum articulus noster specialiter convenit.

15 Difficilior quæstio est, an pacto retrovenditionis in perpetuum, & infinitum inito, si non tempore ordinario, saltem 30. vel 40. annorum præscribi possit? Pro affirmativa facit comunis regula, quòd omni actioni personali tempore 30. vel 40. annorum præscribatur, sed ex pacto de retrovendendo non datur alia actio, quàm actio personalis empti, & venditi, aut præscriptis verbis, cùm perfectâ venditione dominium rei venditæ per traditionẽ in emptorem transferatur. *Gail. lib. 2. obs. 16. n. 3. Mynsing. cent. 6. obs. 69.* & *Hartm. tit. 22. obs. 5.*

16 Et pro hac sententia ingentem Cathalogum DD. allegat *Berlich. lib. 2. conclus. 2. n. 80.* Sed noster articulus expresse disponit: **Da jhm jemand mit klaren außtruckentlichen Worten / ein ewige Widerlosung oder Widerkauff vorbehalte / daß derselbig oder seine Erben Macht haben / solch Guet nit nur in 30. oder 40. oder 100. Jahren / sonder jederzeit / wie lang es auch jmmer wäre angestanden / wider zulösen.** Et hujus rei ratio est, quia in mera facultate venditoris positũ est, an velit rem tali modo venditam redimere, nec ne: Quæ autem sunt meræ facultatis, nunquam præscribi possunt. Et hæc opinio etiam de jure comuni verior est: Videantur rationes apud *Joannem Kæppen decis. 1. per totũ.* & *And. Fachin. lib. 2. controv. cap. 13.* quam rationem tamen *D. Rath. in dissert. sua Jurid. assert. 57.* prorsùs infirmam judicat, nobis sufficit, quòd articulus noster illam expressa sua decisione firmam fecerit.

17 Quæ sententia etiam ad hæredes venditoris extenditur, ita ut reluitionem habeant, tametsi instrumento, in quo de pacto retrovenditionis conventum fuit, nulla hæredum mentio facta fuerit, nec venditor ipsis obligationem reluendi injunxerit. Ratio per se clara est, quia omnes actiones activæ, & passivæ in hæredes transeunt. Concordat articulus noster, in verbis: **So hat derselbig** / id est venditor, **oder seine Erben Macht / &c.** Secus esset, si pactum de retrovendendo in gratiam solius venditoris, quoad vivit, initũ, vel ad ipsius personam in specie restrictum fuerit. Vid. *Hartm. Pistor. obs. 54. n. 4. & 24.* & *Mozzius rub. quibus casibus. n. 28. ad tit. de empt. & vendit.*

18 Sed quid si emptor venditori retrovenditionem urgenti offerat solutionem quanti ipsius interest: Anne propterea à retrovenditione liberetur? Diximus in *præced. tit.* quòd in omni venditione venditor, vel hæredes ejus, si rei venditæ potestatem habeant, simpliciter ad traditionem obligati sint, nec ullo modo liberentur, si ad solvendum interesse parati sint. Similiter igitur etiam in pacto retrovenditionis dicendũ est, ut emptor, qui tenetur ad retrovenditionem, venditori nolenti, & invito aliter satisfacere non possit, nisi rem præcisè tradendo, ad quam retrovendendam obligatus est. **Verba nostri articuli sunt clara,** ubi dicit, quòd emptor, ejus hæ-

redes, & posteri, da sie das Guet in ihrem Gewalt haben / de retrovenditione se liberare non possint, wann sie gleich dem Verkauffer allen Schaden vnd Nachthail erstatten wollen.

Et ex his verbis, der Kauffer seinen Erben vnnd Nachkommen/ ꝛc. oritur iterum quæstio, an, sicut per superiùs dicta venditor, & hæredes ejus ex pacto de retrovendendo jus habent, rem alienatam reluendi, illud se tantùm extendat adversùs ipsum emptorem, vel etiam adversùs hæredes emptoris, cùm duo isti termini, seinen Erben vnnd Nachkommen / non emptoris, sed venditoris personam concernant, id est, emptor debet venditori, vel illius, id est, venditoris hæredibus, & posteris reluitionem petentibus satisfacere, ut proinde dubium sit, cùm de emptoris hæredibus, & posteris nihil dicatur, an etiam illi ad satisfactionem præstandam obligati sint? Respondemus, tametsi quoad emptorem, hæredum, & posterorũ illius nulla mentio fiat, quòd nihilominùs tamen ex mutuo synalagmate contractûs emptionis, & venditionis etiam hæredes emptoris obligati sint. *l. si fundum. C. de pactis inter empt. &c.* 19

Deinde subsequentia verba, ut mox videbimus, etiam tertium extraneum successorem universalem obligant, ergò multò magis obligatus est hæres ex sanguine, nisi fortè expressè conventum fuerit, ut solus emptor, quoad vivit, ad retrovenditionem teneatur, non verò ejus hæredes: Quo in casu pactum retrovenditionis non esset perpetuum, sed per mortem emptoris extingueretur, ut de venditore paulò antè idem diximus. Imò, si ponas, emptorem esse mortuum, & reliquisse filiam adhuc minorennem nuptam, vel innuptam, illa retrovenditionem venditori, vel hæredibus ejus facere possit, & debeat, etiam sine interventu decreti judicis, vel sine interposita curatorũ authoritate, aut sine consensu mariti illius, si nupta sit: Cùm ècontra minorennis masculini, aut fœminei sexus venditor, sine curatorum, aut, si de fœmina nupta loquamur, sine mariti consensu, & judiciali decreto, rem etiam cum pacto de retrovendendo vendere non possit. Ratio differentiæ est, quia minorennis, qui succedit emptori ad pactum de retrovendendo obligato, ad retrovendendum ex necessitate obligatur, in necessarijs autem obligationibus solennitates, quæ in alienandis rebus minorum de jure aliàs requiruntur, quiescunt, ut diximus ad *Tit. 5. Artic. 7.* §. Und wo. Econtra, si venditor minorennis rem sine decreto judicis, & authoritate curatorum, aut, si mulier fuerit, sine consensu mariti alienaverit, vitiũ nullitatis non excedit, tametsi pactum de retrovendendo temporale, aut perpetuum, affirmativum, aut negativum adjecerit. Quia talis alienatio non est necessaria, sed spontanea. Et, cùm traditione subsecuta, nisi diceremus eam nullam, & invalidam esse, dominium transiret in emptorem, omninò tollendæ essent leges, quæ de prohibita alienatione rerum minorennium, sine authoritate curatorum, & rerum conjugalium, sine præscitu, & consensu mariti, judicialique decreto latæ sunt, vel certè facillimè per pactum retrovenditionis eludi possent. Vid. *Tyraqrellus. de retract. convent. §. 1. gloss. 6. n. 28.* 20 21

Quid si autem res quædam cum pacto de retrovendendo, nec ad certum tempus, nec cum hac expressa adjecta conditione, ut venditori jus reluitionis in perpetuũ, & infinitum competere debeat, sed simpliciter vendita fuerit, his terminis: Ich behalte mir aber die Widerlosung bevor. An non saltem huic pacto indefinitæ reluitionis 30. vel 40. annis præscribi poterit? Et Respondemus, inhærendo principijs eorum, qui præscriptionem negant, dicendum esse, quòd prorsùs idem sit, sive quis reluitionem sibi per expressum in perpetuum reservet, sive duntaxat reservet indefinitè, quia actus reluitionis semper est actus meræ facultatis, & proindè inpræscriptibilis: Et ita intelligo *Berlichium loc. cit. n. 82.* & aliós doctores ibi- 22

dem numerosè allegatos, qui omnes de indefinita reservatione reluitionis loquuntur. An autem hoc conveniat cum jure nostro statutario, valdè subsistimus, quia articulus noster ad hunc effectum, ut nulli prorsùs præscriptioni ne centenariæ quidem locus sit, requirit, **daß jhme der Verkauffer mit klaren außtruckentlichen Worten / ein ewige Widerlosung / oder Widerkauff vorbehalten habe:** Ergò à contrario sensu sequitur, si sibi verbis generalibus non perpetuam, sed tantùm indefinitam reluitionem reservaverit, quòd præscriptioni locus esse possit. Certè nobis videntur statuta nostra Bavarica mediam viam ingressa, ut in celebri hac controversia nullam quidem præscriptionem admittant, si claris, & expressis verbis reservatio in perpetuũ, & infinitum facta fuerit, quia hoc ipsò omnis præscriptio censetur pacto sublata: At quando de perpetua reluitione nihil dictum fuit, sibi venditor imputare debeat, quòd per tricenarium, vel quadragenarium temporis cursum jure suo non fuerit usus, cùm actio personalis ex empto, & vendito, vel præscriptis verbis tanto tempore potiùs extinguatur, quàm eidem præscribatur. Et ex his, quæ modò diximus, colligitur, quid respondendum
23 dum sit ad illam quæstionem, si inter emptorem, & venditorem conventum fuit, ut V. G. reluitio intra decennium fieri non possit? Quam conventionem valere, jam supra probavimus, & expresè consentiunt *Fabianus de Monte. de empt. & vend. quæst. 7. n. 8.* & *And. Tyraquell. de retract. convent. §. 1. gloss. 2. n. 73.* Nam, tametsi elapso decennio venditori jus reluitionis supersit, eidem tamen cursu 30. vel 40. annorum, à tempore decursi decennij computandorum præscribitur, nisi secundùm statuta nostra provincialia venditor expressis, & claris verbis pactus fuerit, quòd sibi, & hæredibus suis post lapsum decennij reluitio, sive retroemptio rei venditæ in infinitum competere debeat.

24 Verùm ulteriùs quæritur, an res cum pacto indefinitæ, vel perpetuæ reluitionis ab emptore in singularem tertium possessorem tutò, & cum effectu alienari possit? Ratio dubitandi est, quia hujusmodi pactum videtur rem afficere, & ex eo nasci actio realis, nimirum utilis rei vindicatio. Deinde comunis regula juris est, quòd res transeat cum suo onere, vel cum sua causa. *l. cùm Pater. §. mensę. ff. de legatis. 2. l. alienatio. 67. ff. de contrah. empt. l. traditio. 20. ff. de acquirendo rerum Dominio. C. ex litteris. 5. extra de pignoribus.* Sed his non obstantibus, *Gail. lib. 2. obs. 22. per tot.* verius esse judicat, quòd emptor rem cum pacto de retrovendendo venditam in tertium possessorem quocunque titulo singulari rectè transferre possit; Ratio est, quia emptor per traditionem rei dominium consecutus est, dominus autem rem suam in quemcunque alium, & quocunque titulo habili transferre potest. *l. fructus rei. 72. ff. de R. J.* Ubi dicitur, quòd proprius fructus, & effectus dominij sit, ut res alienari possit. Et hoc in tantum verum est, ut venditor cum pacto reluitionis rem apud tertium possessorem singularem persequi non possit: Ratio est, quia ex tali pacto non alia actio nascitur, quam personalis ex empto, & vendito, vel præscriptis verbis; Actio autem personalis adversùs tertium possessorem singularem locum non habet, ut latè deducit idem *D. And. Gail. loc. cit. n. 4. & seqq.* Quamvis *Tyraquellus de retract. convent. §. 3. gloss. unica sub. n. 9.* contrarium teneat, & venditori utilem actionem vindicatoriam, & sic realem concedat, maximè, si retrovenditionis pactum verbis directis esset conceptũ, *Fachineus lib. controv. 2. cap. 15.* Et multis præjudicijs exterorum parlamentorum confirmet *Bernhard. Græveus* ad *Gail. conclus. 16. n. 8.* Retentâ autem Gailij sententiâ, quæ in Dicasterijs Germaniæ recepta est, *Mynsing. lib. 1. observ. 69. Hartman. Pist. lib. 1. quæst. 21. num. 7. Vult. Cons. Mar. Juris-Consultus vol. 3. Consult. 19. num. 92. & sequentibus.* debet illa dupliciter limitari.

Primò

Primò, nisi venditor pro servando pacto retrovenditionis in re vendita specialem hypothecam reservâsset, tunc enim nullum dubiū est, quin eam à tertio possessore singulari repetere possit. Ratio est, quia ex reservatione, & constitutione hypothecæ actionem hypothecariam realem consequitur, quæ utique contra quemlibet possessorem competit. *Cravet. cons. 381. n. 2.* 25

Quid si autem venditor sibi hypothecam pactus fuerit non specialem in re vendita, sed generalem in omnibus bonis ipsius emptoris pro retrovenditionis pacto adimplendo, anne talis venditor contra tertium possessorem singularem rei venditæ actionem realem hypothecariam habeat? Hanc quæstionem in utramque partem disputat *Ant. Gabriel de pignoribus, & hypothecis conclus. unica. sub tit. de pignoribus, & hypoth.* & magis communem opinionem esse dicit, quòd hypothecæ constitutio generalis ad transferendum dominium nullum impedimentum faciat. Videtur convenire, quod statuta nostra Bavarica disponunt, in dem Gandt-Proceß / *Tit. 2. Artic. 7.* Vers. Ein gleiche Mainung. Ubi latè deduximus, venditori jus prælationis non competere, nisi sibi hypothecā specialem in re vendita pro pretio non soluto reservaverit, & generalem hypothecæ reservationē nullo modo sufficere. Vid. *Semicenturia nostra. 1. controv. 10. per totum.* Sed his non obstantibus, putamus, venditorem adversùs tertium singularem possessorem in re cum pacto de retrovendendo vendita actionem hypothecariam, & consequenter persecutionem realem habere, tametsi sibi de speciali hypotheca rei venditæ non vigilaverit, sed tantùm de generali. Cùm enim, ut paulò antè diximus, dominium rei etiam cum pacto reluitionis, sive retrovenditionis venditæ transferatur per traditionem in emptorem, nullum dubium esse potest, quin sibi hypothecam generalem constituendo etiam hanc ipsam rem venditam pignori obligatam esse voluerit. Sicut ergò ex generali obligatione omnium bonorum venditoris etiam hæc ipsa res specialis, cum onere retrovenditionis tradita in obligationem venit, ita venditori ex generali sua hypotheca persecutio hujus rei specialis contra tertium possessorem competit, cùm generalis hypotheca omnia emptoris bona in specie comprehendat. Et hanc sententiam eò libentiùs admittimus, cùm tam multi Illustres Doctores velint, ut etiam nudum pactum de retrovendendo, tametsi de illo servando nulla constitutio hypothecæ, sive generalis, sive specialis accesserit, rem ipsam afficiat, & venditori utilem actionem vindicatoriam pariat, ut paulò antè explicavimus. In contrarium nihil faciunt, quæ ex Gabriele, & Processu nostro Edictali adduximus, quia Gabriel loquitur tantùm de tali pacto, quod impedit translationem dominij, sed pactum de retrovendendo non impedit translationem dominij, ergò. Deinde hoc ipsò, quando venditor in re cum onere reluitionis alienata specialem, vel in emptoris omnibus bonis generalem hypothecam reservat, fatetur, se jure crediti contentum esse, & dominium in emptorē transferre; Nam, si supponas, dominium apud venditorem permanere, hoc ipsò hypothecariâ opus non habet, cùm remanente dominio ei rei vindicatio competat, & vulgatissima regula sit, quòd res sua nemini possit esse obligata, aut hypothecata. 26

Ad alterum objectum ex Processu Edictali dicimus, verum esse, quòd venditori Privilegium prælationis non competat, nisi in re vendita specialem sibi hypothecam reservaverit, & non tantùm de generali caverit. Sed à privilegio prælationis ad pactum retrovenditionis nulla bona illatio fit: Deinde negari non potest, licèt venditor Privilegium prælationis non habeat in re vendita, quando specialem hypothecam in eadem sibi non reservavit, quòd tamen pretio non soluto ejusdem rei in tertium singularem possessorem alienatæ ex generali hypotheca sibi constituta persecu-

tionem habeat: Cùm, ut diximus, generalis hypotheca afficiat res singulas.

27 Secunda limitatio est, nisi ejusmodi tertia persona rem pacto retrovenditionis affectam esse sciverit. *Schraderus. de feud. parte. 2. partis. 9. Sect. 9. n. 41.* Per rationem, quia talis secundus emptor est in mala fide, vel certè præsumi debet, quòd scienter rem pacto retrovenditionis affectam emens onus retrovenditionis in se susceperit. Prout in simili secundus emptor, cui res tradita est, non præfertur primo emptori, si traditionem accepit mala fide, cui tamen sententiæ *D. Rath. in dissert. Jurid. assert. 58.* contradicit, asserendo, quòd scientia secundi emptoris cum actione personali primi venditoris nihil com̃une habeat. Sed cum Schraderi opinione concordat articulus noster, qui tertio possessori singulari rei cum pacto de retrovendendo alienatæ præscriptionem denegat, nisi priùs juret, se hujus pacti ignorantiam habuisse. Er kunte dann mit seinem Ayd bereden / daß jhme vmb die bedingte Widerlosung nichts bewust gewesen.

28 Tertiam limitationem aliqui hanc constituunt, ut in subsidium tertius possessor singularis obligetur, quando emptor primus, seu promissor non esset solvendo. *Bernhard. Græveus. loc. cit. n. 5.* Ubi *Menochium cons. 63. n. 128.* & *Cephallum. cons. 41. n. 5. allegat.* Ita ut venditor apud eum id, quanti sua interest, consequi non possit, sed planè præsuppositâ opinione supra stabilitâ, quòd pactum de retrovendendo rem venditam realiter non afficiat, non videmus, qua ratione venditor tertium singularem possessorem bonæ fidei convenire possit, tametsi emptor solvendo non sit: Cùm ei non nisi actio personalis ex empto, vel vendito, vel præscriptis verbis competat, actio verò personalis in successorem singularem non transeat: Vid. tamen sequens. §. *licèt.*

29 Quartam limitationem notabilem ponit articulus noster in possessore singulari, qui rem pacto retrovenditionis affectam titulo singulari gratuito accepit, V. G. titulo donationis, legati, &c. *D. Rath. loc. cit.* similiter existimat, quòd etiam titulus lucrativus possessoris tertij singularis cum actione personali, quæ competit venditori adversùs primum emptorem, de jure com̃uni nihil com̃une habeat. Per rationem, quòd nulla actio personalis in singularem possessorem, sive rem habeat titulo lucrativo, sive oneroso, transeat, quia personalis actio oritur ex conventione, conventio autem solos contrahentes ligat, & eorum hæredes, non tertios possessores singulares. Quia tamen articulus noster contrarium expresè statuit, ob hanc rationem, quòd indignum videatur, ut singularis possessor, qui rem titulo gratuito accepit, cum alterius jactura locupletetur, ei simpliciter inhærendum est. Quoniam verò D. Rathij assertio jure communi omninò conformis est, hæc constitutio pro singulari differentia inter jus com̃une, & statutarium annotanda est. *Diff.*

30 Licèt igitur paulò antè dixerimus, tertiam limitationem, quòd possessor singularis, nec in subsidium teneatur, quando scilicet primus emptor solvendo non est, ut venditori reluitionem petenti saltem interesse præstare possit, id tamen solum̃odò intelligendum esse de possessore tertio singulari ex titulo oneroso, nullo modo autem de possessore tertio singulari ex titulo gratuito, manifestè ex hoc articulo deducitur: Nam, cùm textus nostri articuli venditori persecutionem rei pacto retrovenditionis affectæ, sine omni distinctione, sive primus emptor solvendo sit, sive non, simpliciter concedat, multò magis concessa esse censeri debet, si constat, venditoris actionem pro eo, quod suâ interest, contra primum emptorem ob inopiam ejus inanem esse.

31 Dices, quòd articulus noster venditori cum pacto de retrovendendo non tantùm concedat actionem adversùs singularem possessorem, qui rem tali-

taliter venditam à primo emptore titulo singulari gratuito acquisivit, sed etiam contra alios singulares possessores, quibus res accessit titulo oneroso, nisi priùs legitimè præscripserint: Et proinde plura ex his, quæ hactenùs diximus, inutilia, & sine fundamento esse. Sequitur enim ex hoc primò, quòd necessariò asserere debeamus, pactum de retrovendendo rem ipsam afficere, & actionem realem parere, cùm aliàs in tertium singularem possessorem, sive gratuitum, sive onerosum competere non possit. Sequitur secundò, quòd in omni casu competat, sive emptor principalis solvendo sit, sive non, sive venditor sibi hypothecam reservaverit, sive non, sive particularis successor de pacto retrovenditionis scientiam, sive ignorantiam habuerit, sive titulo gratuito, sive oneroso rem acquisiverit. Sicut tamen hæc omnia contra intentionē nostri articuli esse, in præcedentibus sufficienter probavimus: Ita simpliciter negamus, quòd articulus noster contra tertium possessorem bonæ fidei cum titulo oneroso tamdiu actionem revocatoriam admittat, quamdiu non præscripsit, quidquid *D. Rath. loc. cit.* in contrarium dicat. Nam verba illa: Wann ein solcher (id est possessor singularis cum bona fide, & titulo oneroso) Nutz vnd Gewehr/ wie Land Rechtens vnd hernach geordnet ist/ ersessen/ ist er nit schuldig/ &c. non ad venditorem, sed ad emptorem, & ejus hæredes directa sunt, ut sensus sit: Quando singularis possessor cum onere, & bona fide rem pacto retrovenditionis affectam 5. annis inter præsentes, & 10. inter absentes possedit, etiam contra ipsum emptorem, qui se ad retrovenditionem obligavit, & ejus hæredes legitimè præscripserit. De venditore verò ne verbo quidem mentio fit, multò minùs hoc disponitur, ut tertius possessor ante præscriptionem completam, prout D. Rath articulum intelligit, ad retrovendendum obligatus sit, quamdiu præscriptionem non complevit. Supra evidenter probavimus, & ipse D. Rath approbat, quòd ex cōmuniori, & veriori sententia venditor ex pacto retrovenditionis tantùm habeat actionem personalem, & quòd actio personalis nullo modo contra tertium possessorem singularem cum bona fide competat. Si ergò venditori contra tertium singularē possessorem cum bona fide nulla actio, aut nullum jus competit, ad quid tertius possessor præscriptione adversùs venditorem opus habet? Aut cur sine necessitate, ut D. Rath facit, hac in parte correctionem juris introducemus? Videtur nobis D. Rath in articulo nostro, pro verbo, dem Kauffer/ legisse, dem Verkauffer/ ita, wann ein solcher (id est singularis possessor cum onere, & bona fide) Nutz vnd Gewehr/ wie Land Rechtens vnnd hernach geordnet ist/ ersessen/ ist er nit schuldig dem Verkauffer/ oder seinen Erben der Widerlosung statt zuthuen. In quo casu rectè D. Rath, à contrario sensu hanc illationem fecisset, si tertius possessor singularis præscriptionem non complevisset: Wann er Nutz vnd Gewehr nit ersessen/ quòd vi verborum reluitioni locum dare debuisset, daß er der Widerlosung hätte statt thuen müssen. Sed planè hunc sensum articulus noster non admittit, qui specificè de emptore loquitur. Potuit enim esse dubium, an non emptori incumbat revocatio rei in tertiam manum alienatæ, aut, an non fortè habeat aliquam justam prætensionem, cujus intuitu rem in tertium possessorem alienatam revocare possit. Ad quod respondet articulus, quòd tertius possessor post completam ordinariam præscriptionem etiam adversùs emptorem, & hæredes ejus tutus sit. In compendio hunc judicamus esse verum sensum nostri articuli, 32
ut 1. distinctio fiat, an pactum retrovenditionis factum fuerit ad certum tempus, vel in perpetuum, vel denique indefinitè? Si factum fuit ad certum tempus, tempore elapso perimitur: Si in perpetuum, nullo temporis spatio etiam centenario præscribitur, modò reluitio claris, & expressis verbis in perpetuum, & infinitum pacta fuerit: Si autem non in perpetuum, sed indefinitè tantùm, ut saltem præscriptioni tricennariæ, vel quadragenariæ

riæ locus ſit. 2. Ut diſtinctio fiat inter ſucceſſorem univerſalem; & particularem; A ſucceſſore univerſali, id eſt hærede tam extraneo, quàm ſuo, aut conſanguineo, reluitio, ſive in perpetuũ, ſive indefinitè reſervata fuerit, ſemper peti poterit: Ratio eſt, quia ſucceſſor univerſalis ſubintrat in locum primi emptoris, & ad implendum pactum ſimpliciter obligatus eſt. Quoad ſucceſſorem verò ſingularem, ut 3. hæc diſtinctio fiat, an res onere retrovenditionis affecta ad alium pervenerit titulo gratuito, vel titulo oneroſo? Gratuitus ſucceſſor ſingularis, tametſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, tenetur, reluitioni locum dare; Ex ratione, ut diximus, naturali, ne cum alterius jactura locupletetur, nulla obſtante ordinarij temporis præſcriptione, quoniam jura noſtra ſtatutaria titulum gratuitum ad hunc effectum irritum faciunt. Denique quod attinet ad poſſeſſorem ſingularem cum titulo oneroſo, ut diſtinctio fiat, an de pacto retrovenditionis ſcientiam habuerit, vel non, ſive quod idem eſt, an fuerit poſſeſſor bonæ fidei, vel malæ? Si malæ fidei poſſeſſor fuerit, & rem pacto retrovenditionis affectam ſcienter emerit, cenſetur, periculum hujus pacti in ſe ſuſcepiſſe. Si autem ignorantiam ejus habuit, & proindè bona fide mercatus fuerit, primus venditor adversùs illum prorsùs nullam actionem habeat; Et, ſi deſuper cum bona fide ordinarium tempus præſcriptionis compleverit, etiam NB. adversùs emptorem primum, & ejus hæredes, imò, & contra quoſcunque alios jure præſcriptionis tutus ſit. Et in his cancellis conſiſtit noſtra opinione ſolida ſubſtantia hujus materiæ, & noſtri articuli, ſecundùm quam non agnoſcimus, niſi unam differentiam juris communis, & juris noſtri ſtatutarij, ſcilicet quoad poſſeſſorem ſingularem gratuitum: Quoniam reverà etiam precarius poſſeſſor bonæ fidei ex regulis juris communis ordinario tempore præſcriberet, cùm omnia requiſita legitimæ præſcriptionis haberet, id eſt, bonam fidem, legitimũ tempus, & juſtum titulum, quem ſolum tamen noſtra ſtatuta Provincialia hac in parte improbant.

Continuatio

SUMMARIORUM.

33. *Qua actione tertius poſſeſſor cum titulo ſingulari gratuito, NB. vel cum titulo oneroſo, ſed etiam cum mala fide conveniri poſſit?*

34. & 35. *An hæres emptoris cum tali pacto ex ſua perſona præſcribere poſſit?*

36. *Quid dicendum ſit*, von den widerkäufflichen Gült-Verſchreibungen?

37. *Quid ſi annuus cenſus ex certo quodam, & determinato fundo conſtitutus ſit, an ſemper reluitio locum habere poſſit?*

38. *Quid ſi talis conſtitutio non per venditionem, ſed aliò quodam titulò facta ſit?*

39. *An debeat talis conſtitutio fieri in ſcriptura?*

40. *Quid ſi conſtitutio facta ſit, & nullus poſſeſſor in infinitum reluere poſſit?*

41. *An pactum reluitionis in meram voluntatem emptoris conferri poſſit?*

42. *An pactum de cenſu annuo in perpetuum non reluendo debeat conſiſtere ex mera parte venditoris?*

43. *An venditor jus reluitionis alteri cedere poſſit?*

44. *Quid ſi venditor reluitionem tantùm pro ſua perſona reſervaverit?*

45. *Quid ſi expreſsè reſtrictio pro hæredibus facta fuerit?*

46. *Quid ſi titulò gratuitò alienatio facta fuerit?*

47. *An reluitio fieri debeat eodem pretio?*

48. *Quæ hac in parte inter venditionis, & pignorationis contractum differentia ſit?*

49. *An verbum*, widerlöſen / *deſignet contractum venditionis, vel pignorationis?*

50. Quid si pretium primæ venditionis fuerit factum in certis terminis?
51. An aperta reluitione res vendita ipso jure revertatur ad venditorem?
52. Quæ sit distinctio inter verba directa, & obliqua venditionis?
53. Quid dicendum de fructibus rei redemptæ?
54. Quid si fructus adhuc pendentes sint?
55. An in puncto retrovenditionis feudalis novum relevium debeatur?
56. Quomodo res redeat ad venditorem in eodem statu?
57. Cui cedat melioratio?
58. Quid si emptor illam ex proprio fecerit meliorem?
59. Quid si emptor expensas inutiles fecerit?
60. Quid si meliorationes tempore reluitionis plures sint, quàm tempore venditionis fuerint?
61. An emptor post reluitionem ad deteriorationes obligatus sit, & quando?
62. An meliorationes, & deteriorationes invicem debeant compensari?
63. Quæ, & qualis hac in parte distinctio, inter emphyteutam, & emptorem ad retrovenditionem obligatū, adhiberi soleat, ac debeat?
64. Ad quem spectet commodum alluvionis in re retrovenditione affecta?
65. Ad quem spectet thesaurus in tali fundo repertus?
66. Quomodo pactum de retrovendendo prosit pluribus hæredibus venditoris?
67. Quomodo obligare possit tale pactum plures emptoris hæredes?
68. Quid si plures socij rem habeant tali onere affectam, & gravatam?

Quæres, cùm supra aliquoties dixerimus, quòd contra singularem possessorem venditor cum pacto de retrovendendo nullam actionem habeat, non realem, eò quòd pactum retrovenditionis rem non afficiat, nec personalem, eò quòd illa tantùm contra ipsum emptorem competat, non contra tertium singularem possessorem, quam ergò in duobus istis casibus, id est tertij possessoris singularis ex titulo gratuitò, vel tertij possessoris singularis cum titulo oneroso, sed malæ fidei, actionem assignabimus? Et respondemus, condictionem ex lege, eò ipsò enim, quòd statuta nostra iniquum judicent, ut venditor pacti sui jacturam faciat, si res in tertij possessoris singularis manu sit, vel titulo gratuito, vel cum mala fide, necessariò sequitur, quòd ex hac dispositione statutaria nascatur condictio ex lege, &c. quia persequitur rem in manu gratuiti, vel malæ fidei possessoris singularis existentem, dici debet in rem scripta, cùm aliàs tanquam personalis actio contra tertium possessorem singularem locum non haberet. Nec hoc possessori gratuito, & malæ fidei adeò grave esse potest, cùm uterque pro re primū pretium venditionis consequatur, ut proindè neuter magnam jacturam patiatur, cùm supra jam dixerimus, in venditione cum pacto de retrovendendo pretium debere esse aliquo modo congruum, ne ex modicitate illius concurrentibus alijs circumstantijs contractus habeatur pro usurario, & fœneratitio. 33

Subtilior quæstio est de successore universali, id est hærede, an scilicet ille pacto de retrovendendo præscribere possit, si fuerit in bona fide, & illius ignorantiam habuerit, nec uti velit accessione temporis sui antecessoris? In *Tit. 9. Artic. 7.* der Land-Recht / expressè dicitur, quòd hæres bonum per hæreditatem ad se delatum præscribere possit, si illud cum bona fide pro bono proprio tanto tempore possederit, quantum ad completam usucapionem, aut præscriptionem necessarium est, tametsi ipsi postmodùm mala fides antecessoris innotescat. Ex quo sequitur, si hæres rem retrovenditioni obnoxiam cum bona fide possederit 5. annos inter præsentes, vel 10. annos inter absentes, quòd reluitioni præscripserit, cùm juxta statuta nostra Bavarica mala fides antecessoris ei non noceat, quidquid de ju- 34

re

re comuni in contrarium dispositum sit, de quo ad *dict. Tit. 9. Art. 7.* plura sequentur. Verùm hoc non obstante, putamus, verissimum esse, quòd hæres pacto de retrovendendo præscribere non possit, sive sit successor cum bona, vel mala fide, sive velit uti accessione temporis primi emptoris, sive non. Videtur hoc constare ex articulo nostro, qui claris verbis disponit: Quòd venditori ex pacto perpetuæ reluitionis agenti tam ipse emptor, quàm ejus hæredes, & posteri absque ulla temporis præfinitione satisfactionem præstare, & reluitioni locum dare debeant. Certè si, ut paulò antè præmisimus, tertius possessor singularis, qui rem pacto retrovenditionis affectam titulo gratuito acquisivit, ad reluitionem in perpetuum semper obligatus est, & se nulla præscriptione etiam longissimi temporis tueri potest, multò magis hæres, sive successor universalis obligatus erit, cùm ipse potiorem causam gratuitam ab emptore habeat, & aliàs mala fides antecessoris faciliùs noceat successori universali, quàm singulari. Hujus rei unica ratio videtur esse, quam jam allegavimus, quòd statuta nostra iniquum judicent, ut successor gratuitus, sive universalis sit, sive singularis, cum alterius jactura locupletetur. Est igitur hic casus à regula *Art. 7. Tit. 9.* posita exceptus, ita ut præscriptio hæredi nihil prosit, tametsi accessione temporis sui antecessoris uti non velit, ut ibidem notabimus. Vid. *D. Rath. loc. cit. assert. 57.*

35 Dices, quòd omnis præscriptionis natura sit, ut possessor cum alterius damno locupletetur: Respondemus, in cæteris præscriptionibus agi etiam de præjudicio possessoris, sive præscribentis, quia non completa præscriptione rem sine pretio restituere debet: At hìc, quando tertius successor universalis, vel gratuitus litem habet cum venditore, de solo præjudicio venditoris agitur, non est igitur mirum, quòd ille gratuito possessore universali, vel singulari potior, & majoris considerationis sit. Deinde, cùm pactum retrovenditionis, ut sæpè diximus, rem ipsam non afficiat, sed emptor venditione perfecta per traditionem plenum dominium adipiscatur, ne facilè venditorem defraudare, & pactum hoc inutile reddere valeat, à statutis nostris Provincialibus prudentissimè ei hoc capistrum impositum fuit, ut gratuiti successoris, sive universalis, sive singularis interventus venditori in jure suo nihil præjudicet.

36 Ultimò, articulus noster occasione hujus materiæ de pacto retrovenditionis transitum facit ad constitutionem Carolinam in comitijs, Anno 1548. Von widerkäufflichen Gült-Verschreibungen/ editam, & duas solummodò positiones, sive regulas facit.

37 Prima est, si census annuus ex quodam fundo constitutus fuerit, quòd possessor ejusmodi fundi semper potestatem habeat, censum reluendi, sive reluitio in pactum devenerit, sive non, &, sive annuus census pro loco spirituali, & Ecclesiastico, sive pro loco sæculari fuerit constitutus. Et in hoc convenit articulus noster cum *Bulla Pij V. Anno 1568. Cal. Febr. edita, & cum extravagante Martini 5. Similiter cum Cap. 2. de empt. & vend. in extravag. comm.* quæ jura clarè continent, quòd, si in re imobili de sui natura frugiferâ, & quæ nominatim certis finibus designata, vel certis limitibus circumscripta est, census annuus justo rei pretio constitutus fuerit, validus, & in sola venditoris, sive, ut articulus noster loquitur, possessoris ejusmodi fundi potestate positum sit, pro lubitu quocunque tempore reluitionem faciendi. Concordat Caroli V. constitutio de Anno 1548. quæ habet, daß die Loßkündigung der Gült-Verschreibungen auff Widerkauff/ wie Widerkauffs Recht ist/ allzeit bey dem Verkauffer stehen soll. *Vid.* etiam Maximiliani constitutio in comitijs Augustanis, Anno 1500. & Rudolphi II. de Anno 1577. Ita ut quidam Doctores redemptionem istam ex parte venditoris asseverent, contractui esse nativam, & venditioni censuum per se conjun-

junctam, quod tamen articulus noster, ut statim sequitur, cum *Lessio. lib. 2. cap. 22. dub. 10.* & cum *Leyman. cap. 18. de pactis, & contract. n. 5.* non admittit.

Diximus 2. de censu in fundo quodam constituto, ut appareat, pro e- 38
jusmodi censu reali præcisè contractum emptionis, & venditionis non esse necessarium, sed quemlibet alium contractum, sive titulum sufficientem esse. *Molin. disput. 383. ab init.* & *Covar. var. resol. lib. 3. n. 6. & cap. 11. in princ. n. 5. & 6.* Modò præsupponas titulum litterarium, sive Instrumentalem.

Loquitur enim articulus tantùm, **von der Verschreibung** / quem termi- 39
num aliter intelligere non poteris, nisi de constitutione litteraria, sive illa postmodùm fiat ex causa empti, & venditi, permutationis, transactionis, vel quocunque alio habili. Cùm autem articulus noster solummodò loquatur de annuo censu constituto ex certo fundo, **auff einem Grundstuck** / nolumus hîc excursionem facere, & disputare, an reditus annuus in pecunia solvendus absque ulla bonorum assignatione, & hypotheca super sola persona venditoris, etiamsi fidejussores det, vel, etiamsi hypothecam supponat, in re mobili, vel immobili, frugifera, vel infrugifera, certa, specifica, ac determinata, aut incerta, & indeterminata, vel generaliter super omnibus bonis præsentibus, & futuris constitui possit. Sed Lectorem ad pulcherrimum tractatum noviss: D: Casp: Manzij avunculi nostri clarissimi, & Friderici Martini de censibus remittimus. Quoniam hæc materia nimis fusa est.

Secunda positio, sive regula hujus articuli est, si expresse inter partes con- 40
stituentes censum annuũ, conventũ sit, ut is super fundo in perpetuum manere, & nullus possessor fundi illum in infinitũ reluere possit, quòd talis conventio debeat esse firma, & rata. Et, quamvis multi DD. hujus opinionis fuerint, quòd de jure positivo tale pactum non subsistat, Vid. *Felic. lib. 1. c. 8. & c. 10. de censibus.* tamen *Lessius. loc. cit. dub. 10. n. 57.* existimat, jus naturæ, & gentium admittere, nec emptorem ullo modo contra justitiam peccare, si tale pactum de censu in infinitum irredimibili contractui adjecerit, quam sententiam noster articulus amplectitur; Utrum autem pactum de relui- 41
tione in meram voluntatem emptoris collatum teneat: Vid. idem *Felician. lib. 1. cap. 7. n. 17. & cap. 8. n. 18. & cap. 10. n. 28.* plura de hac materia D. Balthas: ad hunc articulum compendiosè annotat, quæ repetere nolumus.

Unum hoc pro coronidè explicationis hujus nostri articuli addimus, 42
quòd specialiter dicat, reluitionem annui census in libera potestate venditoris, vel illius esse, qui rem censiticam possidet, tametsi agatur de causa pia, & Ecclesiastica, vel sæculari. Cujus rei ratio est, quòd plurimi Doctores subsistant, an tale pactum, ut modò diximus, de censu annuo in perpetuum non reluendo valeat, nec ne, ita ut in Pij V. constitutione hæc libera redimibilitas ex parte venditoris propterea inventa fuerit, ut declinetur omnis suspicio usurariæ conventionis: Ad quam igitur loca, & personæ Ecclesiasticæ æquè obligatæ sunt, ac loca, & personæ sæculares. Interim, cùm articulus noster præter intentionem Bullæ Pij 5. etiam pactum de annuo censu in perpetuum, & infinitum non ampliùs reluendo approbet, utique etiam piæ causæ, & personæ Ecclesiasticæ eo gaudere debent.

His addamus pauculas adhuc quæstiunculas ad hanc materiam retrovenditionis necessarias, sed breviter.

Prima est, an venditor jus reluitionis cuivis alteri cedere, vel per ti- 43
tulum habilem gratuitum donationis, legati, &c. aut onerosum permutationis, transactionis, &c. in alium transferre possit? Communior, & ve-

rior ſententia eſt, quòd ejuſmodi ceſſio, & translatio omninò ſubſiſtat. Ratio hujus rei eſt, quòd hoc jus ad hæredem tranſmitti poſſit, ergò etiam poteſt alteri cedi. Primum Membrum probatur ex *l. 2. Cod. de pactis inter empt.* Ubi expreſsè dicitur, quòd jus ex pacto competens ad hæredem tranſmittatur. Alterum Membrum probatur *per legem ex pluribus ff. de adminiſtratione tutorum.* Deinde regulariter omnes actiones cedi poſſunt, & in alium transferri, ergò & actio ad redimendum cedi poterit: Certè ſi venditor rem ipſe redemerit, eam ſine omni dubio in alium transferre poteſt, ergò etiam actionem ad redimendum competentem eidem cedere poterit, *Fachin. lib. 2. cap. 11. per totum. Caſſanæus in Conſuet. Burgund. rubr. 8. §. 1. n. 39. & 44. Tyraquell. de retract. convent. §. 26. gloſſ. 3. n. 1.* Aliud dicen-
44 dum eſt, quando venditor reluitionem expreſſis verbis tantùm pro ſua perſona ſibi reſervavit, tunc enim, ſicut hoc jus ad hæredes non tranſmittit, ita neque tertio cuiquam illud cedere poteſt. Idem *Tyraquell. dict. §. 26.*
45 *gloſſ. 3. n. 43.* Quid ſi autem expreſsè dictum fuerit, reluitionem venditori, & hæredibus ejus ſemper debere eſſe liberam, ut ſi velint, eam pro decore domûs iterum recuperare poſſint? Grave enim ſucceſſoribus ex ſanguine, & luctuoſum eſt videre, paternas, & avitas domos ac antiqua majorum prædia in externis manibus, & poteſtate eſſe. *l. lex quæ. 22. §. ergò C. de adminiſt. tut. l. in fundo 35. ff. de rei vindicatione.* Reſpondemus, in hoc caſu diſtinguendum eſſe, an reluitio conditionatè reſtricta fuerit pro familia, & tunc utique ceſſio extra familiam fieri non poteſt; Si autem reſervata reluitio non conditionatè ad familiam reſtricta, ſed pro cauſa impulſiva tantùm dictum fuerit, quòd venditor propterea pactum de retrovendendo fecerit, cùm convenientius judicet, rem redire ad familiam, quàm remanere in extraneis manibus, putat *Tyraquell. loc. cit. gloſſ. 3. n. 43.* hoc jus reluitionis non obſtante hac cauſa impulſiva in extraneum cedi, vel alio quovis titulo transferri poſſe.

46 Oppones, ſaltem titulum gratuitum eſſe inutilē, per rationem, quòd per ſuperiùs dicta emptor rem pacto retrovenditionis affectam gratuito titulo in tertium ſingularem poſſeſſorem transferre non poſſit, ergò videtur dicendū, quòd nec ipſe venditor jus reluitionis gratuito titulo alienare queat. Sed reſpondetur, in articulo noſtro nullam prohibitionem pro venditore inveniri, ſicut reperitur ſuo modo pro emptore. Deinde etiam emptor poteſt rem hoc pacto affectam gratuito titulo in tertium ſingularem poſſeſſorem transferre, ſed non ad hunc effectum, ut reluitionem excludat, qui per articuli noſtri diſpoſitionem tali alienationi gratuitæ adimitur, atqui juri reluitionis, quod competit emptori vi noſtri articuli, nullus effectus adimitur, tametſi gratuito titulo in tertium transferatur: Hoc autem noſtra opinione propterea fit, quòd emptori per translationem hujus juris nihil decedat, quia perindè ſuum pretium recipit, ac ſi reluitio ab ipſo venditore facta fuiſſet. Aliud eſt in caſu converſo, quia, ſi ſtatuta noſtra gratuito titulo in alienatione rei pacto retrovenditionis obnoxiæ effectum, de quo diximus, non adimiſſent, venditori contra talem gratuitum poſſeſſorem ſingularem nulla daretur actio, & proinde ipſe in jure ſuo damnificaretur.

47 Quæſtio ſecunda eſt, an reluitio poſſit fieri eodem pretio, quo facta eſt venditio. V. G. Ego vendidi tibi fundum pro centum florenis cum pacto reluitionis, ſive retrovenditionis, quæro, ſi fundum redimere velim, an ſufficiat, ut tibi pretium centum florenorum refundam, vel, an obligatus ſim ad pretium ſolvendum, quo fundus conſtat tempore redemptionis? Et in hoc diſtinctio facienda eſt, an in primo contractu convenerit inter partes, ut retrovenditio debeat fieri eodem pretio, vel, an de hoc nihil dictum fuerit. In primo caſu, ſervandum eſt pactum, & reluens ad

aug-

augmentum pretij non tenetur: In secundo verò casu, debet reluens pretium præstare, quod pro illo tempore condignum est, quo res reluitur, non quod fuit tempore primæ venditionis; cùm enim emptor intermedio tempore rei dominus fuerit, appretiatio illius emptori tanquam domino cessit. Et hinc distinctio est inter reluitionem, & retrovenditionem, vnder der Widerlosung/ vnnd dem Widerkauff/ quæ duo verba in articulo nostro conjunguntur. Reluitio propriè convenit illi pacto de retrovendendo, 48
quando res vendita pro eodem pretio revocari potest; Retrovenditio, sive der Widerkauff/ convenit alteri casui, quando antiquus venditor cum emptore de novo pretio convenire debet. Et hinc, quamvis *Berlich. part. 2. conclus. 1. n. 51.* velit, si in instrumento quodam contineatur verbum, widerlösen/ quod inter partes censeatur contractus pignoratitius initus fuisse, 49
hoc tamen non ita simpliciter, & universaliter intelligendum est, nam, si ex instrumento appareat, contractum emptionis, & venditionis gestum esse, cum reservatione, ut venditori liberum sit, rem pro eodem pretio redimere, daß Er die Sach vmb den vorigen Kauff-Schilling widerlösen könne/ hoc verbum, widerlösen/ nullo modo importat contractum pignoratitium, sed proprissimè huic contractui, in quo reluitio rei venditæ pro eodem pretio pacta fuit; accomodatur, impropriè verò, si reluitio non pro eodem, sed pro diverso pretio juxta tempus reluitionis pacta sit, quia tunc retrovenditio fit ex novo contractu, cui verbum reluere, oder widerlösen/ ex nativo sensu non convenit. Berlichium igitur sic debemus interpretari, ut in casu, quo instrumentum est obscurum, & nulla verba continet, ex quibus constet, inter partes pactum emptionis, & venditionis celebratum esse, ex verbis, ablösen/ widerledigen/ & similibus potiùs contractus pignoratitius quàm emptionis, & venditionis celebratus esse præsumi debeat, nam, quando de contractu emptionis, & venditionis magis verisimiliter apparet, ex nudo hoc verbo reluitionis, der Widerlösung/ contractus pignoratitius extorqueri non potest:

Quid si autem pretium primæ venditionis fuerit pactum, & solutum in certis terminis, anné venditor in reluitione, sive redemptione rei etiam gaudeat ijsdem terminis? Et respondemus cum distinctione, aut enim agimus de vera reluitione, id est, quando in prima venditione pactum intercessit, ut res pro eodem pretio relui possit, tunc venditori reluenti ijdem termini concedendi sunt. Si autem agamus de retrovenditione, vel redemptione, tunc, quia in effectu est nova emptio, oportet, ut redimens de pretio, & terminis ejus cum revenditore de novo conveniat, sicut enim revenditor in casu, quo contrarium conventum non fuit, ut scilicet redemptio fieri possit pro eodem pretio, non tenetur ad revendendum, nisi redimens etiam augmentum pretij offerat, quod quilibet alius extraneus offert, ita nec ad indulgendos terminos priores obligatus est, quando alius ad solvendam paratam pecuniam promptus est, cùm utique solutio in parata pecunia melior sit, quàm in terminis. *Hartm. Pist. obs. 17. n. 1.* & is qui rem præsenti pecunia emit, dicitur majori pretio emere, quàm alter, qui emit solutione in tempus dilata. §. *33. plus autē. verb. tempore. Inst. de action. l. eum qui. 15. ff. de annuo legato. l. solidū. 85. ff. de solution. l. 1. C. de plus petitione. Berlich. dict. conclus. 2. n. 43.* 50

Dices, retrovenditionem non posse dici novam venditionem, cùm doctores comuniter tradant, quòd ex pacto de retrovendendo dominium rei venditæ soluto pretio statim revertatur ad venditorem, ita ut illam à quolibet tertio possessore vindicare possit. *Tyraquell. de retract. convent. ad fin. tit. n. 84. Fachineus. lib. 2. controv. 15. per totū.* Sed respondemus, cum priori distinctione, an pactum retrovenditionis expresse factum fuerit de eodem pretio, vel non: In primo casu, quando in instrumento dictum est, 51

quòd res pro eodem pretio realiter oblato debeat redire ad priorem dominum, tunc ex mente Doctorum statim dominium rei revertitur ad antiquum venditorem, ut rem etiam in alienis manibus existentem vindicare possit. Aliud est, si simpliciter pactum retrovenditionis factum fuerit, quia tunc venditor de novo cum emptore pro pretio convenire debet, & is priùs rem retrovendere tamdiu obligatus non est, quàmdiu venditor non offert pretium pro statu temporis, quo retrovenditur, condignum. Quamvis etiam multi doctores sint, qui semper novæ emptionis, & venditionis celebrationem requirant, & nullo modo admittant, quòd refuso pretio dominium rei venditæ, sine retraditione revertatur ad primum venditorem. Videatur tamen distinctio *Fachinei. dict. lib. 2. controv. cap. 15. circa finem*, quam facit inter verba instrumenti directa, & obliqua, quam etiam approbat *Berlich. lib. 2. conclus. 2. n. 18.*
52 Verba directa sunt, si instrumentum contineat, quòd venditori pretium offerenti liceat rem suam recipere, vel quòd venditio debeat haberi pro infecta, & res pro inempta. Verba autem obliqua sunt, si simpliciter in instrumento dicatur, quòd emptor debeat esse obligatus rem revendere, vel restituere, quæ distinctio in effectu cum nostra coincidit, si dicamus, quando agitur de reluitione, dominium revertitur ipso jure ad antiquum venditorem, quando autem agitur de retrovenditione, requiritur novus actus, & contractus, & consequenter etiam ipsius rei retraditio.

53 Quæritur tertiò, quid dicendum sit de fructibus rei venditæ cum pacto redimendi, an illi pertineant ad redimentem, an verò ad venditorem retrovendentem? Et respondemus, imprimis distinguendum esse inter fructus ab emptore, antequàm ipsi redemptio denunciata fuit, jam perceptos, vel adhuc in fundo pendentes. Si ab emptore ante denunciationem reluitionis, aut redemptionis bona fide à solo fuerunt separati, in horreum relati, & consequenter percepti, eorum dominus effectus est, & eos sibi acquisivit. Ratio est, quia fundus, antequàm redimitur, emptoris est, fructus autem spectant ad dominum rei, & possessori cedunt. Diximus, bona fide, si enim emptor suspicatur, quòd venditor fundum velit redimere, & ideò fructus, antequàm maturi fuerint, decerpserit, eos perceptione non facit suos, sed tenetur redimenti pro rata temporis ad interesse; Idem dicendum est, si mala fide in odium reluentis agrum reliquerit incultum, quia nihilominùs tenetur pro rata temporis ad id, quod interest redimentis, cùm nemini invidia, & malitia sua debeat esse patrocinio. *l. creditorem. 6. §. Lucius. 4. ff. mandati.*

54 Quod attinet ad fructus pendentes, variæ sunt DD. opiniones, quidam enim censent, fructus pendentes cedere venditori rem reluenti, eò quòd fructus pendentes sint pars fundi. *Cassan. ad Consuet. Burgund. rubr. 5. §. 1. n. 16.* Alij dicunt, respectum faciendum esse ad tempus, quo prima venditio facta fuit, ita ut, si res vendita tunc temporis erat sine fructu, tempore autem reluitionis inveniatur frugifera, fructus cedant emptori primo, non redimenti, quia ipse debet fundum suum recipere in eo statu, quo vendidit. Exemplum habemus quotidianum in locationibus temporalibus, imò etiam in Emphyteuticis conventionibus ad longum tempus: Si enim conductor, vel Emphyteuticarius possessor ad longum tempus fundum sibi concessum accepit satum, & frugiferum, tempore finitæ locationis, vel Emphyteuticæ conventionis ad longum tempus in eodem statu restituere debet. *Zoanetus. de empt. & vend. sub pacto retrovenditionis. n. 134. & seqq.* Tertia opinio est eorum, qui volunt, dividendos esse fructus inter primum venditorem, & emptorem pro rata temporis illius anni, quo redemptio fit. *Fachineus. lib. 2. controv. 14.* Ubi exemplum ponit: Ego vendidi tibi fundum calendis Novembris cum pacto de retrovendendo,

eun-

eundem fundum redimo post aliquot annos in mense Julio, quando fructus jam maturi, sed pendentes sunt; Ego redemptor ex fructibus lucror tertiam partem, duæ reliquæ tertiæ spectant ad primum emptorem, qui fundum coluit. Et hæc sententia est communior, & nostra opinione æquissima. Vid. idem *Fachin. loc. cit.* ubi rationes in contrarium allatas dissolvit. *Tyraquell. de retract. convent.* §. 5. *gloss.* 4. *n.* 5. & *Berlich. loc. cit. n.* 61. ubi plures allegat. Nos tamen hic iterum distinctionem nostram repetimus, an retrovenditio hoc expresso pacto reservata fuerit, ut liceat emptori rem suam recipere pro antiquo pretio, nam tunc fructuum pendentium pro rata temporis rationem habendam esse, non dubitamus: Si autem pactum venditioni simpliciter adjectum fuit, ut emptor obligatus sit ad petitionem venditoris eandem rem illi revendere, fructus pendentes ad emptorem spectant, quamdiu non ex novo contractu redemptionis venditor eidem emptori satisfactionem præstat, quam quivis alius præstare paratus est: Sive, ut breviùs dicamus, hæc quotæ, & ratæ observatio locum habet in casu reservatæ reluitionis pro eodem pretio, non in casu retrovenditionis; Reluitioni namque primus emptor ex necessitate deferre debet, retrovenditioni autem non aliter, nisi sibi pro congruo pretio illius temporis satisfactio præstetur, quam si primus venditor recusat, emptor jure dominij optimo fructus pendentes ad se recipit, quia ad retrovenditionem aliter non tenetur, nisi venditor idem pretium dare paratus sit, quod ab alio quocunque extraneo haberi potest.

Hinc, tametsi feudorum præpositus sim, & proindè strictiorem obligationem habeam, pro Domino feudali decertandi, tamen nihilominùs existimo, ex prædictis satis liquere, quòd in mutatione emptionis, & venditionis cum pacto retrovenditionis inita quoad solutionem relevij in feudis, & quoad solutionem laudemij in rebus Emphyteuticis eadem distinctio observari debeat, an fuerit facta ex præambula conventione primi contractus, ut loquitur *Costa de rat. quæst.* 135. *n.* 21. pro reluitione rei venditæ in eodem pretio, & cum ijsdem conditionibus, vel an fuerit facta ad nudam retrovenditionem: In primo casu, firmissimè puto, defendi posse, nullum in rebus feudalibus, aut Emphyteuticis relevium, aut laudemium deberi, quoniam reverà novus contractus non est, sed, ut diximus, res jure dominij revertitur ad primum possessorem, quasi fuisset inempta; Talis enim contractus est sub conditione resolutiva initus, quâ subsecutâ, res redit in pristinum statum, sine ulla mutatione, ubi autem nulla est mutatio Vasalli, vel Emphyteutæ, ibi locus relevij, vel Laudemij esse non potest. 55

Dices, relevium aut laudemium semper deberi, quoties mutatur possessor. Respondemus paucis verbis, id verum esse, & propterea emptor primus ad relevium, & laudemium obligatus est: At quando res revertitur ad primum venditorem ex capite reluitionis, & non retrovenditionis, non fit novus possessor, sed conditione resolutiva eveniente antiquam suam possessionem recipit, & sic ad nullum novum relevium, aut laudemium, quod priùs jam præstitit, obligatus est.

Similiter, quamvìs doctores comuniter velint, quòd res per retrovenditionem redeat ad venditorem cum omni jure, qualitate, appellatione, conditione, & statu, quibus antiquitùs penes eum fuit. *Berlich. dict. conclus.* 2. *n.* 49. Id tamen iterum cum eadem distinctione intelligendum est, nisi qualitas, conditio, & status rei rem fecerit pretiosiorem, nam, quando conventio facta fuit de reluitione sub eodem pretio, utique qualitas, conditio, & status intereà melioratus redit ad priorem dominum, per rationem sæpiùs allatam, quia resolvitur tantùm contractus, & res revertitur ad dominum cum accessione sua, quæ eidem naturaliter contigit. Si autem 56

 de

57 de nuda retrovenditione conventum fuerit, ejusmodi accessio naturalis cedit emptori, cum quo primus venditor novo contractu redemptionis de justo pretio convenire debet, &c, si alius extraneus plus offerat, emptor ad retrovendendum obligatus non est, nisi primus venditor idem præstet, quæ hactenus sufficienter probavimus.

58 Quid si autem supponas, emptorem ad reluitionem pro eodem pretio obligatum rem venditam meliorem fecisse ex sua industria, & ex proprijs impensis? Nullum dubium esse dicimus, quin ejusmodi meliorationes, & expensæ emptori refundendæ sint, ne aliàs primus venditor redimens cum illius jactura locupletetur. *Berlich. loc. cit. n. 48. Zoanett. de empt. & vend. sub pacto de retrovend. n. 123. & seqq.* Quæ tamen æstimandæ sunt pro eo tempore, quo fundus redimitur, non pro tempore præterito, quo meliorationes factæ sunt. Ratio est, quia meliorationes ex usu emptoris deterioratæ antiquo redemptori imponi non possunt, quia non ipsius, sed emptoris commodo cesserunt.

59 Hoc tamen ita verum est, si sumptus in fundum redemptioni obnoxium necessariò, vel utiliter facti sint. *l. domos. ff. de legatis. 1. l. intrà. §. vendentibus. ff. de minoribus. l. colonus. ff. locati.* Nec in hac materia retrovenditionis admittitur illa exceptio, quòd possessor utiles, aut necessarias impensas cum fructibus computare debeat, juxta *l. sumptus. & l. emptor. ff. de rei vindicatione.* Quoniam sumptuum compensatio cum fructibus tunc tantùm locum habet, si fundus tempore perceptorum fructuum erat alienus.

60 Aliud est in revenditione, quia possessor ante reluitionem, vel retrovenditionem verus fundi dominus est, adeóque ex legis dispositione fructus perceptos suos facit, & nihilominùs per exceptionem doli mali meliorationes factas seorsim consequitur, ut pulchrè explicat idem *Zoanettus. loc. cit. n. 124.* ubi *n. 125.* notabiliter addit, si emptor, qui fuit obligatus ad retrovenditionem, rem melioraverit 50. florenis, ita ut tamen tempore retrovenditionis 100. florenis plus valeat, quòd pro melioratione non tantùm 50. sed 100. florenos repetere possit. Quod nos sub priori distinctione admittimus, si scilicet agamus de vera retrovenditione, non de reluitione: Nam, cùm in retrovenditione fiat novus contractus, ut diximus, redimens tenetur melioramenta solvere quanti sunt, & quilibet alius extraneus solveret; In reluitione verò non obligatur in plus, quàm à possessore realiter impensum fuit.

61 Illud autem potest videri mirabile, quòd, tametsi venditor emptori post reluitionem teneatur ad meliorationes, ut modò diximus, reciprocè tamen emptor post reluitionem non nisi cum distinctione ad deteriorationes obligatus sit, scilicet an deteriorationes fuerint factæ ex culpa emptoris, vel ex cursu temporis. Si priùs, utique emptor eas resarcire tenetur, sive ex culpa in comittendo, sive ex culpa in omittendo evenerint, quia utraque pars sibi invicem actione bonæ fidei ex empto, & vendito obligatur. Si posterius, deteriorationes ex cursu temporis contingentes ad redimentem spectant. V. G. Si emero à te molendinum, quod attritione quotidiana consumitur, reparatio propter attritionem facienda spectat ad redemptorem, quia tempore venditionis scire potuit, molendinum usu paulatim atteri, & consumi.

62 Si dicas, in statutis nostris Bavaricis expresè dispositum esse, ut deterioratio, & melioratio pro quantitate unius, vel alterius comensurari, & compensari debeant. Land-Recht / *Tit. 21. Art. 3. & Art. 8.* Respondemus, quemlibet possessorem boni alicujus Emphyteutici, vitalitij, &c. ad illud conservandum obligatum esse: Si igitur deterioratio contigit, rectè illa cum melioratione facta compensatur: Emptor autem, qui ad retro-

ven-

venditionem obligatus est, nullam obligationem habet, ex fructibus rei 63
deteriorationem cursu temporis contingentem resarciendi, igitur ea de melioramentis deduci non potest. *Berlich. loc. cit. conclus. 2. n. 50. Tyraquell. de retract. convent. ad fin. tit. n. 86.*

Quæritur quartò, ad quem spectet commodum alluvionis? *Berlich. loc.* 64
cit. n. 51. & sequentibus. usque ad *n. 56. & Zoanett. n. 127. & seqq.* varias distinctiones faciunt, quæ ibidem videri possunt: Nos priorem nostram distinctionem huc repetimus, & dicimus, si pactum retrovenditionis cum clausula pro eodem pretio, & quidem directis verbis adjectum fuerit, quòd commodum alluvionis, sive consistat in incremento latenti, sive in incremento apparente, & separato, sive prima venditio facta fuerit in corpore, sive ad mensuram, semper ad primum venditorem pertineat. *Berlich. dict. conclus. 2. n. 54.* ubi plures alios citat. Ratio est, quia res redit ad venditorem non ex nova causa, sed antiquo jure, ideóque eam recipere debet, cum omni sua qualitate, conditione, & statu, in quo priùs fuit, & quod ei medio tempore accessit; Licèt enim emptor intermedio tempore dominus sit, ut supra diximus, tamen revocabiliter tantùm dominus est, & proindè, sicut per reluitionem dominium redit ad priorem dominum, ita etiam redit cum sua accessione. Augmentum enim sequitur rem ipsam, ut patet in re pignori obligata, & proindè quod accessit, pertinet ad creditorem, cui res restituitur, non ad pignoratitium possessorem. *Fachin. dict. lib. 2. cap. 6.* ubi tamen contrariam sententiam amplectitur, quòd comodum alluvionis in omni casu ad emptorem pertineat. At, quando pactum retrovenditionis primæ venditioni accessit, non reservatâ reluitione pro eodem pretio, sed reservata tantùm redemptione, sicut per superiùs dicta primus emptor non tenetur revendere, nisi justum rei pretium solvat, quod quilibet alius extraneus solvere paratus est, ita sequitur, quòd hoc in casu, si res per alluvionem pretiosior facta sit, hæc accessio in effectu cedat lucro, & commodo emptoris.

Sed quid dicendum est de thesauro in fundo retrovenditioni obnoxio 65
per emptorem invento? *Berlich. loc. cit. n. 57. cum seqq.* dimidiam partem adjudicat emptori tanquàm inventori, alteram verò dimidiam partem redemptori, per rationem, quòd post reluitionem dominium revertatur ad primum venditorem, cujus effectus est acquisitio thesauri in re, quæ jure dominij ad me spectat, inventi. Verùm nostra opinione iterum distinctioni nostræ locus est, ut hoc verum sit, si agatur de reluitione fundi directis verbis, & pro eodem pretio reservatâ: Aliud est, si agatur de retrovenditione, quæ ex nova conventione inter partes fieri debet, sicut enim emptor in perpetuum dominus manet, quando primus venditor eidem non condignum pretium pro redemptione offert, ita nullum obstaculum subest, quin lucretur totum thesaurum inventum tam ex jure dominij, quàm ex capite inventionis in fundo suo proprio. Certè, si emptor, uti potest, fundum alteri plus offerenti vendat, inventum thesaurum eidem comunicabit, ita nec obligationem habet, eundem comunicandi primo venditori, qui sibi solumodò de retrovenditione per novum contractum, & non de recipiendo dominio pro antiquo pretio venditionis vigilavit.

Quinta, & ultima quæstio est, cùm supra dixerimus, pactum de retro- 66
vendendo obligare hæredes emptoris, & venditoris, quid juris sit, si ex una, vel altera parte plures hæredes existant? Ad quod

Respondemus 1. Si V. G. venditor duos reliquerit hæredes, certum quidem est, quòd ambobus simul, & conjunctim jus reluendi competat, cùm personalis actio ex empto, & vendito hæredibus communis sit, quia

tamen

tamen contractus retrovenditionis reputatur individuus, unus solus reluitionem facere non potest, nisi constet de consensu alterius. *Costa de ratione rata quaest. 135. n. 16.* Debent igitur haeredes inter se convenire, & vel simultaneè, aut conjunctim reluitionem facere, vel jus reluendi uni soli cedere, quod plerúmque fieri consuevit, ut in divisione haereditatis ejusmodi jura, quae difficilem divisionē patiuntur, in unum ex consortibus transferantur.

67 Respondemus 2. Si emptor, qui promissionem de retrovendendo facit, pluribus relictis haeredibus decedat, omnes, si rem redimibilem in communi possideant, ad retrovenditionem obligati sunt, ut supra demonstravimus. Sin verò divisionem fecerint, & res pacto retrovenditionis affecta ad unum solum devenerit, is in solidum conveniri potest, salvo regressu adversùs cohaeredes suos pro portionibus sibi cessis. *l. si mihi. 3. §. haeres. 3. ff. commodati. Berlichius. loc. cit. num. 37. Tyraquellus. §. 1. gloss. 6. n. 41.*

68 Similiter respondemus 3. Si duo, vel plures socij rem aliquam communem cum pacto de retrovendendo vendant, & unus ex socijs eam pro parte sua redimere velit, non auditur. *Berlich. loc. cit. n. 31.* & *Costa de ratione rata. loc. cit. n. 4.* Ubi dicit, quòd emptor non cogatur retrovendere pro parte tantùm, quoniam obligatio, rem tradi, quae includitur sub obligatione, rem vendi, continet quid individuum, ut paulò antè diximus de pluribus haeredibus venditoris. Aliam rationem assignat *Schneidew. §. actionum. tit. 6. de actione ex vendito. n. 19.* quia praesumuntur contrahentes verisimiliter id egisse, ut aut totus fundus redimeretur, vel totus maneret inemptus, ne quis invitus incidat in comunionem, quae discordias excitare solet; Videatur *Costa dict. loco.* ubi hanc quaestionem latiùs deducit. Interim Schneidew: hanc exceptionem facit, si unus ex socijs venditoribus nolit redimere, alter verò offerat emptori cum pacto de retrovendendo totum pretium, aequiorem, & probabiliorem sententiam esse, quòd talis emptor uni ex venditoribus offerenti integrum pretium, & volenti cavere de revendendo partem socio, quando vult eam habere, teneatur totum fundum revendere; Quae sententia probatur ex *l. si fistulas. 78. §. qui fundum. 2. & l. fundus. 64. ff. de contrah. empt. Tyraquell. dict. §. 1. gl. 6. n. 33. & seqq. Jason ad l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de V. O. n. 21.*

Der Andere Articul.

WAnn ein Verkauffer / vmb sein verkaufft Guet nicht den halben Thail deß Gelts / so vil sonsten zur selben Zeit das Guet / rechter vnnd billicher Schätzung nach / wäre werth gewesen; Oder hingegen der Kauffer / vmb sein außgelegt Gelt / nit halbes Guet / oder Werth / den er billicher / vnd rechtmässiger Schätzung nach darfür haben solte / bekommen hätte / Als zu einem Exempel / da jemand etwas verkaufft / welches zehen Gülden wol werth / er aber nit mehr als vier Gülden empfangen; Oder ein Kauffer 21. Gülden außgelegt / vnnd doch mehrer Guet nicht / als allain das zehen Gülden werth ist / darfür bekommen hätte / so haist vnd ist es in beeden Fällen ein Vervorthailung / über den halben Theil deß billichen Werths / oder Gelts. Unnd wann der Verkauffer klagt / daß er also übervorthailt / so stehet es in deß Kauffers Wahl / dem Verkauffer das Guet / oder

oder das übrig Gelt / biß auff den rechten billichen vollkommen Werth zuzestellen; Da aber entgegen der Kauffer klagt / daß er über halben Thail zu vil Gelt außgelegt / so stehet es in deß Verkauffers Wahl / eintweders dem Kauffer / was er zuvil vnd übermässig bezahlt / wider zuerstatten / vnnd jhme das Guet inhändig zulassen / oder sein Guet wider anzunemmen / vnd den gantzen Kauff-Schilling wider hinauß zugeben.

SUMMARIA.

1. & 2. Quomodò dissolvatur contractus emptionis, & venditionis per remedium legis. 2. C. de rescindenda venditione?

3. Quomodò hoc beneficium emptori, & venditori commune sit?

4. Quomodò ex parte emptoris læsio computanda sit?

5. Exempla tam in venditore, quàm in emptore computandæ læsionis.

6. & 7. Quid si læsio sit in dimidio, sed non ultra?

8. Cujus sit electio, si venditor fuerit læsus ultra dimidium?

9. Quid si læsus sit emptor, an resarcitio possit fieri in alia re, vel an fieri debeat in pecunia?

10. Quomodò debeat fieri æqualitas in resarcienda læsione inter venditorem, & inter emptorem?

11. Quid dicendum de læsione enormissima?

12. Quarè in læsione enormissima detur actio de dolo?

13. Quid si etiam minor læsio ex proposito dolo fiat?

14. Quæ, & qualis distinctio sit inter dolum dantem causam contractui, & inter dolum incidentem in contractum?

15. Quid si alter contrahens dolum sciverit?

16. An actio de dolo, & actio rescissoria ex l. 2. Cod. de rescind. vendit. simul concurrere possint?

17. Quid si aliquis egit de dolo, sed dolum non probavit, probavit autem enormem læsionem, an judex super ea judicare possit, ac debeat?

18. Quid si læsio contigerit, vi, aut metu?

19. Quis sit justus metus?

20. An actio, quod metûs causâ, &c. & actio ex l. 2. Cod. &c. cumulari possint?

21. Quænam sit actio hæc ex l. 2. C. de rescind. vendit.?

22. An hæc lex 2. dict. C. non solum in contractibus emptionis, & venditionis, sed etiam in alijs locum habeat?

23. An illa etiam ad transactionem adhiberi possit?

24. Quid si enormissima sit?

25. An res debeat restitui cum fructibus?

26. An re restituta cum fructibus debeat etiam pretium restitui cum usuris?

27. Quid si fructus adhuc pendentes sint?

28. An fructus compensentur cum expensis necessarijs, aut utilibus?

29. Quid si res apud emptorem pereat culpâ, vel casu fortuito?

30. Quid si res pereat apud tertium possessorem, sine culpa emptoris?

31. Quid si emptor fuerit læsus à venditore, & res pereat?

32. An hæc lex 2. dict. C. etiam locum habere possit in rebus mobilibus?

33. An partes beneficio hujus legis renunciare possint?

34. Quid si specialis renunciatio hujus legis facta fuerit inter partes?

35. Quid si speciali renunciationi juramentum accesserit?

36. An ab hoc juramento absolutio peti possit?

37. Quid si juramentum solummodò ipsi contractui in genere accessit?

38. Quid si quis ad renunciandum dolò inductus fuerit?

39. Quanto tempore actio ex hac lege. 2. dict. C. præscribatur?

40. An remedium hujus 2. legis. C. dict. etiam locum habere possit in venditione, NB. cum pacto de retrovenditione, & quomodò?

41. Quid si in venditione facta cum pacto de retrovendendo non tantùm enormis aliqua, sed enormissima læsio inter emptorem, vel venditorem dolo, culpa, vel casu fortuito intervenerit?

42. An non potiùs talis contractus cum enormissima læsione sit usurarius, quàm omninò nullus?

43. Quæ, aut qualis sit causa, quòd emptor in enormi læsione habeat electionem, & non etiam in enormissima?

44. An non in conscientia oriatur obligatio, quando quis infra dimidium læsus est?

1 EXplicavimus in præmissis secundum modum principalem dissolvendi contractum emptionis, & venditionis, nempè rei per reluitionem, vel redemptionem cum pacto retrovenditionis priùs venditæ; Nunc hic articulus proponit tertium modum, scilicet, *l. 2. C. de rescindenda venditione.* Tametsi igitur certum sit, quòd contractu emptionis, & venditionis semel legitimè perfecto, & re ampliùs non integra, neutra pars, ne impetrato quidem ea de re rescripto Principis (quia Princeps jus alteri quæsitum absque causa aufferre nequit. *l. 11. ff. de R. J.*) alterâ invitâ resilire possit, sive fiscus sit aliàs multùm privilegiatus. *l. 3. C. de resc. vend.* sive miles. *l. 7. C. eodē.* imò etiam si is, qui rem vendidit, offerat duplum pretij reddere. *l. 6. C. eodem.* aut emptor, vel venditor ex sua parte contractum non impleverit, vel conditionem adjectam non servaverit: Quoniam in bonæ fidei contractibus non datur actio ad rescindendum, sed ad implendum. *l. 14. C. eodem.* aut etiam res inæquali injustóque pretio venierit. *l. 4. C. eodem.* quia in contractibus, ut circa finem videbimus, inter majorennes initis industrialis quæ-
2 dam circumventio licita est. Tamen, quando quis fuit deceptus ultra dimidium justi valoris, per *l 2. C. de rescind. vend.* succurritur læso, cùm tam enormis circumventio videatur esse contra fidem humanam, & Christianam.

3 Primam igitur regulam hanc continet articulus noster, quòd beneficium hoc rescindendæ venditionis utrique parti tam venditori, quàm emptori comune sit, ita ut, si venditor pro re vendita non acceperit dimidium justi pretij, aut emptor pro re vendita ultra dimidium justi valoris ejus expenderit, utrique rescissio contractûs permissa sit: Convenit in hoc articulus noster cum jure comuni in *dict. l. 2. C. de rescind. vend.* Licèt enim dicta *lex. 2. C. de rescind. vend.* tantùm de venditore loquatur, & proinde subtilissimi viri *Ant. Faber. dec. 8. errore. 7.* & *Cujac. lib. 16. observ. cap. 18.* hoc beneficium emptori denegent, per rationem, quòd is, qui ex necessitate rem vendit, favorabilior sit, quàm qui ex spontanea voluntate, & fortè etiam sui comodi, vel oportunitatis causâ ad emptionem accedit. Tamen alij doctores comuniter idem juris statuunt in emptore, & venditore, cùm ratio legis non fundetur in necessitate, aut spontanea voluntate vendendi, aut emendi, sed in humanitate, & æqualitate læsionis: Æqualitatis autem ratio postulat, ut, quemadmodùm læso venditori succurritur, ita & emptori læso succurratur, cùm correllativa sint emptor, & venditor, & proindè pari passu ambulare, & æquali beneficio gaudere debeant. Vid. *D. Rath.*
4 *de rescind. vend. assert. 113.* Subsistunt quidem doctores, quomodò ex parte emptoris læsio ultra dimidium justi pretij computanda sit. *Ant. Gomezius. tom. 2. var. resol. cap. 2. n. 22. Did. Covar. var. resol. lib. 2. cap. 3. num. 8.* cum alijs ibidem cit: tunc censent ultra dimidium deceptum esse emptorem, quando V. G. rem valentem 10. florenis emit 16. florenis, cùm enim 6. floreni, qui justum pretium rei excedunt, plus quàm dimidium justi pretij

faciant,

faciant, prædicti doctores inferunt, emptorem rectè ultra dimidium læsum dici posse, cùm decipiatur in uno plus dimidiâ. Verùm alij probabiliùs existimant, tunc demum emptorem ultra dimidium videri deceptum, quando V. G. rem valentem 10. florenis emit 21. *Mynsing. cent. 4. obs. 73. n. 3.* Pulchrè *Ant. Perez. ad dict. tit. C. de rescind. vend. n. 8.* ut proindè alia ratio computationis sit inter venditorem, & emptorem, venditor dicitur deceptus, si non accepit dimidiam partem veri pretij, emptor autem non potest dici deceptus ultra dimidium justi pretij, præterquàm si plus duplo emat. Quam sententiam nostra statuta Bavarica approbant. Exemplum ponit 5
articulus noster in venditore, qui vendidit rem pro quatuor florenis, cùm tamen res illa exactum valorem decem florenorum contineat: Et in emptore, qui pro re vendita 21. florenos exposuit, & tamen pro hoc pretio rem accepit, quæ valorem 10. florenorum non excedit. Ubi vides, Mynsingeri, & aliorum opinionem in computanda læsione emptoris approbari, cùm in primo exemplo excessus ultra dimidium duos, & in secundo exemplo cum altero tanto adhuc unum florenum importet, necessarium igitur est, ut excessus sit ultra dimidium: Ex quo sequitur, si læsio non sit ul- 6
tra dimidium, sed in dimidio, id est, si rem emi 8. florenis, quæ non nisi dimidij valoris, id est 4. florenorum est, quòd rescissioni locus non sit. In qua re doctores tam scrupulosi sunt, ut velint, sufficere, si excessus sit in uno tantum nummo. *Fabian. de Monte. de empt. & vend. quæst. principal. 8. n. 7. ad f.* Quod an juri nostro statutario conveniat, quod mensuram excessus ad florenos restringit, Lectori judicandum relinquimus, cùm tales minutiæ potiùs videantur ridendæ, quàm observandæ. Contradicit *D. Rath. de rescind. vend. assert. 117.*

Secunda Regula hæc est, si venditor in pretio circumventus sit ultra 7
dimidium, in electione emptoris est, vel rem restituere, & pretium solutum recipere, vel id, quod justo pretio deest, supplere. Si autem emptor su- 8
pra dimidium veri pretij rem solverit, & de læsione ultra dimidium conqueratur, venditoris est electio, an velit restituere, quod supra verum pretium est, vel ab emptione recedere. Idem *Anton. Perez. loc. cit. n. 9.* Ut proindè semper in potestate lædentis consistat, an contractū velit rescindere, vel ad æqualitatem reducere supplendo, vel reddendo. *dict. l. 2. C. de rescind. vend. C. cùm dilecti penult. extra de empt. & vend.* Quod tamen ita 9
intelligendum est, ut in venditoris potestate non sit, læsionem resarcire in re ejusdem generis, sed resarcitio fieri debet in pecunia parata, pro qua non rectè præstantur res aliæ. E. G. Vendidi tibi unam amphoram vini pro 21. fl. quæ in vero pretio non excedit valorem 10. fl. Ego volo tibi superaddere aliam amphoram, & aliquot mensuras, ut suppleatur pretium 21. fl. Ego nullo modo invito te emptore audiendus sum, sed debeo 11. fl. in parata pecunia solvere, & sic venditionem ad æqualitatem reducere. Convenit hoc cum Art: nostro, qui dicit: **Da aber entgegen der Kauffer klagt / das Er über halben Theil zu vil Gelt außgelegt / so stehet es in deß Verkauffers Wahl / eintweders dem Kauffer was Er zu vil vnnd übermässig bezahlt / NB. wider (** id est, an **Gelt) zuerstatten / vnd ihme das Gelt inhändig zulassen / oder sein Guet anzunemmen / vnd den gantzen Kauff-Schilling hinauß zugeben.** Ratio hujus rei clara est, quia emptoris intentio non fuit, duas amphoras vini emere, quibus fortè non indiguit, sed tantùm unam; Debet ergò idem restitui, quod in pretio vini ultra dimidium læsus exposuit. Pulchrè *D. Rath. de rescind. vend. assert. 116.*

Singulatiter tamen notandum est, quòd æqualitas non consistat in hoc, 10
ut reductio fiat ad eum statum, quo contractus ab initio fuisset firmus, & validus, sed debet fieri ad verum, integrum, & intrinsecum valorem, & subsistentiam. In appositis exemplis nostri articuli res fit clarior. Si igitur

ponas, aliquem rem ſuam vendidiſſe pro quatuor florenis, quæ tamen ſecundùm intrinſecum, & verum valorem 10. florenis conſtat, & propterea venditor reſciſſionem contractûs petat, emptor debet integros decem florenos ſupplere, vel rem pro reſtitutione quatuor florenorũ venditori reddere; Nec ullo modo auditur, ſi dicat, quando priùs emiſſem rem tuam pro 5. florenis, tibi non fuiſſem obligatus ex *dict. l. 2. C. de reſcind. vend.* Ergò ſupplendo 1. florenũ, quem in exceſſum dimidij juſti pretij accepi, actio tua, ſive querela ceſſare debet. Similiter, ſi emptor conqueritur, ſe pro re vendita expendiſſe 21. florenos, quæ tamen reverà plus non valeat, quàm 10. florenos, venditor non auditur, ſi paratus ſit, unum florenum emptori reſtituere, ut ſua opinione contractum ad talem æqualitatem reducat, quæ ab initio contractum reddidiſſet firmum, & validum, ſed ſimpliciter tenetur, pro priori pretio accepto rem ſuam recipere, vel emptori undecim florenos ſupplere. *Mynſing. loc. cit. n. 6.* & *Ant. Gomez. loc. cit. cap. 2. num. 22. D. Rath. de reſcind. vendit. aſſert. 118.* Clara ſunt hac in parte verba articuli noſtri, ubi in primo caſu decernit: Daß der Verkauffer eintweders das verkauffte Guet wider zuruck nemmen / oder NB. das übrige Gelt biß auff den rechten billichen vollkomnen Werth erſtatten solle: Da aber der Kauffer klagt/ ꝛc. ſo ſtehet es in deß Verkauffers Wahl ſein Guet wider anzunemmen / vnnd den NB. gantzen Kauff-Schilling wider zuruck geben / oder / ꝛc. Uno verbo: pars ob læſionem enormem recedens à contractu non tantùm juſtum, ſed verum rei pretium præſtare debet: Juſtum pretium eſt in foro fori, quod mediam veri pretij partem æquat, at verum pretium eſt, quanti res valet ex comuni hominum æſtimatione.

11 Et hæc eſt explicatio articuli noſtri; Nunc adjungamus pro pleniori dilucidatione pauculas quæſtiones. Prima eſt, cùm hactenùs ſemper diximus de enormi læſione, id eſt, quæ ultra dimidium juſti pretij contingit, quid dicendum ſit de læſione enormiſſima? Reſondemus, *l. 2.* tantùm loqui de læſione, quæ re ipſa contingit, non quæ ex venditoris propoſito, & malo animo evenit, nam in enormiſſima læſione, quæ ſcilicet ultra beſſem juſti pretij fit, contra partem contrariam læſo competit actio doli, quia dolus ex enormiſſima læſione præſumitur, & proindè neutri parti, quæ læſionem malitioſè fecit, de ſupplendo contractu, vel recipiendo, quod expendit, electio competit. *Ant. Faber. in C. ſuo ad tit. de reſcind. vend. def. 3.*
12 Ubi dicit, quòd contractus in enormiſſima læſione ipſo jure nullus ſit, tanquam continens dolum in re ipſa, quod notandum eſt ad ea, quæ priùs diximus de electione emptori, aut venditori ex diſpoſitione hujus articuli relicta.

13 Cæterùm, ſive agamus de enormiſſima, ſive enormi, aut etiam minori læſione, quæ non re ipſa, ſed ab una, vel altera parte dolo malo contingit, ſemper diſtinguendum eſt, an dolus cauſam contractui dederit, vel non: In primo caſu, quando ſcilicet altera pars contrahentium falſis litterarijs documentis, & perſuaſionibus inducta fuit, ut contractum iniret, quem aliàs non fuiſſet initura, contractus eſt ipſo jure nullus. *l. elegванter. §. 1. ff de dolo.* Si autem dolus incidit in contractum, ita ut pars altera tantùm malitioſè inducta fuerit, ut ex contractu detrimentum acciperet, contractus quidem ſubſiſtit, ſed parti læſæ in id, quod ſuâ intereſt, actio competit, ſive læſio conſiſtat in magna, ſive in parva quantitate, cùm ad actionem de dolo læſio ultra dimidium non requiratur. *l. Julianus. §. ſi venditor. ff. de actione empti. Covar. var. reſol. lib. 2. c. 4. n. 11.*

15 Modò tempore contractûs de adverſarij doloſa inductione nihil ſciverit, nam aliàs cenſetur in dolum conſenſiſſe. *Perez. loc. cit. n. 2.* Ubi dicit, modò tempore contractus initi dolum ignoraverit, nam, ſi dolum ſciens nihilominùs contraxerit, & conſenſerit, ut in inſtrumento majus pretium

 ſcri-

ſcriberetur, quàm reverà res empta fuerit, propter hoc de circumſcriptione queri non poterit. Plura de dolo, qui dat cauſam contractui bonæ fidei, vel in contractum incidit, vide apud *D. Rath. loc. cit. aſſ. 105. 108. & ſeqq.* Ubi etiam diſputat, an dolo in contractu adhibito ſit in electione decipientis, contractum reſcindendi, vel ad æqualitatem reducendi?

Si autem quis præſupponatur læſus ultra dimidium juſti pretij, ſive ex dolo, qui cauſam dedit contractui, ſive qui incidit in contractum, & is, vel ad parcendum alterius honori, vel quia dolus, qui in animo conſiſtit, difficilis probationis eſt, malit uti beneficio *dict. legis. 2.* quàm actione de dolo, illud ei liberum eſt. Si enim ex dicta lege ſuccurritur re ipſa decepto, multò magis ſuccurrendum eſt, ſi deceptus fuit ex propoſito, & malo animo. Imò *Covar. loc. cit. defin. 21.* dicit, quando quis adverſarij dolo ſe inductum eſſe conqueſtus eſt, dolum tamen non probavit, ſed ſolummodò læſionem ultra dimidium juſti pretij, & beneficium *legis. 2.* non imploravit, quòd ex æquitate judex officium ſuum interponere, & læſum reſtituere debeat. Ratio eſt, quam dictus Anton. Faber in rubro habet, quia probata enormi læſione ſatìs videtur imploratum beneficium. *l. 2. C. de reſcind. vend.* ab eo, qui majus auxilium imploravit. Si Dominus Faber dixiſſet, quòd judex non imploratus ſuper probata læſione ultra dimidium officium ſuum interponere poſſit, faciliùs id potuiſſet admitti, ſed, cùm dixerit, quòd debeat, de eo non immeritò dubium eſſe poteſt, quia judex non tenetur officium ſuum interponere, vel impertiri, niſi rogatus. *l. 4. §. hoc autem. ff. de damno infecto. Gail. l. 1. obſ. 50. n. 6.* 16 17

Quod de dolo diximus, id etiam dicendum eſt de læſione, quæ fit ob vim, & metum illatum: Licèt enim contractus, qui celebratur ob metum, & vim coactivam, ſummo jure valeat, cùm coacta voluntas etiam voluntas ſit, quia tamen res mali exempli eſt, contractus reſcinditur. *l. ſi Pater. 1. C. de reſcind. vend.* tametſi læſio non fuerit ultra dimidium juſti pretij; Imò ſi nulla prorsùs læſio ſubeſſet. Sufficit enim, quòd id, quod per vim fit, non bona fide geſtum eſſe dicatur, & proindè irritum ſit, ut inquit textus in *l. 1. C. de reſcind. vend.* vel irritari debeat, *D. Rath. loc. cit. aſſ. 96.* Debet autem ſubeſſe juſtus metus, qui cadat in virum conſtantem, habito reſpectu ad qualitatem, & conditionem perſonæ; *Rath. loc. cit.* inanis enim metûs nulla habetur ratio, veluti, ſi quis neceſſitate compulſus propter urgens debitum, vel munus publicum, aut propter impoſitiones bellicas, vel alias ſimiles cauſas res ſuas viliori pretio diſtraxerit. *l. non idcircò. 12. C. de reſcind. vend. Anton. Perezius. n. 4. ad dict. tit.* Si quis autem malit probare læſionem ultra dimidium juſti pretij, quàm contra alterum ſecum contrahentem actione, *quod vi metúſque causâ*, experiri, eidem hoc beneficium denegandum non eſt. 18 19 20

Si ſecundò quæras, quænam re ipſa ultra dimidium juſti pretij læſo ad reſcindendum contractum, vel reducendum ad æqualitatem actio detur? Reſpondemus, quoſdam hujus opinionis eſſe, quòd læſo competat actio ex ipſo contractu, in quo læſus eſt. E. G. Venditori, vel emptori enormiter decepto actio empti, & venditi: *Rath. loc. cit. aſſert. 121.* Alij locum faciunt implorationi officij judicis: Quidam reſtitutioni in integrū: Et denique alij condictionem ex lege concedunt. Quamvìs igitur fortè quælibet ex his opinionibus bono jure ſuſtineri, & probari poſſit, quia tamen actio bonæ fidei regulariter non datur ad reſcindendum contractum, ſed ad illum implendum, & tam imploratio officij judicis, quàm beneficium reſtitutionis remedia ſint extraordinaria, quæ ex regula comuni juris ceſſant, quamdiu ſupereſt remedium ordinarium, ideò rectiùs cenſemus, parti contrahenti enormiter læſæ competere ex dicto beneficio *legis. 2. C. de reſcind. vend.* condictionem legalem, prout ſupra de venditore diximus, qui 21

ob pactum de retrovendendo contra tertium possessorem ex titulo gratuito singularem, nullam aliam actionem allegare potest, nisi condictione ex lege, cùm statuta nostra Bavarica illam expresse permittant.

22 Quæritur tertiò, cùm *lex. 2. C. de rescind. vend.* tantùm loquatur de contractu emptionis, & venditionis, an etiam ejus decisio extendatur ad alios contractus? Et hac in parte contra *Cujac. lib. 16. obs. cap. 18.* & *Ant. Fabrum. de error. pragm. part. 1. dec. 8. error. 8.* (qui juxta superiùs dicta hoc beneficium etiam emptori denegant) doctores comuniter tradunt, quòd ad omnes bonæ fidei contractus venditioni similes extendi debeat, scilicet ad divisionem, dationem in solutum, locationem, & conductionem, permutationem, &c. quoniam eadem æquitatis, & humanitatis ratio subest. Imò *Pinellus. ad dict. l. 2.* beneficium hujus legis etiam in stricti juris contractibus admittit, quando cum contractibus bonæ fidei comutativi sunt. Nihil igitur obest, quòd etiam articulus noster non nisi de contractu emptionis, & venditionis loquatur, quia, sicut alij DD. sæpè dictam *l. 2. C. de rescind. vend.* ad alios quoque contractus extendunt, ita ex eadem æquitatis ratione nos quoque hanc dispositionem nostram statutariam extendere possumus.

23 De transactione multùm disputant, an ea quoque sub decisione *leg. 2.* & hujus articuli contineatur, quibusdam affirmantibus, quibusdam negantibus, & alijs distinguentibus. Apud nos hæc res satis clara est; prout explicavimus ad *Artic. 1. 2.* & maximè *3. Tit. 2.* deß Summarischen Proceß. Ubi clarè deciditur, quòd nulla restitutio locum habeat in transactione eò modò facta, prout in citatis articulis requiritur, tametsi quis enormiter, & ut verba *Articuli 3.* habent, weit über den halben Thail vervortheilt worden. Id est, multùm supra dimidium deceptus fuerit. Quod etiam juri comuni conformius est, juxta *And. Gail. lib. 2. obs. 70.* & *Fachin. lib. 2. controv. cap. 26.* Cujus rei hæ rationes sunt, quia transigens eò ipsò, quòd à lite discedat, non tam læditur, quàm commodo afficitur, cùm transactio non fiat, nisi uno dato, & altero retento, præsupponitur igitur transigens aliquid recipere, quod in lite potuisset perdere. Deinde transactiones non oportet resuscitare etiam rescripto Imperiali, ergò multò minùs per extensionem legis, quæ in sola materia emptionis, & venditionis lata est. Denique, cùm transactio sit modus finiendarum litium, non debet illa quoquo modo contra suam naturam ad alium finem, & effectum detorqueri, præsertim cùm in præcitatis articulis ad avertendam omnem fraudem, & sinistram suspicionem tam sollicitæ præcautiones fiant. Si igitur transactioni adimitur omnis restitutio in integrum, ergò etiam adimitur beneficium *legis. 2. C. de rescind. vend.* cùm in effectu restitutio sit, sive postmodùm actione ex ipso contractu, sive condictione ex lege, sive officio judicis impetretur. Imò
24 ad dictum *Artic. 3.* demonstravimus, quòd transactio etiam ob læsionem enormissimam rescindi non possit, quò Lectorem remittimus, cùm verba textûs id manifestè importent, quibus restitutio in pristinum statum transigentibus denegatur sub prætextu, vnder dem Schein / daß einer sehr weit / notentur verba, sehr weit / über den halben Thail vervortheilt worden. Hanc difficultatem *D. Rath. loc. cit. de rescind. vend. assert. 114.* amicabili distinctionis fœdere conciliare, & ad pacificam concordiam reducere studet, dicendo, si læsio intra terminos rei venditæ consistat, ut ea, nec ultra triplum, nec quadruplum facta, rescindi possit, secus autem si æstimationem rei petitæ ultra duplum excesserit. Sed planè hoc non convenit *Artic. 3.* in *Processu Summario Tit. 2.* qui expresse etiam enormissimam læsionem ultra triplum, & quadruplum excludit. Videantur, quæ ibidem diximus, in verbis. NB. Sehr weit über den halben Thail. Ubi tamen textus restitutionem

pupil-

pupillorum, & minorennium excipit, & nos in conformitate illius etiam causas pias.

Quarta quæstio est, si supponas, quòd emptor ultra dimidium læsus malit rem ipsam restituere, quàm justum, & verum pretium, ut supra diximus, supplere, an rem restituere debeat cum fructibus? Et respondemus, quòd ad restitutionem fructuum perceptorum non teneatur: Ratio satìs clara est, quia secundùm naturam est, ut penes quem fuit periculum, & dominium, eum sequantur fructus, & commodum, maximè cùm bona fide justóque titulo possederit, pecuniâ suâ caruerit, nec dici possit, quòd moram comiserit, *Perez. ad d. tit. C. de rescind. vend. n. 11. circa finem. Mynsing. d. cent. 4. obs. 73.* 25

Certè, si venditor præter restitutionem rei venditæ ab enormiter læso emptore etiam fructus perceptos requireret, justum esset, ut etiam ipse pretium cum usuris legitimis, sive interesse moræ refunderet, quod utique non faceret, cùm præsupponamus, emptorem ultra dimidium læsum esse, ut proindè etiam fructus rei venditæ, (sicut ipsa substantia pretio inæqualis est) usuris pretij legitimis, & interesse moræ inæquales, & disproportionati esse debeant. 26

Quid si autem fructus adhuc pendentes sint? Credimus, idem juris esse, quod supra de fructibus rei cum retrovenditione venditæ diximus, ut inter emptorem, & venditorem pro rata temporis sint dividendi. Quamvìs neminem tam simplicem, & fatuum fore judicemus, ut ante rescissionem contractûs non priùs per demessionem, & perceptionem fructus lucrifaciat. 27

Et hoc in tantum verum est, ut emptor tanquàm possessor, & dominus rei, fructus perceptos simpliciter suos fecerit, nec eos cum expensis necessarijs, aut utilibus in rem factis compensare debeat, ad similitudinem, quæ in præcedenti articulo de fructibus perceptis rei cum pacto de retrovendendo venditæ diximus: Ratio est, quia emptor ultra dimidium læsus, tempore, quo rem possidet, verus illius dominus, & possessor est, adeóque fructus suos facit, neque ullam obligationem habet, ad rem conservandam, expensas necessarias, vel utiles faciendi: Intellige tamen, nisi res emptoris culpâ deterior facta fuerit, vel ipse tam imodicas impensas fecerit, ut exindè plus damni quàm comodi ad venditorem perveniat. *Pinellus. ad dict. l. 2. part. 2. cap. 3.* Vel si loquamur de ipso venditore in æstimatione rei ultra dimidium læso, & rem ex beneficio *l. 2. C. de rescinden. vendit.* repetente, quando emptor propterea immodicas impensas fecit, ut venditori repetitionem difficilem, vel prorsùs inutilem faceret, *Pinellus. dict. loco.* 28

Quæritur quintò, quid si res apud emptorem perempta sit, anné venditor, ad pretij supplementum actionem habeat? In hac re distinguendum est primitus, an res apud emptorem periêrit ipsius culpâ, vel casu fortuito? Si periêrit emptoris culpâ, venditori datur actio ad id, quod illius interest, sive culpa consistat in comittendo, sive omittendo; Non potest autem venditoris interesse majus esse, quàm quod ad supplementum justi, & veri pretij requiritur, quod ipsa ratio dictat. Si autem res periêrit apud emptorem casu fortuito, Canonistæ, & Legistæ inter se subtiliter disputant, an venditori re perempta nihilominùs detur actio ad supplementum veri pretij, & valoris. Affirmant hoc canonistæ cum *Panormit. in cap. cùm dilecti. de empt. in f.* per rationem, quòd in læsione ultra dimidium venditori actio alternativa competat, vel ad rem restituendam cum oblatione pretij accepti, vel ad supplementum illius, quod justo, & vero pretio deest: In alternativis autem hoc jure utimur, ut per unius interitum, quod ex alternativis in obligatione est, debitor non liberetur, textus expressus est 29

in

in *l. si in emptione. 34. §. si emptio. 6. ff. de contrah. empt.* Ubi dicitur, si emptio ita facta fuerit: Esto mihi emptus Stychus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit, dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo, qui superest, dandus est. Similis textus est in *l. Stychum. 95. ff. de solutionibus*: Ubi dicitur, Stychum, aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? Altero mortuo, qui vivit, solus petetur. Et hanc opinionem in praxi servari dicit *Carolus Molinæus in Consuet. Parisien. tit. 1. §. 20. n. 24.* Econtra legistæ dicunt, quòd res tantùm sit in obligatione, pretium verò in solutione; Et, quia supplementum pretij in obligatione non est, ad quod emptor cogi possit, sequitur, re perempta ex casu fortuito, emptorem à supplemento pretij liberari, cùm supplementum pretij debeatur tantùm respectu certæ speciei, cujus interitus liberat debitorem, ita subtiliter ratiocinantur *Didac. Covar. tom. 2. var. resol. lib. 2. cap. 4. n. 13. Anton. Perez. in C. ad tit. de rescind. vend. n. 12. Zoësius ibidem. quæst. 12.* & eis consentit *D. Rath. loc. cit. n. 120.* Si benevolus Lector scire desiderat, quæ ex istis controversis opinionibus articulo nostro conformior sit, putamus; Quamvìs Theologi, & Canonistæ contra hanc *legem. 2.* multùm intonent, disputent, & tumultuentur, ut videre est apud *Arum. in disput. 1.* ad hanc *l. 2. assert. 5. per totum.* Tamen nobis probabilius esse, nostrum articulum cum legistarum opinione convenire, quia venditori enormiter læso nullam actionem concedit ad supplementum pretij consequendum, sed simpliciter statuit, quòd ipsius querela, sive actio debeat fundari in læsione ultra dimidium, daß er über die Helffte übervorthailt worden. Et deindè primùm emptoris electioni relinquit, an rem restituere, & pretium suum recipere, vel an supplementum veri pretij superaddere velit. Si articulus noster voluisset venditori alternativam concedere, debuisset electionem in ejus potestatem conferre, ut scilicet restitutionem rei, vel supplementum veri pretij petere potuerit, sicut prædicti duo textus in debitoris voluntatem conferunt, ut ex alternativis promissis Stychum, aut Pamphilum præstet. Vid. tamen, quæ dicimus inf. ad *Art. 5. in f.*

30 Quid si autem res periërit absque emptoris culpa apud tertium possessorem, puta, quando emptor illam iterum vendidit, vel alio legitimo titulo in tertium alienavit? Respondemus, justissimum esse, si emptor à tertio possessore justum, verum, & legitimum pretium accepit, ut supplementum venditori restituat, cùm id loco ipsius rei ad emptorem pervenerit. *l. ipsa res. ff. quod metûs causâ.* Et indignum sit, ut emptor cum venditoris damno, & jactura locupletetur. Ex quo oritur

31 Sexta quæstio, si ponamus, non venditorem ab emptore, sed emptorem à venditore enormiter læsum esse, E. C. Si juxta exemplum articuli nostri emptori vendidit rem 21. florenis, quæ tamen in justo, & vero pretio non nisi 10. florenis constat, anné re perempta nihilominùs ad supplementum 11. florenorum actionem habeat? Et Respondemus cum *Covar. dict. loco.* affirmativè, ex eadem ratione, quam ipsa æquitas naturalis suadet, quia venditor loco rei pretium habet, & proindè justum non est, ut excessus cum damno, & jactura emptoris in manibus ejus permaneat. Concordat *Perez. loc. cit. n. 12.* Ubi dicit, æquissimum esse, ut venditor, quod pluris justo pretio accepit, emptori reddat, cùm venditori satis esse debeat, re perempta, habere justam ipsius rei æstimationem.

32 Quæritur septimò, cùm *lex. 2. C. de rescind. vend.* tantùm loquatur de fundo alienato, & sic de re immobili, an hæc dispositio etiam ad res mobiles extendi possit, & debeat? Quod Doctores communiter affirmant, & noster articulus satis clarus est, qui loquitur, von einem verkaufften Guet/ quod verbum, Guet/ commune est, & comprehendit mobilia, & immobilia, bonum enim est, quod alterum beat, sive, quod illi prodest. *l. bonorum*

norum appellatio. ff. de V. S. Licèt aliàs hæc duo vocabula, Haab vnd Guet/ comuniter conjungantur, & verbum, Haab / applicetur ad mobilia, quæ contrectantur manibus, verbum, Guet / verò ad possessiones rerum immobilium. *Wesenbec. part. 5. cons. 209. n. 75.* Ratio enim legis, quæ in humanitate, & æqualitate fundatur, æquè in mobilibus ac imobilibus locum habet. Confirmat hoc Art: subsequens, qui disponit, quomodò æstimatio, so wol in fahrenden / als ligenden Güteren geschehen soll / si pars ultra dimidium justi pretij læsa sit: Ergò Art: præsupponit, sub nomine, der Güter/ contineri etiam mobilia, & in illis beneficio *l. 2.* locum esse. Hoc tamen *Zœsius. ad h. tit. quæst. 3.* ita restringit, & cum eo *Perez. n. 13.* Si res vendita, in qua læsio enormis contigit, fuerit pretiosa, cùm nec ex mente legis, nec ex usu Reipublicæ sit, ut infinitis popularium liticulis involvatur, & turbetur, certè in re parva, & vili læsio contingens, enormis dici non potest.

Quæritur octavò: an partes beneficio *legis. 2. C. de rescind. vend.* renunciare possint? Et communiter distinguunt, quòd renunciatio generalis, quam notarij, & tabelliones communiter instrumentis suis inserunt, decisionem dictæ *legis. 2.* non excludat. Ratio est, quia pars enormiter læsa censetur tempore contractûs læsionem ignorâsse, generalis autem renunciatio non trahitur ad ignota, & improvisa. *Perez. loc. cit. num. 15. Zœsius. loc. cit. quæst. 6. Covar. loc. cit. cap. 4. num. 1. & 2. Fachin. lib. 2. cap. 20.* 33

Sed quid si specialiter beneficiò dictæ *legis. 2. C. de rescind. vend.* renunciatum fuerit? Multi volunt, etiam talem renunciationem specialem nullius momenti esse, per rationem, quia, quâ facilitate aliquis ad læsionem ultra dimidium induci potest, eâdem facilitate videtur posse induci ad renunciationem beneficij dict: *l. 2. C. de rescind. vend.* Sed hanc opinionem rectè refutat *Arum. ad dict. l. 2. disput. 3. assert. 32.* Si enim quis alteri, quod ultra dimidium justi pretij solvit, donare potest. *Covar. dict. loco. n. 6.* & *Fachin. lib. 2. cap. 19.* cur non etiam læsioni enormi renunciare possit? Invito enim non datur beneficium, &, quod in alicujus favorem introductum est, liberè remitti potest. *l. quæritur. §. si venditor. ff. de ædilit. edict.* 34

Ex quo sequitur 1. inutilem esse quæstionem, an specialis renunciatio valeat, si eidem juramentum accessit? Nam si, ut modò diximus, valet sine juramento, multò magìs valere debet facta cum juramento, cùm ex parte jurantis non sit super re mala, & illicita, qui enim potest jus suum alteri remittere sine juramento, quid quæso impediet, quò minùs possit remittere cum religione jurisjurandi? 35

Sequitur 2. quòd à tali juramento absolutio peti non possit, ratio evidens est, quia renuncians specialiter huic beneficiò nudis verbis, sed deliberatis, & ex certa scientia, non solito & consueto tantùm tabellionum stylo instrumento insertis, ab hac renunciatione sua absolvi non potest, ergò multò minùs absolvi potest à renunciatione juramento confirmata. 36

Aliud fortè dicendum est, si juramentum non accesserit speciali renunciationi dictæ *l. 2. C. de rescind. vend.* sed dumtaxat ipsi contractui in genere: Scilicet si quis juraverit, quòd eidem contravenire nolit, tunc enim non dubitamus, absolutionem à juramento peti, & contractum, vel rescindi, vel ad æqualitatem reduci posse. Clara est inter utrúmque casum differentia, quia specialiter renuncians beneficio *legis. 2.* cum juramento, renunciat enormi læsioni, quando autem quis simpliciter juravit contractum observare, non præsumitur cogitâsse de enormi læsione, multò minùs eandem remisisse. Vid. *Fachin. dict. lib. 2. cap. 17.* 37

38 Quid si autem quis ad renunciandum dolo, qui dedit causam contractui, sub juramento inductus fuerit? Jam supra diximus, contractum esse ipso jure nullum, & irritum, proindè, sive juramentum accesserit renunciationi speciali, sive tantùm observationi contractûs, absolutio à juramento ad effectum agendi impetrari potest: Et, quia in enormissima læsione dolus semper præsumitur, imò reverà inest, ideò existimamus cum *Did. Covar. lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 5.* Si læsio enormissima probetur, scilicet quæ dimidietatem pretij valdè notanter excedit, absolutionem à juramento rectè peti, & impetrari posse. Vid. hac de re etiam *Perez. ad dict. tit. n. 16. in f.* & *Gutierez. de juramentis. part. 1. cap. 26.*

39 Quæritur nonò, quanto tempore actioni ex *lege. 2. C. de rescind. vend.* competenti præscribatur? *D. Balthasar. n. 23. in fine.* putat, præscriptionem ordinariam 5. annorum inter præsentes, & 10. annorum inter absentes sufficientem esse; Sed planè hanc opinionem non intelligimus, si enim (ut insistamus exemplis articuli nostri) tu mihi rem vendideris pro 10. fl. quæ in vera æstimatione non nisi valoris est 4. fl. quid ego emptor opus habeo præscriptione adversùs te venditorem, cùm tu traditione ex contractu ad transferendum dominium habili dominium in me jam transtuleris? Non agitur ergò de præscriptione rei, sed agitur de præscriptione actionis mihi adversùs te venditorem decipientem competentis. Similiter, si ego tibi vendidero rem pro 21. fl. quæ reverà pluris non est, quàm 10. fl. tu ad præscribendam rem, quam per traditionem jure dominij à me consecutus es, nulla præscriptione opus habes, sed tibi actio competit adversùs me decipienté ex dicta *l. 2. C. de rescind. vend.* Determinari proinde debet, quanto tempore non res ipsa præscribatur, sed quanto tempore præscribatur actioni ex dicta *l. 2. C. de rescind. vend.* quæ pro rescindendo contractu, aut ad æqualitatem reducendo competit. Dicimus ergò, reflexionem faciendam esse ad ea, quæ superiùs deduximus, qualis actio, sive quale remedium enormiter læso ex dicta *l. 2.* competat. Si quis restitutionem in integrum imploraverit, vel officium judicis, per se clarum est, quòd id fieri debeat intra quadriennium: Si quis autem actionem instituerit ex ipso contractu, in quo læsus est, prout illam *gloss. ad dict. legem*, & D. Rath supra citatus admittit, eidem non præscribitur nisi 30. vel 40. annis, prout juris est in omnibus actionibus personalibus. Idem dicendum est, si instituatur condictio ex lege, quam ipse D. Balthas. approbat, quia etiam illa actio personalis est, & consequenter ad præscribendum illi cursus 30. vel 40. annorum necessarius. In multis locis statuto, vel consuetudine hoc tempus quidem abbreviatum est, ut in Gallijs juxta constitutionem Ludovici XII. quâ nemo potest uti rescissoria actione prætextu læsionis, doli, fraudisvé, vel alio modo post decennium, quod tempus etiam in Belgijs ad decennium restrictum, & in effectu Gallicana decisio recepta fuit, & in Regno Hispaniæ vita hujus actionis quadriennio concluditur: Sed, quia nihil tale in Patria nostra statutum reperimus, rectè dicimus, quòd enormiter læso actio ex contractu, vel condictio ex lege usque ad 30. annos duret. *Perez. loc. cit. n. 19.* & *Covar. cap. 3. n. 13.* Multùm igitur errant, qui pro hoc beneficio consequendo implorant officium judicis, aut remedium restitutionis in integrum, cùm remedia actionis ex contractu, & condictionis ex lege, ut probavimus, multò pinguiora, & diuturniora sint.

40 Quæritur 10. an remedium *legis. 2. C. de rescind. vend.* etiam locum habeat in venditione cum pacto de retrovendendo? Et *Berlich. lib. 2. conclus. 1. n. 61.* respondet, quòd non, ubi allegat *Josephum Ludovic. in decis. Perusin. part. 1. decis. 79.* quæ tamen est in *part. 2. decis. 97.* & incipit *Bertus Marci. per totū.* per rationem, quia res semper minoris venduntur cum pacto de retrovendendo, quàm si nudè, & simpliciter, atque adeò in perpe-

tuum

num distrahantur ; Ubi Ludovicus exemplificat in re , quæ valet ex sui natura justo , & vero pretio 100. fl. sed cum pacto de retrovendendo venditur 70. fl. ubi vides, pro 30. fl. propter pactum retrovenditionis minoris vendi : Non potest igitur computatio læsionis ultra dimidium justi pretij fieri , nisi imputetur id , quatenùs vi hujus pacti res vendita vilior , & minoris pretij facta fuit : Reassumamus prius exemplum ; Si venditor cum pacto de retrovendendo dicat, se probaturum, quòd res sua tempore venditionis valuerit 200. fl. quæritur, an ei beneficium *l. 2. C. de rescind. vend.* competat , cùm computus iste juxta articuli nostri mensuram alterum tantum pretij , & 10. fl. desuper comprehendat ? Sed respondetur , hanc computationem ad consequendum beneficium *l. 2.* nullius momenti esse : Debet enim venditor sic dicere , res mea , quam pro 70. fl. vendidi , in vero , & justo pretio valet 100. fl. ego autem probabo , quòd tempore venditionis valuerit 200. fl. & aliquid supra , & si hoc articulari , & probare non possit, nullo modo beneficium *l. 2.* eidem proderit Res clara est, cùm ipse læsionem ultra dimidium non debeat computare à pretio , quod propter pactum retrovenditionis minoratum fuit , sed à vero justo , & legitimo pretio rei , ex qua computatione calculus, quem modò fecimus, indubitatè prodit. Malè igitur dicit Berlichius, Ludovici opinionem esse, quòd beneficium *l. 2.* locum non habeat in venditione facta cum pacto de retrovendendo , sed Ludovicus tantùm hoc dicit , quòd in computatione læsionis facienda debeat etiam haberi ratio pacti de retrovendendo , cujus intuitu res minoris empta fuit. Vid. *Covar. loc. cit. def. 27.* Ubi hanc quæstionem , quanti minoris res debeat æstimari , quæ cum pacto reluitionis vendita est , tanquam quæstionem , quæ magis facti, quàm juris est , judicis , & peritorum virorum judicio , & æstimationi comittit. Ludovici tamen opinionem non improbat , ut scilicet in venditione rei justa per centum , ob pactum de retrovendendo, 30. deduci possint, quæ arithmeticæ ex asse pars est $\frac{3}{10}$.

Quid si autem in venditione cum pacto de retrovendendo non tantùm 41
enormis , sed enormissima læsio intervenerit ? In hac quæstione tria singularia notanda sunt : Primum est , cùm , ut supra jam aliquoties diximus , in enormissima læsione semper præsumatur dolus , imò , quòd enormissima læsio in re ipsa dolus sit , proindè dicendum est , quòd contractus , vel omninò nullus , & irritus sit , vel certè ita rescindendus , ut res omnimodò cum fructibus omnibus restituatur , ac si titulus nullus præcessisset. *Faber in Codice suo ad hunc tit. defin. 5. per totum.*

Secundum est , quòd emptor , qui venditorem enormissimè læsit , non habeat beneficium articuli nostri , ut eligere possit justi pretij supplementum , sed debeat restituere rem cum omnibus fructibus à tempore contractûs perceptis , aut percipiendis , ex eadem ratione , quia pro malæ fidei possessore , & tali habendus est , ac si possessionis suæ titulum nullum haberet. *Faber. loc. cit. defin. 3.* & *Thesaurus. defin. 167. n. 6. & 7. Rath. loc. cit. assert. 110.* ubi rationem habet.

Tertium est (quod ad superioris articuli declarationem spectat) si quis rem vendiderit cum pacto de retrovendendo , in quo contractu emptor læsus est enormissimè , & ultra bessem , reservata sibi retrovenditione ad certos annos , quòd hoc pactum temporale annulletur , cùm ex causa enormissimæ læsionis pactum retrovenditionis in emptore perpetuetur. Idem *Faber* pulchrè , & subtiliter *loc. cit. defin. 7.* Quod tamen non ita intelligendum est, ut post tempus elapsum adhuc competat venditori actio ex pacto de retrovendendo , ut emptor retrovendat , sed tantùm ut ipse restitutionem rei postulare possit , perindè ac si retrovenditio jam facta fuisset. Ratio hujus rei est , quia , ut diximus , contractus cum enormissima læsione factus ipso jure nullus est, tanquam continens dolum in re ipsa ; Habetur igitur em-

ptor tanquam rem nullo titulo poſſidens. *l. eleganter. 7. ff. de dolo. l. nullo. 24. C. de rei vindicatione.* Et ideò oblato pretio ad reſtitutionem obligatus eſt. *l. 2. C. de pactis inter empt. & vend.*

42 Dices, per ſupra dicta, quando tanta modicitas pretij ex enormiſſima læſione apparet, contractum habendum eſſe pro pignoratitio, & uſurario, & proindè fruſtra diſputari, an pactum de retrovendendo temporale perpetuetur, & an habeat emptor electionem, rem ipſam reſtituere, vel ſupplementum pretij petere, cùm hæc jura in pignoratitijs, & uſurarijs contractibus locum non habeant. Reſpondemus, ſolam læſionem, qualiſcunque ſit, non facere contractum uſurarium, aut fœneratorium, ſed tunc tantùm, quando pars alterum decipiens, & lædens ſolita eſt fœnerari, aut alia adminicula concurrunt, quæ convincant, contractui emptionis, & venditionis pallium ſuperinductum eſſe, ſub quo uſuraria labes tegatur; Nuda enim modicitas pretij, ſi de vero conſenſu vendendi, & emendi inter partes conſtet, fœneratitium, & uſurarium contractum non inducit, ut ab initio hujus tituli monuimus. Pulchrè *Covar. loc. cit. defin. 29. per tot.*

43 Dices 2. hoc mirabile eſſe, quòd emptor enormiter, id eſt, ultra dimidium juſti pretij læſus habeat electionem, pro reſtitutione pretij rem reſtituendi, vel ſupplementum juſti, & veri pretij petendi; In enormiſſima læſione verò eidem hæc electio adimatur, ita ut etiam caſſato pacto retrovenditionis emptor debeat rem ipſam venditori reſtituere, & conſequenter venditor nullam doli præſumpti, vel in re ipſa exiſtentis pœnam patiatur. Reſpondemus, hujus rei cauſam eſſe, quòd enormiſſima læſio vitiet ipſum contractum, quaſi nunquam fuiſſet initus; Quo præſuppoſito nihil tupereſt, quàm ut quælibet pars facto contractu irrito ſuum recipiat, venditor rem, & emptor pretium ſuum.

44 Ultimò quæritur, an non ſaltem ille, qui alterum infra dimidium læſit, in conſcientia obligationem habeat ad damni reſarcitionem? De hac quæſtione videri poſſunt Canoniſtæ, & Theologi. *Emanuel Sa confeſſ. verbo emptio. n. 2. Dom. ſotto. de Juſt. lib. 6. quæſt. 3. & alij.* In foro fori, ſi læſio ſit infra dimidium, niſi quis dolo ad contrahendum inductus fuerit, ut jam ſupra explicavimus, læſo non datur actio, & hoc ad evitandam multitudinem litium.

Der Dritte Articul.

Nachdem aber die Güter / ſo verkaufft werden / ſo wohl fahrend als ligend / keinen gewiſſen Werth haben / vnnd offtmals zwiſchen denſelben / ſonderlich in den ligenden Stucken / aller Umbſtänd vnd Gelegenheit nach / ein groſſe Ungleichheit iſt / als ſoll die Schätzung derſelben beſchehen durch vnparteyiſche verſtändige Schätz-Leuth / die der Richter darzu verordnet / welche / da es die Nothdurfft vnnd Wichtigkeit deß verkaufften Guets erfordert / auff leiblichen geſchwornen Ayd / oder da es Adels-Perſohnen / bey jhren Adelichen Ehren vnnd Glauben / niemand zu lieb noch zu laid / ſchätzen vnnd erkennen ſollen / was ein ſolch Guet / zur Zeit als man es verkaufft hat / nach billichen Dingen / vnd rechtmäſſiger Schätzung / wohl werth geweſen wäre / vnnd alsdann auff ſolche der verſtändigen Schätz-Männer Guetachten / wo der Richter nit ſonderbare Bedencken hat / ſoll Er erkennen vnnd ermeſſen / ob die Vervortheilung über den halben Werth / oder Gelt / nach Innhalt vorgehenden Articuls beſchehen

ſey /

sey / vnnd woferr kein Theil an die obere Obrigkeit waigert / ferner in Sachen handlen was recht ist.

SUMMARIA.

1. *Cui probatio factæ enormis læsionis incumbat?*
2. *Quot, & quinam sint modi probandæ læsionis enormis?*
3. *Qualis modus probationis approbetur in statutis nostris Bavaricis?*
4. *An æstimatores, & arbitratores à partibus, vel à judice ordinario constituendi sint?*
5. *Quomodo æstimatores debeant esse constituti?*
6. *Quare impartiales, & indifferentes inter partes litigantes?*
7. *Quomodò in re qualibet periti adhiberi debeant?*
8. *An debeant esse jurati?*
9. *An personæ nobiles, quæ constituuntur arbitratores, & æstimatores, necessariò debeant esse juratæ?*
10. *Quid de Principum officialibus dicendum sit?*
11. *An tales æstimatores, & arbitratores debeant de veritate, vel credulitate præstare juramentum?*
12. *Quid si veritas per taxationem, & æstimationem haberi possit?*
13. *Quot ad talem taxationis actum æstimatores necessarij sint?*
14. *Quid si tantùm agatur de re vili, & minoris momenti?*
15. & 16. *Quid si æstimatores in taxatione neutiquam conveniant, quomodo ratio ineunda sit?*
17. *Recensentur, & statuuntur varia exempla.*
18. *Quale pretium æstimatores in taxatione considerare, & observare debeant, summum, medium, aut infimum?*
19. *Proponuntur, & enumerantur iterum aliqua exempla.*
20. *Quæ ratio æstimationis in bonis feudalibus ineunda?*
21. *Quæ ratio taxationis in bonis Emphyteuticis facienda?*
22. *Quæ in bonis feudalibus bursaticis?*
23. *Quid deferendum judicio æstimatorum, & arbitratorum?*
24. *An alij magìs periti illis superaddi possint?*
25. *Quæ alia remedia contra judicium illorum admittantur?*

ABsoluto priori articulo, quo sufficienter explicavimus, quæ dicatur læsio enormis, & in quibus casibus remedium *l. 2. C. de rescind. vendit.* locum habeat, nunc secundùm tenorem hujus articuli videndum est, à quo & quomodò læsio probanda sit. Et primo quidem, quod attinet ad quæstionem à quo, res nullam habet difficultatem, quia, qui se læsum esse dicit ultra dimidium justi, & veri pretij, vel justi, & veri valoris ipsius rei, partes actoris sustinet, & proindè ad probandum fundamentum intentionis, & actionis suæ obligatus est: Quamvìs, ut paulò post videbimus, hæc quæstio inutilis sit, cùm judex probationem læsionis per æstimatores judicialiter ex officio suppleat. 1

Regulariter autem triplex modus probationis constituitur. 1. Per confessionem partis adversæ. 2. Per instrumenta, & documenta litteraria. 3. Per testes. Primus modus utique expeditissimus est: Si enim Titius venditor Sempronium emptorem conveniat, dicendo, quòd ab eo ultra dimidium justi pretij læsus sit, & Sempronius id ultro judicialiter confiteatur, nullæ sunt aliæ partes judicis, quàm ut emptorem condemnet ad justum, & verum pretium rei supplendum, vel ad rem venditori pro refusione prioris pretij restituendā, prout unum ex his emptor elegerit. Similiter, si Sempronius emptor Titium venditorem conveniat, & dicat, rem ab illo venditam duplo minoris pretij esse, & supra, quàm emptor solverit, idque venditor spontè fateatur, judex condemnabit eum ex propria confessione, ut rem suam recipiat, vel pretium ad verum rei valorem reducat. 2

Secundus modus probationis per instrumenta in casu læsionis ultra dimidium nihil prodest, tametsi enim quis ex plurimis instrumentis, & documentis litterarijs, urbarijs scilicet, æstimis, & Cathastris, &c. probet, rem, de qua lis est, semper hujus, vel illius pretij, & valoris fuisse, ex hoc tamen nihil probat, quod ad læsionem ultra dimidium probandam conducit, cùm præcisè venditionis tempus inspiciendum sit. Nam, cùm pro temporum non minùs, quàm locorum varietate pretia rerum in dies mutentur, consequens est, ut per documenta, & instrumenta non satìs læsio probari possit, cùm mala sit illatio, ex instrumentis constare, quòd res semper hujus, vel illius valoris, & æstimationis fuerit, ergò etiam nunc esse. Pulchrè *Covar. loc. cit. defin. 19.* Interim hoc non negamus, quin ex æstimis, urbarijs, & ejusmodi documentis certitudo redituum haberi possit, ex quibus postmodùm facilè computus, pro tempore venditionis legitimus fieri possit.

Quod attinet ad tertium modum probandi per testes: Approbatur quidem ille ferè ab omnibus, ad hanc materiam *l. 2. C. de rescind. vend.* scribentibus, qui tamen ipsi agnoscunt, eum difficillimum, & periculosissimum esse. *Arrius Pinell. ad dict. l. 2. part. 3. cap. 4. n. 8.* quæ nobis videtur causa

3 sa esse, quòd articulus noster separatim sit positus; In quo clarè disponitur, quòd læsio ultra dimidium justi pretij non aliter, nisi per æstimatores, durch vnpartheyische vnd verständige Schätz-Leüth / fieri debeat, geschehen soll / quod verbum, soll / necessitatem imponit, & proindè probationem ordinariam per testes excludit. Inutile igitur est, ut disputemus, cujus conditionis, & qualitatis testes esse debeant, quid pars læsa articulari, quid testes congruè deponere, & quid contra eorum dicta opponi possit, de quibus alij fusè scribunt: Cùm enim jura nostra favore abbreviendarum litium, loco ordinarij Processus per testes nimis odiosi, prolixi, & scrupulosi, introduxerint extraordinarium hunc modum taxationis, & æstimationis per rerum peritos, nobis nihil aliud agendùm superest, quàm ut secundùm articulum nostrum exactè tria præcipuè examinemus. 1. Quid in constituendis ejusmodi taxatoribus, & æstimatoribus considerandum sit. 2. Quid illorum officio incumbat, & 3. Quantum illorum judicio deferendum sit.

4 Quod attinet ad primum Membrum: Quæritur primò, an æstimatores à partibus litigantibus sint constituendi, vel ab ipso judice? Et licèt articulus noster expressè disponat, ut judex eos eligat, & denominet, in verbis: Die der Richter darzu verordnet; Per rationem, quòd inter litigantes facilè oriri possit dissensio, cùm credendum sit, utramque partem tales electuram, qui sibi placeant, & propterea alteri displiceant: Tamen in judicijs nostris plerumque fieri solet, ut ipsis partibus facultas concedatur, peritos proponendi, ex quibus postmodùm judex eligit, quos magis idoneos, & partibus, sive causæ minùs addictos judicat. Non est igitur necessitatis,

5 prout doctores volunt, electionem partibus litigantibus comittere, *Arrius Pinell. part. 3. cap. 4. n. 3.* Nec ab illis propositionem, sive denominationem exspectare, sed, si judici ita visum fuerit, ipse propria authoritate, & ex officio potest constituere, quos volet, modò eligat magis peritos, fide dignos, non suspectos, non uni, vel alteri parti sanguine, aut affinitate conjunctos, nec causæ, & partibus addictos, sed omni exceptione majores. *Mynsing. cent. 6. observ. 34. n. 3. Gail. 2. observ. 3. n. 7. & 8.* Et quamvìs modò citati auctores tantùm videantur loqui de casu, quo ipsi litigantes in eligendis æstimatoribus convenire non possunt, tamen articulus noster simpliciter disponit, ut constitutio æstimatorum, die Verordnung der Schätz-Leüth / à judice fiat, sive partes inter se conveniant, sive dissentiant, licèt prudens, & discretus judex consentientibus partibus litigantibus cæteris

pari-

paribus, ſi ſcilicet nullus defectus in æſtimatoribus appareat; eis facilè contravenire non debeat, ne ad protrahendas lites contra perſonas æſtimatorum multas exceptiones opponendi occaſionem accipere poſſint.

Quæritur ſecundò, quomodò æſtimatores debeant eſſe conſtituti, & 5
quodnam illorum officium ſit? Ad quod reſpondetur. 1. Eaſdem qualitates in æſtimatoribus requiri, ad quas obſervandas paulò antè judicem obligavimus, correlativa enim ſunt eligens, & eligendus, ſi igitur eligens, id eſt, judex perſonas omni exceptione majores, in quas nulla ſiniſtra ſuſpicio cadere poſſit, eligere debet, ergò neceſſarium eſt, ut electi ſint tales; Specialiùs tamen ex ordine articuli noſtri procedamus. In primis dicit articulus noſter, quòd æſtimatores debeant eſſe impartiales, vnpartheyiſch / 6
quod verbum ſignificat, ut nulli parti debeant eſſe affectione, ſanguine, affinitate, amicitia, antidorali obligatione, aut alio quovis modo conjuncti, & affecti, nec fortè in alia, & ſimili cauſa intereſſati, omnes enim, & ſingulæ ejuſmodi circumſtantiæ extenuant fidem æſtimatorũ: Et propterea ſupra diximus, contra æſtimatores eaſdem exceptiones opponi poſſe, quæ plerumque opponuntur contra teſtes. Quod maximè verum eſt, quando æſtimatio, ſive taxatio comittitur electis à partibus, nam, ſi electio fiat à judice, præſumptio eſt pro illo, quòd ſecundùm diſpoſitionem articuli noſtri elegerit viros impartiales, & omni exceptione majores, ut conſequenter litigantibus exceptionum materia præſcindenda ſit, ne ſumptus litis in plus aſcendat, quàm dimidium juſti pretij, vel valoris rei importet. 2. Requirit articulus noſter, ut æſtimatores ſint homines prudentes, & periti, verſtändige Leuth. Debent igitur pro domibus, fabri lignarij, & murarij, Aurifices pro vaſis aureis, vel argenteis. Sartores, & non Sutores pro veſtimentis. Proxenetæ, & veterinarij, die Roß-Kamb vnd Viech-Beſchauer / (ſolet enim hoc nomen veterinum in jure noſtro pro quolibet animali, & jumento ſumi) pro æſtimandis, & taxandis equis, & pecoribus macris, & altilibus adhiberi. Vid. *Monoz. de Eſcobar. de ratioc. cap. 16. n. 7.* 3. Debent ejuſmodi æſtimatores, & taxatores eſſe jurati: Ratio eſt, 8
quia ſubeunt in locum teſtium, teſtibus autem non juratis nihil creditur, ut diximus ad *Proceſſum Summar. Tit. 7. Artic. 14.* Diſtinguit tamen articulus noſter, an res parva, vel magna in lite ſit, in verbis: Da es die Nothdurfft vnd Wichtigkeit deß verkaufften Guets erfordert; Nam, ſicut ſecundùm *Summarium noſtrum Proceſſum dict. Tit. 7. Art. 21.* ſtatutum eſt, ut in rebus parvi momenti, quæ Proceſſum non merentur, à judice ſine teſtium juramento informatio ſumi poſſit: Ita etiam in Proceſſu ex *l. 2. C. de reſcind. vend.* æſtimatorum jurata depoſitio non requiritur, quando lis eſt de re parvi momenti, & vili: Ex quo confirmatur noſtra opinio, quòd beneficium *dict. legis. 2.* etiam locum habeat in mobilibus, ut ad præcedentem articulum explicavimus. Modò non ſint tam viles, ut ob parvitatem, & modicitatem judicis occupationem non mereantur, quod ipſius arbitrio relinquendum eſt. Excipiuntur tamen 4. Perſonæ nobiles, quæ juxta *Tit. 7.* 9
Art. 15. deß Summariſchen Proceß / à juramento teſtimoniali relevantur, ſi ſub fide nobili, bey jhren adelichen Ehren / vnd Glauben / deponant. Si igitur in alijs cauſis à præſtatione juramenti, quando teſtimonij cauſâ adhibentur, imunes ſunt, etiam in taxatione, & æſtimatione veri pretij, & valoris in cauſa. *l. 2. C. de reſcind. vend.* imunes eſſe debent. Quæ autem perſonæ pro nobilibus habeantur, latè explicavimus ad *dict. Tit. 7. Artic. 15.* deß Summariſchen Proceß.

Quid ſi autem, ut ſæpiſſimè fit, Conſilium Aulicum, vel Electorale 10
Regimen æſtimationem, & taxationem Præfectis, vel Vice-Præfectis Provincialibus, Pflegeren / Pflegs-Verwalteren / vnd Richteren / & eorum adjunctis comittant, annè ejuſmodi perſonæ, ſi nobiles non ſunt, ad juramentum

tum teneantur? Et putamus, si ejusmodi officiales juramenti ad officium suum præstiti admoneantur, illud sufficere, modò causa non sit magni momenti, quoniam eorum fides ratione officij jam publicè probata est; Si enim antiquitus, ut in *præced. Tit.* explicavimus, in probanda emptione unius proxenetæ jurati depositio sufficiens fuit, quanto magis sufficiens erit juratorum officialium, sine novo juramento? Quamvis rectè faciant, qui nihilominùs in tali commissione sibi alios coæstimatores juratos adjungant. Vid. *Berlich. lib. 1. conclus. 83. num. 9.* Occasione eorum, quæ nunc diximus,

11 Quæritur tertiò, an æstimatores, & taxatores jurati, sive sub fide nobili adhibiti, debeant deponere de veritate, vel credulitate? Et respondemus, juramentum credulitatis sufficere. *Jason. in repetitione. l. admonendi ff. de jurejurando. n. 237. Covar. lib. 2. var. resol. cap. 13. n. 4. Modest. Pistorius. part. 4. quæst. 142. in addit. Schultes. sub litt. C. n. 11.* cùm cuilibet perito in arte sua fides habeatur, si deponat de credulitate, quia res ejus conscientiæ censetur comissa. *Berlich. loc. cit. n. 7.* ubi plures alios citat. In rebus mobilibus quotidiano mercatui subjectis veritas magis haberi potest, quàm in rebus pretiosis, & imobilibus, quoniam pretia rerum in foro publico venalium facilè sciri possunt, ut non semper taxationi, & æstimationi locus sit, quia res tanti est, quanti vendi potest, modò conformis venditio multis subsequentibus diebus, vel hebdomadis facta sit, nam etiam mobilium pretia subindè uno die crescunt, & decrescunt; De qua re plura scribit

12 *Berlich. loc. cit. n. 15. & multis seqq.* Non tamen negamus, si per taxatores, aut æstimatores certitudo de pretio, & valore rei haberi possit, quòd ipsi non de credulitate, sed de veritate jurare, & deponere debeant. V. G. Si certum pretium frumento, aut alijs rebus venalibus fuerit constitutum, ut nec cariùs, aut viliùs vendi possint: Item si periti in arte super tali re judicium ferant, super qua certam, & infallibilem notitiam habere possunt, ut sunt Arithmetici, agrimensores, &c. Nam, ubi certitudo, & veritas haberi potest, utique credulitatis assertio insufficiens est. *Mynsing. cent. 6. obs. 34. n. 12. And. Gail. lib. 2. obs. 111. n. 19.*

13 Quæritur quartò, quot æstimatores, sive taxatores ad probandam læsionem ultra dimidium requirantur? Et regulariter in ore duorum, vel trium stat omne verbum *C. significâsti extra de homicid.* Et, quamvis *D. Balthas. ad hunc Art. n. 6.* aliquas exceptiones faciat, & in quibusdam casibus etiam unius æstimatoris judicium admittat, si nimirum perfectæ fidei, & peritiæ sit, aut plures periti in loco, ubi de læsione lis est, non supersint, quia tamen articulus noster in plurali loquitur, durch vnparthеyische verständige Schätz-Leüth / non facilè unius viri testimonio quantumvis periti, aut bonæ fidei insistendum est, cùm æstimatores, ut paulò antè diximus, loco testium sint, unicus autem testis quantumvis probatus, & omni exceptione major plenam probationem non facit, ut explicavimus in *Processu Summario ad Tit. 7. Art. 19.* quod confirmatur ex *Art. 1. Tit. 6.* der Land-Recht. Ubi pro probando emptionis, & venditionis contractu ad minimum duo testes requiruntur, & proxenetæ, tametsi persona publica, & jurata sit, depositio non admittitur, tametsi antiquitus in Reformat: de Anno 1588. *Tit. 23. Art. 1.* contrarium statutum fuerit, & ejus testimonium solum plenam fidem fecerit, ergò multò minùs unius testimonium admittendum est in probanda læsione ultra dimidium justi pretij. Ratio est, quia favorabilior est contractûs conservatio, quàm ejus dissolutio, & rescissio: Si ergò ad contractûs conservationem duorum testimonium necessarium est, multò magis necessarium erit ad ejus dissolutionem, & rescissionem, nec quidquam relevat, si periti in loco desint, quoniam facilè ex vicinis locis suppleri possunt, & in pretiosis, V. G. Clainodijs, Berlis, & unionibus quo-

tidia-

tidianum eſt, ut illorum Judicia, & teſtimonia à Magiſtratibus locorum, ubi degunt, per litteras mutui compaſſus requirantur. Hoc tamen liben- 14
ter concedimus, quòd in re vili, & levi etiam unius periti judicio aliquid deferri poſſit, cùm etiam in cauſa levi ſubindè unius teſtimonium ſufficiat, ut diximus ad *Tit. 7. Art. 21.* deß Summariſchen Proceß.

Quæritur quintò, quid ſi æſtimatores, ſive taxatores inter ſe non con- 15
veniant, cùm plerúmque homines ad diſſentiendum faciles ſint? Reſpondemus, ſiquidem ab initio tantùm duo æſtimatores adhibiti ſint, qui diverſam æſtimationem fecerint, poterit judex tertium ſuperaddere, &, ſi duo ex tribus ſuper quantitate læſionis conveniant, poterit ſecundùm eorum correſpondentia, ſive convenientia teſtimonia ſuper læſione judicare, & pronunciare. Si autem tertius etiam diſcrepet, debet judex per beneficium arithmeticæ eorum depoſitiones ad æqualitatem reducere, E. C. aliquis mihi vendidit equum pro 80. florenis, ego dico, quòd ſim læſus ultra dimidium juſti pretij; Iudex adhibet duos æſtimatores, unus æſtimat equum pro 42. florenis, alius pro 36. florenis: Hic vides, quòd ſecundùm judicium primi æſtimatoris beneficium *legis. 2.* locum non haberet, quia non fui læſus ultra dimidiū. Ex alterius æſtimatoris depoſitione verò læſio ultra dimidium per ſe clara eſt. Quid igitur judici faciendum, ut æqualitatem habeat, & pronunciare poſſit? Sumat ambas æſtimationes præ oculis, & per additionem redigat in unam Summam: Sic $\begin{matrix}42\\36\\\hline 78\end{matrix}$ facit 78. Hoc productum dividatur in duas partes æquales, ſic $\frac{78}{2}\Big\}$ 39. Ergò prodit, quod arithmetici vocant *facit*, 39. fl. Ex quo manifeſtè ſequitur, quòd utriúſque æſtimatoris depoſitione ad æqualitatem reducta ultra dimidium juſti pretij non ſim læſus, cum 39. floreni nondum 40. florenos adæquent, multò minùs excedant, aut tranſcendant, quod tamen ad læſionem juſti, & veri pretij divertendam neceſſarium eſt. Et quia hunc modum computationis doctores approbant, *Fulvi. Pacian. de probationibus. lib. 1. cap. 47. n. 70. Maſcard. de probat. vol. 2. concluſ. 653. n. 15. & 16.* Ideò judex venditorem à prætenſione mea in foro fori juſtè abſolvere poteſt.

Quid ſi autem judex malit etiam tertium æſtimatorem ſuperaddere, 16
quod ipſi licere modò antè diximus, & conſentit *Pacian. loc. cit. n. 70.* & is cum neutro ex duobus prioribus æſtimatoribus conſentiat, ſed equum ſuo judicio pro 48. florenis æſtimet, fortè quia in æſtimandis equis peritior eſt, iſt ein beſſerer Roß⸗Kamb? Res iterum debet ad priorem modum computationis reduci, ſcilicet, ut omnium trium æſtimatorum pretia addantur, & in unam ſum̃am reducantur, quæ ſum̃a excurrit ad 126. florenos. Illam in tres partes æquales dividere neceſſe eſt. Sic $\frac{126}{3}$ facit 42. florenos: Ex qua reductione ad æqualitatem manifeſtè reſultat, quòd nulla læſio ultra dimidium allegari poſſit.

Ponamus autem, quòd primus æſtimator rem taxaverit 30. ſecundus 17
37. fl. & tertius 44. fl. facit tota ſumma 111. fl. quæ ſi dividatur in tres partes æquales, facit una pars 37. fl. Ex quo calculo clarum eſt, quòd 3. fl. ultra dimidium læſus fuerim, dimidium enim ſupra poſitæ ſum̃æ ſunt 40. fl. Et quia minus quàm 40. accepi, ſequitur, me ultra dimidium læſum eſſe, & conſequenter beneficio læſionis ultra dimidium dignum.

Aliud exemplum eſt, ſi ponas, quòd primus æſtimator rem taxaverit pro 30. fl. alter pro 40. tertius pro 50. facit tota ſum̃a 120. fl. hæc diviſa in tres partes æquales facit 40. fl. quod eſt pretium mediū, & proinde beneficium *legis. 2.* locum non habet, textus enim in dict: *l. 2. C. de reſcind. ven-*

dit. requirit, ut nec dimidia pars veri pretij soluta sit, sed debet esse minus solutum, quàm dimidium veri, & justi valoris in se continet.

18 Quæritur sextò, cùm pretia rerum sint diversa, rigorosum sive maximum, medium, & infimum, ut quotidiè videmus in foro frumentario, ubi singulis sortibus semper tria pretia assignantur, maximum, medium, & infimum; Et aurifabris, & Zuntaris, den Jubilieren / qui pretiosa, scilicet uniones, margaritas, cleinodia, &c. æstimare solent, consuetum sit, ut dicant, res in sumo pretio valet tot florenos, in medio tot, & denique in infimo, & vilissimo tot, &c. annè æstimatores ex *l. 2. C. de rescind. vendit.* diversa rerum pretia etiam observare, & quale pretium in dijudicatione causæ locum habere debeat? Comuniter doctores necessarium esse putant, ut æstimatores omninò cum hac distinctione judicium suum ferre debeant, ita ut judex postmodum in computanda læsione ultra dimidium ex parte emptoris debeat observare minimum pretium, ex parte verò venditoris maximum. *Covar. var. resol. lib. 2. cap. 3. n. 3. Ludovic. Molina de Just. & Jure. tract. 2. disput. 349. n. 3.* Obscura quidem est hæc doctrina, prout subtiles Hispani sua tradere consueverunt, interim hic verus est sensus, ut judex observet, quis provocet ad judicium, & se deceptum esse dicat, emptor an venditor: Si emptor provocat, & venditorem in effectu, ut deceptorem ex *l. 2. C. de rescind. vendit.* conveniat, utique venditor tanquam reus favorabilior est, quàm emptor. Debet igitur emptor tanquam actor probare, quòd in sumo, sive maximo pretio fuerit læsus.

19 In exemplo res clarior fit; Ponamus prius exemplum, quòd ego à te emerim equum pro 80. fl. & proinde te conveniam, dicens, me ultra dimidium justi pretij esse læsum. Judex adhibet duos æstimatores, qui dicunt, equum in sumo pretio constare 48. fl. in medio 42. in minimo 36. Quæritur nunc, quod pretium judex ad computandam læsionem ultra dimidium respicere debeat? Nam certum est, quòd ex sumo, & medio pretio ego emptor nullam læsionem ultra dimidium prætendere possim, in minimo verò pretio læsio ultra dimidium ad oculum apparet. Dicimus igitur, quòd in favorem venditoris judex sumum pretium respicere, & proinde te ab actione mea absolvere debeat. Ratio est, quia tu non tenebaris mihi rem tuam vendere in minimo pretio, & si mihi vendidisses equum in pretio 48. fl. quod juxta æstimatorum judicium sumum est, rectè diceretur, quòd mihi equum pro vero, & justo pretio vendideris: Econtra, si venditor provocat ad judicium conquerendo, quòd equus, quem mihi vendidit, duplo plus valeat, & aliquid supra, quàm à me emptore pro pretio receperit, ego tanquam reus conventus favorabilioris conditionis sum, quàm ipse venditor tanquam actor, & consequenter ad computationem læsionis ultra dimidium non maximum, aut medium, sed minimum pretium respici debet. Exemplum est conversum, scilicet ego vendidi tibi equum pro 40. fl. tu dicis, te esse læsum ultra dimidiũ justi pretij, & petis rescissionem contractûs: Æstimatores adhibiti sumum gradum constituunt in 82. fl. medium pretium in 70. fl. & infimum in 60. fl. Certum igitur est, quòd inspecto pretio sumo tu venditor esses læsus à me ultra dimidium justi pretij, sed inspecto medio pretio, & infimo nullam læsionem ultra dimidium probare potes, ergò ego emptor simpliciter absolvendus sum. Ratio est eadem, quòd ego non tenebar à te emere equum in sumo pretio, sive in sumo ejus valore, sed, si in infimo emissem, rectè diceretur, quòd emissem in vero, & justissimo pretio, quo inspecto tu nullo modo ultra dimidium læsus es. Clarè igitur ex his exemplis patet, quòd ratio justi, & veri pretij ex parte emptoris à minimo, & ex parte venditoris à sumo pretio sumi debeat.

Verùm

Verùm, quia de hac ſubtili, & aliàs rationabili diſtinctione in articulo noſtro prorsùs nihil continetur, valdè ſubſiſtimus, an hæc doctrina in Patria noſtra locum habeat: Certè plurimas ejuſmodi æſtimationes fieri vidimus, nunquam tamen tam exactas, ut pretiorum differentiæ fuerint obſervatæ. Articulus noſter ſolum hoc requirit, ut jurati æſtimatores deponant, Was ein solch Guet zur Zeit / als man es verkaufft hat / nach billichen Dingen / vnd rechtmässiger Schätzung wol werth gewesen wäre. Ex quibus verbis conſtat, ſufficere, ſi æſtimatores depoſitionem ſuam ad unum juſtum, & legitimum pretium reducant. Si æſtimatores tam ſæpè diſcrepent, & diſſentiant in una, & ſimplici determinatione juſtæ æſtimationis, quanta inter illos diſſenſio erit, ſi quilibet eorũ rerum pretia in tres claſſes ſummum, medium, & infimum diſtinguere debeat: Et quis erit tandem modus, eorum diſſenſiones ad æqualitatem reducendi? Melius igitur eſt, ut maneamus in terminis articuli, & æſtimatores adigantur ad unum juſtum, verum, & ſincerum pretium determinandum, in quo ſi diſcrepent, reductio ad æqualitatem ex regulis arithmeticæ facilis eſt, prout jam explicavimus.

Quæ autem ratio taxationis ineunda ſit in annuis reditibus, bonis 20
Emphyteuticis, feudalibus, videri poteſt apud *Berlich. dict. concluſ. 83. lib. 1. n. 53. & ſeqq.* De bonis feudalibus certum eſt, quòd minoris pretij ſint, quàm bona allodialia, quia feudalia conceduntur ob ſervitium domini, & plerúmque eorum ſucceſſio ad generationem tantùm ipſius primi acquirentis, imò quandoque etiam ad ſolos maſculos reſtricta: Et illorum alienatio interdicta eſt; Quæ onera utique faciunt rem minoris pretij eſſe, quàm ſit res allodialis. In bonis feudalibus nobilibus, & equeſtribus, in Ritter-Lehen / plerumque hoc obſervatur, ut pretium eorum pro tertia parte devaluetur, quamvìs id pro certa regula poni non poſſit, cùm quædam feuda equeſtria, & nobilia etiam magìs privilegiata ſint, quàm alia: Et quædam, ut diximus in *Summario Proceſſu Tit. 11. Artic. 4.* purè maſculina ſint, in alijs verò etiam fœminæ, vel promiſcuè cum ipſis maſculis, vel certè in eorum defectum ad ſucceſſionem admittantur, quæ utique majoris pretij eſſe debent, quàm feuda purè maſculina. Prorsùs igitur neceſſarium eſt, ſi lis ſuper feudo cum conſenſu Domini vendito oriatur, & beneficiũ *l. 2. C. de reſcind. vend.* imploretur, ut tales æſtimatores conſtituantur, qui rerum feudalium periti ſint, maximè cùm judicium parium ferè ubique locorum in deſuetudinem abierit. *Berlich. dict. lib. 1. concluſ. 83. n. 6.* Ubi dicit, quòd in Saxonia hoc officium æſtimandi, & taxandi bona feudalia non comittatur Scabinis provincialibus, den Land-Schöpffen / quod idem eſt ac apud nos, den Land-Richteren / vnd Pflegs-Verwalteren / ſed nobilibus perſonis ſimilia bona feudalia poſſidentibus.

Quod attinet ad bona Emphyteutica, illorum æſtimatio noſtro judicio 21
ſatis clara eſt, quòd ſcilicet in comparatione cum bonis allodialibus ſemiſſem tantùm æſtimationem patiantur: Nam, cùm dominium directum ad Dominum fundi pertineat, & ſolum dominium utile Emphyteutæ cedat, per ſe ſatis clarum eſt, quòd etiam non plus, quàm dimidiam rei æſtimationem prætendere poſſit. Quamvìs moderno tempore ruſtici tam impertinentes ſint, ut ſuum jus Emphyteuticum qualecunque, ihre Gerechtigkeiten / pluris æſtiment, quàm Dominus directus proprietatem fundi, quod ipſis nullo modo concedendum eſt.

Bona feudalia, quæ Burſatica dicuntur, Beütel-Lehen / plerumque 22
majoris pretij ſunt, quàm bona Emphyteutica: Ratio eſt, quia ex bonis feudalibus non ſolvitur annuus canon, ſed tantùm in caſu mutationis Domini, vel vaſalli ſolvitur relevium 5. per 100. ſicut etiam quilibet Emphyteuta laudemium 5. per 100. ſi ex parte ſua mutatio contingat, ſolvere tenetur; Ob quam rationem, quòd vaſalli burſatici nullam annuam præſta-

tionem habeant, eorum bona cariùs vendi ſolent, quàm bona Emphyteutica, ut ſæpiùs obſervavimus. Hæc autem omnia ita determinari non poſſunt, ut hîc loci aliquid certi ſtatuamus, ſed generalis hæc regula obſervanda eſt, ut res tanti ſit, quanti vendi poteſt. *Baldus. conſil. 103. verſ. Emphyteuſis autem. lib. 1.*

23 Tertium Membrum, de quo diximus ad initium tituli, adhuc ſupereſt, ſcilicet quantum æſtimatorum judicio deferendũ ſit? Et hæc eſt quæſtio ultima hujus articuli: In qua reſpondet *Berlich.* quòd ab ejuſmodi taxatione, & æſtimatione non liceat appellare, *lib. 1. concluſ. 83. n. 95.* Sed hæc opinio ex diſpoſitione articuli noſtri rejicitur, qui expreſſè diſponit, quòd judici incumbat, ut ad judicium, ſive æſtimationem peritorum ſuper læſione judicare, & pronunciare debeat, an læſio ſcilicet ultra dimidium juſti, & veri valoris, aut juſti, & veri pretij facta fuerit, vel non, & NB. ſi nulla pars ad ſuperiorem judicem appellaverit, vnnd wofern kein Thail an die obere Obrigkeit waigert / ulteriùs in negotio procedere poſſit, prout juris eſt. Ex quibus verbis manifeſtum evadit, quòd cuilibet parti à ſententia ſuper judicio æſtimatorum lata appellare liberum ſit: Imò, ſi judici æſtimatio videatur ſuſpecta, & exceſſiva, integrum illi eſt, ut alios quoque æſtimatores de novo conſtituere, &, antequam pronunciet, eorum etiam judicium audire, & examinare poſſit. *Pinell. ad dict. l. 2. C. de reſcind. vendit. part. 3. cap. 4. n. 7.* Ubi dicit, quòd exigente neceſſitate teneatur, rem penitiùs perquirere, &, ſi opus ſit, etiam in perſona ocularem inſpectionem ſumere. Poſtquam autem ſemel ſententiam dixit, eam ampliùs revocare non

24 poteſt, ſed appellatione opus eſt. Quidquid alij in contrarium velint, qui putant, etiam poſt ſententiam ad judicium peritorum latam judici liberum eſſe, ut magìs peritos æſtimatores, ſive taxatores adhibere poſſit, per rationem, quòd talis ſententia lata ad judicium peritorum non tranſeat in rem judicatam, quod articulus noſter notoriè improbat, cùm appellatione deſerta judici neceſſitatem imponat, ulteriùs in causâ procedendi, prout juris eſt. Vide quæ dicta ſunt in *controverſ. 43. ſemicent. 1. n. 13. & ſeqq.* ubi allegavimus alium textum in *Artic. 8. Tit. 21.* der Land-Recht. *Rauchbar. part. 1. quæſtion. juris quæſt. 46. n. 10. Garſias. tract. de meliorat. & expenſ.*

25 *cap. 24. n. f.* ubi dicunt, quòd iniquitas æſtimatorum corrigi, & emendari poſſit tribus remedijs, appellationis, reductionis ad arbitrium boni viri, & contrariæ probationis, quamvìs articulus noſter probationem per teſtes, ut ſupra diximus, non admittat, cùm æſtimatores, & taxatores loco teſtium ſint, ſed, ſi illorum fides ſuſpecta ſit, poteſt judex alios adjungere, vel ſubſtituere, modò id faciat, ut diximus, ante ſententiam, nam latâ ſententiâ ipſe functus eſt officio ſuo, & ſuperioris judicis eſt, an eam confirmare, & priorem æſtimationem approbare, vel reformando priori judici aliam æſtimationem faciendam injungere velit.

Der Vierdte Articul.

Wurdet aber ein Guet nit von dem Innhaber ſelbs / oder in deſſen Nahmen / ſonder auff vorgehende angeſchlagene Edict, durch den Richter / mit Vorwiſſen der Glaubiger / oder durch offne Gandt verkaufft / ſo bleibet ſolcher Kauff in allweg beſtändig / vnnd mag wider denſelben ainige Læſion, oder daß ſolch Guet gar zu gering / vnd nicht vmb halbes Gelt / oder wie gering es ſey verkaufft worden / nicht angezogen werden / ſonder der Kauffer iſt ohne Anſprach bey ſeinem Kauff zelaſſen.

SUM-

SUMMARIA.

1. *An remedium hujus l. 2. Cod. de rescindend. vend. in læsione hastali locum habeat?*
2. *Quid si læsio fuerit enormissima, an nihilominùs locum habeat?*
3. *In quibus casibus jura nostra Bavarica provincialia beneficium hujus l. 2. C. omninò excludant?*
4. *An etiam hi casus in enormissima læsione sint exclusi?*
5. *Quare in his casibus præsumptio doli locum non habeat?*
6. *An etiam verus dolus in istis casibus sit exclusus?*
7. *Quid si verò res non fuerit sub hasta vendita*, unter dem Glocken-Streich / *sed solummodò à curatoribus cum approbatione judicis ordinarij?*

PRæsens articulus non nisi unam, sed quæstionem notabilem continet, an scilicet beneficium *l. 2. C. de rescind. vend.* locum habeat, si res præcedente publica subhastatione vendita fuerit? Et in hoc nullum videmus dubium, quin simpliciter negandum sit, cùm publica subhastationis fides, & solennitas hoc efficiat, ut quis de injustitia, & deceptione pretij conqueri non possit, quia res tanti est, quanti publicè vendi potest. *l. 1. §. si hæres. 16. ff. ad S. C. Trebel. l. mortis causâ. 18. §. qui hominem. 3. ff. de mortis causâ donat.* Et comunis regula, quòd justum pretium non ex privata alicujus affectione, aut utilitate singulorum, sed ex comuni hominum opinione æstimandum sit. *l. si servum. 33. ff. ad l. Aquil. & l. pretia rerum. 63. ff. ad legem falcid.* quæ meliùs sciri non potest, quàm quòd publicè facta venditione constitutum reperitur. *Berlich. loc. cit. n. 39. & fusissimè in aur. decis. decis. 126. per tot. Ant. Faber. in suo Cod. loc. cit. definit. 4. n. 7. Balthas. tit. 7. resol. 4.* ubi aliàs pulchras rationes affert: Quamvìs Faber suâ, & Senatus Sabaudici opinione in contrariam partem abeat. 1

Difficilior quæstio est, si læsio non solùm fuerit ultra dimidium justi pretij, sed in enormiori excessu, V. G. in besse, vel dodrante, id est in duabus tertijs, vel tribus quartis, an tunc venditio sub hasta facta quasi ex læsione enormissima rescindi possit? *D. Rath. in differt. sua jurid. sæpiùs cit. de different. juris commun. & Bav. defin. 60.* dicit, in Senatu Pedemontano affirmativè fuisse judicatum, à Juris-Consultis verò Lipsiensibus negativè. Noster articulus rem clarè decidit in verbis: Si aliquod bonum non à Domino, & possessore, aut ejus nomine, sed à judice cum præscitu creditorum, vel per publicam subhastationem fuerit venditum, quòd talis venditio firma esse debeat, & contra illam nulla læsio sub prætextu, quòd tale bonum viliùs, & non pro dimidio pretio, vel qualicunque NB. vili, & exiguo venditum fuerit, allegari possit, sed emptor sine contradictione in contractu suo manutenendus sit. Et hanc opinionem D. Rath etiam juri comuni ex pulchris rationibus conformem dicit, quæ ibi videri possunt: Quamvìs *Ant. Faber. loc. cit. in decis. pedemont.* non loquatur de læsione enormissima, sed de læsione tantùm enormi, quòd tamen rei substantiam non imutat, sed potiùs Senatûs Pedemontani sententiam confirmat, cùm enim Senatus Ped: ex enormi læsione beneficio *l. 2.* locum faciat, tametsi venditio sub fide hastæ publicæ facta fuerit, cum pluribus DD. quorum integrum cathalogum enumerat *Berlich. dict. decis. 126.* ne sub religione hastæ publicæ fraudes, & circumventiones comittantur, multò magis utique admitteret, si in subhastatione enormissima læsio contigisset. Imò D. Faber, qui enormissimam læsionem per supra dicta habet pro dolo in re ipsa, vel certè præsumpto, ejusmodi subhastationem diceret esse dolosam, & consequenter ipso jure irritam, & invalidam. 2

3 Habemus ergò in Jure nostro Bavarico tres casus exceptos, in quibus nec læsio enormis, nec læsio enormissima, quæ sine manifesto dolo contingunt, locum habent: Primò, ex hoc nostro articulo in re aliqua sub fide hastæ publicæ vendita. Secundò, ex *Art. 3. Tit. 2.* deß Summarischen Proceß / in transactionibus secundùm præscriptum dict: Articuli legitimè initis. Tertiò, ex *Art. 6* ejusdem *Tit. 2.* deß Summarischen Proceß / in compromissis, postquam laudum à partibus compromittentibus acceptum, & approbatum fuit, quoniam illud æquiparatur transactioni legitimè factæ, ut nec in Summario, nec ordinario Processu sub quocunque prætextu (intellige læsionis modicæ, enormis, aut enormissimæ) rescindi possit, ut ibidem diximus.

4 Oppones, nos hactenùs semper ex alijs auctoribus, & vel maximè ex subtili D. Anton. Fabro affirmâsse, beneficio *l. 2.* locum non esse, quando agitur de enormissima læsione, quæ in re ipsa dolum continet. Respondemus, etiam secundùm opinionem nostram satis certum esse, quòd in enormissima læsione, id est, in besse, vel dodrante, &c. ut supra exemplificavimus, beneficio *l. 2. C. de rescind. vend.* opus non sit, quando illa intercessit in simplici venditione, vel etiam in venditione cum pacto de retrovendendo. Aliud est dicendum in his tribus conventionibus, quæ fiunt per transactionem, compromissum legitimè pronunciatum, & acceptum, & denique per venditionem sub fide publica, & hastali factam. Nam, sicut enormis læsio re ipsa contingere potest absque contrahentium intentione, ita etiam re ipsa irrepere potest læsio, quæ enormior sit, quàm dimidia: Hanc tamen in his tribus casibus pro rescissione conventionis allegare non sufficit. Uno verbo pulchram quæstionem decidimus, dicendo, quòd in his tribus casibus transactionis, compromissi legitimè facti, & laudi acceptati, & rei sub fide hastali venditæ dolus præsumptus, qui ex enormissima læsione oritur, locum non habeat, sicut habet in venditione simplici, aut etiam sub pacto de retrovendendo inita. Ratio hujus rei est,
5 quia in transactione, & compromisso in prædictis articulis nostris tam exactæ præcautiones fiunt, ut videatur indignum, audire illum, qui se enormiter, vel enormissimè læsum esse conqueri velit. Idem est in subhastatione alicujus rei, quia præcautiones in Processu Edictali adhibitæ omnem sinistram præsumptionem excludunt, & nunquam verum rei pretium meliùs emergere potest, nisi ex calore rem publicè licitantium.

6 Interim verus, & formalis dolus non excluditur, qui in triplici hoc casu non quidem beneficio *l. 2. C. de rescind. vend.* sed beneficio nullitatis læsum indemnem conservat. *Articulus 3. Summarij nostri Processus Tit. 2.* hoc expresè approbat, qui dicit, da jemand beweisen kundt / er wäre durch wissentlichen fürsetzlichen Betrug vnnd List von seinem Gegenthail hinderführt / vnd betrüglich zu dem Vertrag vermöcht worden / illum omninò nullum, & irritum esse: Ergò vi hujus Artic: tantùm dolus præsumptus declaratur insufficiens esse ad excludendum beneficium *l. 2.* non dolus verus, realis, & formalis. Quod similiter etiam de compromisso intelligendum est, cùm *Artic. 6.* habeat, quòd laudum compromissariorum acceptum, & approbatum, einem rechtmässigen kräfftigen Vertrag allerdings gleich gehalten / vnd gestracks vollzogen werden soll. Ratione publicæ subhastationis in hoc articulo quidem de manifesto dolo, & fraude, von wissentlichen fürsetzlichen Betrug vnd List deß Gegenthails / nulla fit mentio, interim tamen nullum dubium esse potest, si verus dolus probari possit, ex quo debitor in subhastatione enormiter, vel enormissimè læsus est, quin totus actus subhastationis ipso Jure sit nullus, & irritus, neque enim ratio permittit, ut publicâ auctoritate fraudibus, & dolosis machinationibus locus concedatur. Resolvitur igitur hæc dubitatio paucis verbis, quòd ex mente D. Fabri, & aliorum classicorum

rum auctorum in enormissima læsione beneficiū *l. 2. C. de resc. vend.* semper excludatur, etiamsi dolus, qui consistit in animo, exactè probari non possit, cùm enormissima læsio præsumatur esse dolosa, & re ipsa dolum contineat, in his tamen tribus casibus, nec præsumptio doli, nec dolus re ipsa, ut dicunt, contingens admittatur, sed vera, & exacta doli probatio requiratur, ad quam probationem se nemo facilè adstringet, utpote difficilem, vel ferè impossibilem.

Quid si autem res non fuerit sub hastâ vendita, under dem Glocken-Straich / sed prætore auctore cum interpositione Decreti, vel juxta dispositionē *Art. 3. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß/ à curatoribus, qui pendente Processu Edictali cum approbatione judicis, per creditores electi sunt ad hunc finem, ut bona pretiosa, & valorosa in certam æstimationem deducant, & venalia proponant: Anné illa sub prætextu læsionis ultra dimidium justi pretij rescindi possit? Ratio dubitandi est, quia aliud est vendere sub hasta, & aliud est vendere auctoritate judicis, vel curatorum ad hunc finem deputatorum, & electorum: Fides enim hastæ fiscalis facilè convelli non debet. *l. si hypothecas. 8. C. de remissione pignor.* Et emptio ac venditio sub hasta facta perpetuam firmitatem accipere dicitur in *l. ult. C. si propter publicam pensitat. vendit. fuerit celebr.* Et res perpetuo jure Dominij in emptores transire, quibus sub hastæ solennis auctione sunt addictæ, *l. quæcunque. 5. C. de fide. & jure hastæ fiscal.* Ita ut nec rescripto Principis, nec beneficio ætatis, nec ulla alia ratione emptio, & venditio sub hasta celebrata rescindi possit, *dict. l. quæcunque. Vers. authoritate rescripti. C. de fide, & jure hastæ fiscal.* Quæ omnia venditioni à judice, vel curatoribus factæ non rectè accomodari posse videntur. Et hanc opinionem multi insignes Doctores apud *Gabrielem de empt. & vend. lib. 3. conclus. 1.* pulchris rationibus defendunt. Primò, per textum in *l. 2. C. si propter publicas pensitat. & l. 3. C. de jure fisci.* Ubi venditio, quæ sine Decreto fieri non potest, tamen rescinditur ob pretij modicitatem, sive, ut *Perezius. loquitur ad hunc tit. si propter publicas pensit. n. 2.* quòd venditio facta ob tributorum exactionem rescindatur, si facta fuerit per ambitionem, & gratiam, minùs justo pretio in fraudem debitoris. Deinde quia sequeretur, quòd, ubi venditio esset facta cum Decreto judicis, restitutio in integrum non haberet locum, contra textum in *l. siquidem. C. de prædijs minor.* Cùm non videatur restitutio in integrum esse melioris conditionis, quàm restitutio ex beneficio *l. 2. C. de rescind. vendit.* Denique sequeretur hoc absurdum, quòd Ecclesia, cujus bona sine Decreto alienari non possunt, non haberet beneficium *l. 2. C. de rescind. vendit.* Si in tali contractu læsionē enormem, sive supra dimidium justi pretij passa fuerit, cùm tamen *C. cùm dilecti. 3. extra de empt. & vend.* contrarium expresè statuat, utpotè quòd Ecclesiæ læsæ ultra dimidium justi pretij persecutionem, & actionem ex dicta *l. 2.* clarè concedit, ita tamen, ut in arbitrio emptoris sit, utrum rem recuperato pretio restituere, vel justum pretium supplere velit, quod superioribus regulis juris civilis conforme est. Clarum igitur est, quòd Decretum judicis beneficium *dict. l. 2.* non excludat. Verùm his non attentis, *Gabriel. dict. loco. n. 57.* & *Berlich. dict. decis. 126.* concludunt, quòd venditio Decreto judicis facta ex *l. 2. C. de rescind. vend.* rescindi minimè possit, nisi fortè Decretum interpositum fuisset absque sufficiente causæ cognitione, per *l. minoris. C. de prædijs minorum. & l. 1. C. si adversus vendit.* Et cum hac opinione convenit articulus noster, ubi duos casus conjungit, in quibus cessat beneficium *l. 2. C. de rescind. vend.* Primus est, quando post Edicta publicè proposita judex cum præscitu creditorum rem vendit, wann der Richter auff vorgehendt angeschlagene Edict mit Vorwissen der Glaubiger das Guet verkaufft / vel si venditum fuerit per publicam subhastationem, oder durch offne Gandt ver-

kaufft

kaufft wird / ubi notetur particula disiunctiva, oder / quæ demonstrat non solùm in venditione sub hasta, vnder dem offnen Glocken-Straich / sed etiam per judicem cum consensu creditorum factâ beneficium *l. 2. C. de rescind. vendit.* prorsùs denegari. Convenienter planè cum *dict. Articul. 3. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / qui curatoribus à creditoribus electis non tantùm facultatem rei vendendæ tribuit, sed venditioni ab illis cum auctoritate judicis, & solennitatibus, & requisitis factæ, quæ articulus in se continet, tantam firmitatem, & robur tribuit, ac si venditio facta fuisset per publicam subhastationem ad sonum campanæ; Videantur, quæ ibidem fusiùs exposuimus.

Der Fünffte Articul.

WAnn ein Kauffer sein erkaufftes Guet / ehe vnd zuvor der jenig / von dem ers kaufft / die Abthuung / vnnd wider Aufflösung deß Kauffs / wegen beschehener Vervorthailung über halben Thail / begehrt hat / versetzt / verschriben / oder in anderweg verkummert hätte / so ist solche Verschreibung vnd Verpfändung dannoch gültig vnnd kräfftig / doch mag der Verkauffer von dem Kauffer begehren / daß er jhm entweder den übrigen Kauff-Schilling erstatte / oder da er solches nit thun wolt / das Guet wider ledig mach.

SUMMARIA.

1. *An emptor rem sibi venditam oppignorare possit, antequam venditor ex hac l. 2. ad rescissionem agit?*
2. *Quid in casu ibi specificè expresso?*
3. *Quid si venditor ante oppignorationem rescissionem jam petierit?*
4. *Quid si emptor rem talem prorsùs alienaverit?*
5. *An rescissa venditione resolvatur etiam pignus?*
6. *Quid si emptor conqueratur de læsione ultra dimidium justi valoris?*
7. 8. 9. 10. & 11. *Quomodò intelligendum sit, quòd is, qui ultra dimidium læsus est, non habeat alternativam actionem?*
12. & 13. *Exponitur hæc materia per aliquod exemplum.*
14. & 15. *Exsplicantur Doctorum de hac materia opiniones.*

1 TOta materia hujus articuli paucis quæstiunculis dilucidari potest. Prima igitur quæstio est, an emptor rem sibi venditam, antequam venditor ex læsione ultra dimidium justi pretij rescissionem contractûs petierit, alteri oppignorare possit? Et statim ex rubro responsio affirmativa elucet: Ratio hujus rei est, quia emptor per contractum emptionis, & venditionis ad transferendum Dominium habilem traditione subsecutâ factus est Dominus. Dominij autem proprius effectus est, ut res alienari possit. *l. fructus rei. 72. ff. de R. J. ut supra ad 1. Art. hujus Tit.* de emptore cum pacto de retrovendendo diximus, quòd per traditionem verum Dominium consequatur, & proinde illam liberè oppignorandi, vel alienandi potestatem habeat, quæ potestas emptori cum læsione ultra dimidium justi pretij eò magìs competit, cùm in casu venditionis cum pacto de retrovendendo, multi hujus opinionis sint, quòd res afficiatur onere reali, & venditori contra tertium possessorem singularem utilis rei vindicatio competat. Quod de bono cum læsione ultra dimidium vendito asserere hactenùs nemo somniavit.
2 Nisi fortè in casu, quo hæc duo concurrunt, primò, ut singularis successor rem teneat ex causa lucrativa, vel saltem possideat ex contractu, qui eodem justitiæ morbo, videlicet læsione ultra dimidium laborat, secundò, ut is, à quo causam singularis successor habet, ampliùs solvendo non sit.

Pri-

Primum videtur nostris statutis convenire, cùm ad *Articulum 1.* pluribus explicaverimus, actionem ex pacto de retrovendendo dari contra singularem possessorem, si is rem onere reluitionis affectam, titulo gratuito possideat, ergò etiam illud videtur dicendum, si tertius possessor rem possideat titulo gratuito, quæ est obnoxia rescissioni contractûs ex *dict. l. 2. C. de rescind. vendit.* Sed certè hoc juri nostro statutario conforme esse, nullo modo credimus, nam, quod statutum est singulariter, & contra rationem juris communis in pacto de retrovendendo, extendere ad alium casum scilicet læsionis ultra dimidium justi pretij contra comunes regulas, juris & æquitatis ratio non admittit, præsertim cùm venditio sub pacto de retrovendendo longè favorabilior sit, quàm remedium *dict. l. 2. C. de rescind. vend.* utpotè cùm pactum retrovenditionis fundetur in contractu bonæ fidei, remedium verò *d. l. 2.* extraordinarium sit. Illud detur ad contractum implendum, hoc ad contractum infirmandum, & rescindendum.

Nec videmus, quid ad rem faciat, an conventus ex remedio *dict. l. 2. C. de rescind. vendit.* solvendo sit, vel non, ut scilicet contractum suo modo ad æqualitatem reducere possit: Nam tertius possessor singularis auctoris sui inopiam non patitur, cùm ex remedio *dict. l. 2.* non nisi actio personalis competat, quæ in singularem successorem non datur. Videatur *Fachin. controvers. lib. 2. cap. 18.* & *Arrius Pinellus. ad dict. l. part. 2. cap. 1. n. 32.* Si enim, ut jam supra diximus, is, qui rem cum pacto de retrovendendo emit, illam intermedio tempore tertio successori singulari liberè vendere potest, ita ut venditor rem reluens contra ipsum actionem non habeat, nisi titulo precario possideat, multò minùs hæc alienatio in tertium possessorem singularem prohibita est emptori in præjudicium enormiter læsi, cùm, ut sæpiùs diximus, odiosius sit remedium *l. 2.* quàm actio ex pacto de retrovendendo, modò alienatio bona fide facta fuerit, antequàm res fieret litigiosa. Quod approbat articulus noster, qui simpliciter statuit, ut emptor rem alteri rursus venditam, & alienatam reluere, & liberare debeat, vel pretium supplere, quòd manifestum signum est, quòd venditori enormiter læso contra tertium successorem singularem possessorem actio non competat.

Notabiliter tamen addit articulus, quòd emptor tunc tantùm oppignorationem talis rei facere possit, **ehe vnd bevor der jenig/ von dem er das Guet erkaufft / die Abthueung wegen beschehener Vervortheilung über halben Thail begehrt hat /** id est, antequam venditor ex *dict. l. 2. C. de rescind. vend.* actionem instituerit, & rescissionem petierit: Tunc enim constituitur in mala fide, & res dicitur esse litigiosa, quæ sicut non potest alienari, ita nec pignori dari. *l. 1. §. fin. ff. quæ res pignor. oblig. non possunt.* Imò quæstio esse posset, an talis, qui post litem motam scienter rem venditam obligat, non teneatur crimine stellionatûs. *l. tutor. §. 1. ff. de pignorat. act.* Et hæc, quæ nunc diximus de oppignoratione rei prohibita, multò magis locum habent in plena alienatione, quia alienare plus est, quàm pignori dare: Et hinc articulus noster utitur verbis, **versötzt vnnd verschriben /** addit, **oder in anderweg verkummert hätte /** quæ alienatio tanquam rei litigiosæ post litem actualiter motam, per quam emptor in mala fide constituitur, nulla & irrita est. *dict. l. 1. §. fin. ff. quæ res pign. oblig. non possunt.* 3 4

Secunda quæstio est, si emptor in re vendita ante litem motam pignus, vel hypothecam bona fide constituerit, an rescissa venditione ex remedio *dict. l. 2. C. de rescind. vend.* resolvatur pignus, vel hypotheca medio tempore contracta? Negativam tenet *Barthol.* affirmativam *Baldus*, & in utramque partem stant gravissimi auctores, ut videre est apud *Fachine. lib. 2. cap. 23.* ubi rationes à DD. pro & contra allatas in medium adducit, quas hic repetere brevitatis causâ omittimus. Et, quamvis ipse *Fachin.* 5

cùm *Baldo* affirmativam sententiam teneat, quòd hypotheca resolvatur post rem venditori ex remedio *dict. l. 2.* adjudicatam: Tamen articulus noster contrarium statuit, & *Bartoli* sequacibus adhæret, in verbis: das solche Verschreibung vnnd Verpfändung / id est, quæ medio tempore bona fide facta fuit, dannoch gültig vnd kräfftig seye: Si igitur talis oppignoratio, aut hypothecatio valida, & efficax est, non potest dici per rescissionem venditionis ex *dict. l. 2.* resoluta. Deinde emptor vi hujus articuli obligatur post rescissionem venditionis ad supplendum justum, & verum pretium, vel ad rem ab onere hypothecæ, aut pignoris liberandam; Ergò præsupponit articulus, quòd hypotheca, vel oppignoratio post rescissionem non sit ipso jure resoluta, cùm aliàs liberatione ampliùs non indigeret.

6 Tertia quæstio est, si non venditor adversùs emptorem de læsione ultra dimidium justi pretij conqueratur, sed emptor conqueratur contra venditorem de læsione ultra dimidium veri, & justi valoris rei venditæ, annè etiam emptor tunc intermedio tempore rem oppignorare possit? Respondemus, utriusque casus eandem rationem esse, semper enim emptor, sive ipse à venditore læsus fuerit ultra dimidium justi valoris, sive ipse venditorem læserit ultra dimidium justi pretij, factus est rei Dominus, & proinde potestatem acquisivit, rem, sive majori pretio ultra dimidium emerit, sive venditori ultra dimidium justi valoris solverit, & consequenter, sive ipse emptor, sive venditor se læsum esse dixerit, oppignorandi, vel in alium possessorem transferendi.

7 Oppones, nos supra ad *Articulum 2.* dixisse, quòd ille, qui se ultra dimidium, sive in pretio, sive in valore rei læsum esse conqueritur, non habeat actionem alternativam, vel pro restitutione rei, vel pro supplendo vero, justo, & legitimo pretio, sed solùm ad rem ipsam consequendam, ita tamen, ut in alterius partis electione sit, an justum pretium supplere, vel rem ipsam recepto pretio expenso restituere velit: Cùm tamen in hoc articulo nostro circa finem expresse dicatur, quòd venditor ab emptore petere possit, daß er jhme eintweder den übrigen Kauff-Schilling erstatte / oder / da er solches nit thuen wolt / das Guet wider ledig mache / ubi notentur verba disiunctiva, eintweders / vnd oder / quæ manifestè alternativam important. Respondemus ad hoc 1. nos supra locutos fuisse de illa quæstione, an scilicet re ultra dimidium justi pretij, vel justi, & veri valoris emptâ, vel venditâ, emptori vel venditori ad supplementum actio competat, si res casu fortuito, & sine culpa possessoris perierit? Et rectè diximus, secundùm supra allegata re casu fortuito peremptâ pro supplemento pretij nullam superesse actionem, eò quòd regula juris comunis sit, quòd pretium solvendum non sit, quando debetur ratione certæ speciei: Tametsi igitur per se certum sit, quòd emptor venditori, qui pro re sua minùs quàm dimidium justi pretij accepit, teneatur, hanc alternativam satisfactionem dare, ut rem restituat, quod est in obligatione, vel pretium justum, & legitimum suppleat, quod est in solutione, tamen postquam res apud emptorem casu fortuito, & sine illius culpa perijt, venditori ad nihil ampliùs obligatus est, eò quòd cum re omne vinculum obligationis, & solutionis extinctum fuerit, quod ipse *Balthas. resolut. 5. tit. 7. n. 4.* agnoscit. Quamvìs in *præcedente resolutione 4.* non videatur satis conformiter loqui, ubi probat, parti læsæ actionem disiunctivam competere, vel ad supplendum justum, & verum pretium, vel ad restitutionem rei, & secundùm hanc opinionem, tametsi aliàs actio alternativa non admittatur in Camera Imperiali, processus admitti ex *D. Gail:* & *Mynsingero* probat.

8 Verùm casus, de quo articulus noster agit, est longè diversus, ipse enim de re perempta nihil disponit, sed tantùm de re, in qua læsio ultra dimidium justi, & veri pretij, sive valoris contigit, oppignorata, vel hypothe-

cata,

cata, aut etiam prorsùs alienata, & adhuc in rerum natura, ſed in manu tertij poſſeſſoris exiſtente: Ex quo ſequitur, quòd parti enormiter læſæ utique actio ex *l. 2. C. de reſcind. vend.* adhuc in ſalvo ſit, ad hunc effectũ, ut adverſarius illam alienatam reluat, aut à pignoris, & hypothecæ nexu liberet, vel certè ſupplementum juſti, & legitimi pretij ſuperaddat: Et hoc diſponit articulus noſter, nullo modo autem ex eo inferri poteſt, quòd, re per infortunium, aut caſum fortuitum ſublata, nihilominùs parti enormiter læſæ ad ſupplementum juſti, & legitimi pretij quaſi in ſubſidium actio competat.

Inſtabis, verba noſtri articuli clara eſſe, quòd re, in qua læſio enormis contigit, hypothecatâ, vel alienatâ, parti læſæ actio diſiunctivè competat, id eſt, daß der Verkauffer von dem Kauffer begehren mag (ut inquit articulus) daß er jhm entweder (notetur particula diſiunctiva, entweder) den übrigen Kauff-Schilling erſtatte / oder (eſt altera diſiunctiva) da er ſolches nit thuen wolt / (ſupple, oder nit thuen kundt / quia tertius poſſeſſor rem ipſam, aut hypothecam legitimè acquiſitã dimittere non tenetur) das Guet wider ledig mache: Et hæc verba directa ſunt in perſonam venditoris, ſive partis læſæ, ſcilicet, daß ſie ſolches begehren mög / ergò præſupponitur articulus, parti læſæ veram actionem alternativam concedere, & proinde canoniſtarum opinionem approbare, quòd, ſive res exſtet, ſive perempta ſit, ſemper parti læſæ integrum ſit, jure actionis utrumque petere, ita ut etiam re ex caſu fortuito deficiente effectus actionis extendatur ad ſupplementum pretij. 9

Sed reſpondemus 2. hoc planè erroneum eſſe. Conſtat enim ex ijs, 10 quæ diximus ad *Art. 2. hujus Tit.*, quòd partis læſæ concluſio in actione ex *l. 2. C. de reſcind. vend.* ſibi competente fieri debeat, ut pronuncietur, ſe ultra dimidium juſti, & veri pretij læſam eſſe, quod ſi legitimè fuerit judicatum, non in ipſius partis læſæ, ſed in adverſarij electione eſt, an velit rem reſtituere, vel juſtum pretium ſupplere. Hanc igitur alternationem jure actionis rectè non petit, ſed, poſtquam pro ſe ſententiam obtinuit, poteſt utique judicis officium implorare, ut adverſarium ad declarationem adigat, quam etiam facere tenetur, & rei judicatæ ſatisfactionem præſtare.

Quòd autem verba diſiunctiva hujus articuli obligationem ad ſupplen- 11 dum juſtum pretium etiam in caſu, quo res ſine culpa poſſeſſoris perijt, eidem imponant, hoc mihi nemo perſuadebit: Quamvìs libenter admittam, quòd, ſi res adhuc exſtet, & illam adverſarius præſtare non poſſit, quia tertius jure ſuo acquiſito cedere renuit, teneatur ad id, quanti alterius intereſt: Et hinc eſt, quòd articulus noſter non quidem parti enormiter læſæ actionem alternativam concedat, ſed diſiunctivam implorationem officij judicis, ut adverſarius partis læſæ rem alienatam, vel obligatam reluat, aut liberet, vel, ſi id non poſſit, aut non velit, id, quod intereſt, præſtet, id eſt, juſtum & legitimum rei pretium ſuppleat.

Imò juxta *dict. 2. Artic.* pulchrè hoc in tantum extendimus, ut, ſi 12 res apud tertium ſingularem poſſeſſorem caſu fortuito perierit, talis reus ex remedio *l. 2.* conventus, & condemnatus adhuc habeat obligationem non quidem ad plenum ſupplementum juſti, & legitimi pretij, ſed in id, quod ex ſecundo contractu ad eum pervenit, ne cum alterius jactura locupletetur.

Exemplo res declarabitur: Ponamus igitur, quòd ego tibi vendide- 13 rim equum pro 36. fl. qui ſecundùm juſtam, & veram æſtimationem valet 80. fl. Ex hoc exemplo apparet, quòd ego læſus ſim ultra dimidium juſti valoris rei, & quòd ſupplementum pretij ſe extenderet ad 44. flor. Nunc ulteriùs ponamus, quòd tu meum equum intermedio tempore iterum

 alteri

alteri vendideris pro 50. fl. & post receptam pecuniam equus casu fortuito perierit. In hoc casu juxta superiùs, & paulò antè deducta, ego re perempta ad supplementum pretij nullam actionem habeo. Sed, cùm supponamus, te ex equo vendito non tantùm pretium primæ venditionis 36. fl. sed adhuc desuper 14. fl. ex secundæ venditionis pretio, & in effectu 50. fl. accepisse: Quatuordecim illi floreni apud te sunt sine causa, & ne cum damno meo locupleteris, etiam re perempta mihi adversùm te actio, non quidem pro pleno supplemento justi, & veri pretij, sed pro consequendis istis 14. fl., qui in locum rei successerunt, competit: Ita *Covar. Perez.* & *D. Rath. loc. cit.* insigniter argumentantur.

14 *D. Mynsingerus. cent. 2. observ. 42.* & *And. Gail. lib. 1. obs. 62. num. 16.* contra illa, quæ hactenùs diximus, nihil in contrarium faciunt: Tametsi enim dicant, quòd in Camera Imperiali Spirensi libellus ex *l. 2. C. de restind. vend.* recipiatur, licèt pro sola rei persecutione, & non alternativè conceptus sit, id tamen nihil obest; Nam hoc ultra concedimus, cùm ex opinione nostra res ipsa in obligatione, & supplementum pecuniæ tantùm in solutione sit. Debet igitur actio ad persequendam rem institui, interim tamen etiam non improbatur libellus, maximè post probatam, & judicatam læsionem enormem, si disjunctivè proponatur, ut scilicet reus, vel rem restituat, vel, quod in ejus electione est supplementum superaddat. Hoc autem D. Mynsing. & D. Gail. ibidem nullo modo dicunt, quòd reciprocè etiam sustineatur libellus, si enormiter læsus solum supplementum pretij petat, quia non petit, quod est in actione, sed in libera tantùm rei conventi electione, ad quam nulla actione compelli potest.

15 Dicimus igitur conclusivè, actionem ex *l. 2. C. de rescin. vend.* sive postmodùm actionem ex illo contractu nomines, in quo læsio contigit, sive condictionem ex lege, sive implorationem officij judicis, sive restitutionem in integrum, principaliter semper ad hoc tendere, ut provocans ad judicium pronuncietur, & judicetur ultra dimidium fuisse læsus, quâ sententiâ subsecutâ potest utique victor reum conventum per petitionem disjunctivam adigere, ut se declaret, an velit rem antiquo pretio recepto restituere, vel supplementum justi pretij facere; Re autem intermedio tempore casu fortuito, & sine culpa adversarij sublatâ extinguitur omnis actio, cùm supplementum pretij in alternativa separata obligatione esse nullo modo concedamus. Et ita debet D. Balthas. intelligi, nisi ipsum contraria dixisse inculpemus, quia, qui Pamphilum, aut Stychum debet, tametsi Pamphilus perierit, adhuc Stychum debet, quæ est vera natura alternativorum. At D. Balthas. ipse agnoscit, quòd re perempta ad supplementum pretij nulla ampliùs actio ex *dict. l. 2.* locum habeat, ergò supplementum pretij pro vera alternativa cum restitutione rei non agnoscit.

Der Sechste Articul.

Hat jemand sein Guet mehr dann einem verkaufft / aber noch keinem überantwortet / so ist er schuldig / solch Guet dem einzeantworten / deme ers am ersten verkaufft hat / vnd mag sich hierinn nit ledigen / da er gleich dem ersten allen Nachthail vnd Schaden abthun vnnd erstatten wolte. Da er aber das Guet dem andern Abkauffer allberait hätte ein- vnnd überantwortet / so gehet der vor / welchem das Guet zuvor eingeantwortet worden / vnnd nit der / welcher vor kaufft hat. Es wäre dann / daß der ander Kauffer wol gewüst hätte / oder von dem ersten Kauffer wäre gewarnet worden / daß solch

Guet dem ersten Kauffer allberait zuvor wäre verkaufft gewesen / In solchem Fall soll das Guet dem ersten Kauffer eingeantwortet werden / ob es gleich dem folgenden andern Kauffer allberait zuvor in sein Gewalt vnd Hand kommen. Deßgleichen so ein Kirch / oder ander Gottselig Orth zuvor kaufft hätte / so gebührt demselbem auch der Vorzug / vneracht das Guet allberait dem andern Kauffer / welcher später kaufft / wäre eingewortet worden.

SUMMARIA.

1. *An quis rem suam pluribus in solidum vendere possit?*
2. *Quid si rem venditam neutri adhuc tradiderit?*
3. *Quid si primo emptori interesse solvere velit?*
4. *Quid si rem pluribus vendiderit, sed tantum uni tradiderit?*
5. *Quid si secundus emptor, cui traditio facta est, sciverit, alteri rem jam prius venditam fuisse?*
6. *An hæ regulæ etiam locum in pijs causis habeant?*
7. *An in Ecclesiasticis personis idem obtineat?*
8. *An etiam locum habere possint in alijs contractibus, V. G. permutationis?*
9. *An in contractu locationis, & conductionis?*
10. *An in contractibus gratuitis?*
11. *Quid si contractus gratuitus concurrat cum oneroso contractu?*
12. *An dictæ regulæ etiam in contractibus pignoratitijs observari debeant?*
13. & 14. *Quando nudus emptor præferatur illi, cui traditio facta est? Casus singularis.*
15. *Quid in re à summo Principe vendita, & deinde alteri tradita judicandum sit?*
16. *Quid si prima venditio facta fuerit cum juramento?*
17. *Quid si uni cum juramento rem meam vendere promiserim, alteri autem actualiter, & sine juramento tradiderim?*
18. *An privilegium piarum causarum hac in parte etiam competat civitatibus, oppidis, aliisque magnis communitatibus?*
19. *An qualibet traditio emptionem posteriorem faciat præferri priori?*
20. *Quid si quis traditionem fecerit, qui non fuit Dominus rei?*
21. *Quid si appareat, cui res prius tradita fuerit?*
22. *An is, qui rem pluribus vendidit, punibilis sit, & quomodò?*

MAteria hujus articuli consistit in hoc, an quis rem suam mobilem, vel imobilem pluribus in solidum vendere possit, & quis ex emptoribus in re pluribus vendita potior sit? 1

Circa quæstionem an, nullum dubium subest, cùm nudis titulis rerum dominia non transferantur: Quamdiu enim rei meæ Dominus sum, tamdiu de illa disponendi facultatem habeo, *l. fructus rei. 72. ff. de R. J.* Non est igitur impedimentum, quòd eandem rem pluribus in solidum vendere, & eodem, vel diversis titulis alienare possim.

Statuuntur tamen hac in parte in præsenti articulo certæ regulæ, de quibus imprimis pro declarando textu agendum est. Sit igitur

Prima regula ex primis lineis hujus articuli, quòd, si quis rem suam pluribus, quàm uni vendiderit, sed neutri adhuc tradiderit, obligatus sit, traditionem illi facere, cui prima vice venditionem fecit: Hujus rei ratio est, quòd, cùm res duorum in solidum esse non possit, utique ille præferendus sit, qui in utriusque jure pari prior est. *C. qui prior de R. J. in 6.* Qui ergò emptionem, & venditionem semel legitimè celebravit, licèt jus in re non habeat, tamen habet jus ad rem, & actionem legitimam, quæ ipsi per alteram supervenientem venditionem ampliùs aufferri non potest. 2

3 Regula secunda est, quòd venditor ad servandum contractum primo emptori adeò obligatus sit, ut, si rei tradendæ potestatem habeat, contractum omninò consumare, & rem tradere debeat, tametsi paratus sit, primo emptori omne damnum, & interesse præstare, prout jam supra ad *Artic. 3. Tit. 6.* diximus, ubi istam famosam quæstionem, an venditor solvendo interesse se à contractu emptionis, & venditionis liberare possit, fusiùs explicavimus, cùm præcisa ratio traditionis venditioni semel perfectæ tanquam pars essentialis inhæreat.

4 Regula tertia est, si quis rem duobus, vel pluribus vendiderit, & uni tantùm fortè posteriori actualiter tradiderit, tunc ille ex emptoribus præferentiam habet, cui res à venditore actualiter tradita fuit. So gehet der vor/ welchem das Guet zuvor eingeantwort worden / vnd nit der welcher vor kaufft hat. Et convenit hac in parte cum jure nostro statutario. *l. quotiens. 15. C. de rei vindicatione.* Ubi dicitur: *Quotiens duobus in solidum prædium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem, &c.* Et ratio hujus rei est, quia priori emptori ex sola conventione solumodò datur actio personalis, posteriori autem ex traditione competit dominium, jus dominij autem potentius est, quàm jus personalis obligationis: Et hoc verum est, tametsi quis V. G. tribus vendiderit, & duobus tradiderit, nam ex his tribus emptoribus ipse prior, & potior est, qui primò traditionem accepit, tametsi ille fortè postremus sit; Nam dominio semel translato venditor illud secunda vice transferre ampliùs non potest, per regulam, quod quis non habet, in alium transferre ampliùs non potest. Et hinc dicit *dict. textus in l. quotiens. 15.* eum potiorem esse, cui priori prædium datum, sive cui traditio facta est. Concordat noster articulus in verbis, So gehet der vor / welchem das Guet zuvor eingeantwort worden / ergò, si duobus res fuit tradita, potior est jure, qui prior fuit in traditione; Quamvìs hoc raro contingat, cùm ille, qui rei traditionem primò accepit, eam tam facilè dimittendo in compromissum non inducet: Wirds den Hirschen nit auff die Hörner setzen / was er einmahl in seine Klauen bekommen.

5 Regula quarta est, si constet, quòd secundus emptor, cui traditio facta est, sciverit, cum alio priore legitimam, & solennem venditionem celebratam, & perfectam fuisse, vel ipse primus emptor pro superabundanti secundum admonuerit, ut ab ulteriori emptione abstineat, quòd tunc propter malam suam fidem privilegium præferentiæ amittat, ita quidem expresè statuit articulus noster: Sed an idem juris comunis sit, plurimùm subsistimus. Nam scientia posterioris emptoris utique efficere nequit, ne venditor rei suæ Dominus sit: Si ergò Dominus est, & manet, non obstante scientia posterioris emptoris, per traditionem dominium transfert in accipientem, quia mala fides accipientis nihil comune habet cum acquisitione dominij, nisi agatur de præscriptione, quæ utique bonam fidem requirit. Aliud autem est præscribere, & aliud dominium rei per traditionem à vero Domino acquirere. Imò sano sensu dici potest, posteriorem emptorem non esse in mala fide: Non enim sequitur: Scivit rem alteri priùs venditam, ergò fuit in mala fide: Optimo enim jure nego consequentiam. Nam similiter etiam scivit, eum ante traditionem priori emptori factam mansisse Dominum, & proinde jus habere, eandem rem per actualem traditionem ex simili, vel alio contractu ad transferendum dominium habili in se transferendi: Solùm igitur sibi vigilavit, quod de jure nemini prohibitum est, juxta *l. pupillus. 24. circa f. l. quia. 6. & l. qui sciendum. ff. qui in fraudem creditorum, &c.* Quamvìs fateamur, contrariam sententiam comuniori calculo receptam esse, ita ut *Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 2.* dicat, ab ea, nec in consulendo, nec judicando recedendum esse: Idque

que per rationem, quòd altera alienatio censeatur facta in fraudem creditorum. Diximus enim in hoc, & supra jam in *Art. 3. Tit. 6. & Artic. 1. Tit. 7.* quòd venditor præcisè teneatur ad rem tradendam, nec solvendo interesse liberetur. Videtur proinde venditor, qui rem priùs alteri venditam tertio ex post facto iterum vendit, & realiter tradit, animum habere, primum emptorem defraudandi, & ei viam ad præcisam rei traditionem præcludendi, quod malitijs hominum indulgendum non est. *l. 1. ff. de his quæ in fraudem credit. & l. 1. C. de revocat. eorũ, quæ in fraud. credit.* De quo paulò post, quamvìs hanc rationem non magni valoris esse existimet *D. Rath. in sæpè cit. dissert. Jurid. de differentijs, &c. assert. 61. sub litt. F. in fin.* Liberum igitur cuilibet relinquimus, an hanc dispositionem intra differentias juris cõmunis, & Bavarici nobiscum ponere, vel cõmuniori sen- *Diff.*
tentiæ tanquam æquiori inhærere velit.

Quintam regulam ponit articulus noster pro singulari limitatione in 6
Ecclesia emptrice, vel aliâ piâ causâ, V. G. Monasterio, hospitali, confraternitate, elymosinariâ, &c. Ratio est, quia ejusmodi causæ privilegiatæ ex solo titulo jus dominij nancisćuntur. Convenit hac in parte cum articulo nostro textus in *l. ut inter. 23. vers. sive itaque. C. de S. S. Eccles.* Ubi ex donatione, venditione, & alijs ejusmodi titulis onerosis, & gratuitis, Ecclesijs, & pijs causis duplex privilegium conceditur: Primum est, ut perpetuam, ut inquit textus, penè vindicationem habeant, tametsi traditio non accesserit: Secundum est, ut nulla in ejusmodi relictis contra Ecclesiam, vel pias causas, nisi centenaria præscriptio currat. Et hanc doctrinam quoad translationem dominij *Gabr. lib. 3. concluss. 2. n. 16.* in tantum extendit, ut, licèt aliàs privilegiatus contra æquè privilegiatum non utatur privilegio suo, *Barthol. & DD. in Auth. quas actiones. C. de SS. Ecclesijs.* tamen Ecclesia, cui res primò vendita est, præferatur alteri, cui secundò vendita fuit, & realiter tradita: Ratio est, quam paulò antè recitavimus, quòd prima Ecclesia per titulũ emptionis, & venditionis consecuta sit dominium rei, etiam sine traditione, ergò posteriori Ecclesiæ, cui traditio realiter facta est, præferenda, cùm in pari jure prior tempore potior sit. Cessat proinde procardicum illud, quòd privilegiatus non utatur privilegio suo contra æquè privilegiatum, cùm utriusque privilegium disparis conditionis sit, utpotè prius posteriori potius, res enim, quæ primæ Ecclesiæ justo titulo fuit acquisita, eò ipsò habetur pro tradita, ergò secundæ Ecclesiæ ampliùs tradi non potuit, cùm non possint duo ejusdem rei esse domini in solidum.
Quòd autem quidam hæc, quæ de Ecclesijs, & alijs pijs causis dicta sunt, 7
etiam ad personas Ecclesiasticas extendant, id videtur esse valdè absurdum, & impertinens. Vid. *Ant. Gabriel. lib. 3. concluss. 2. n. 34.* Nam quæ causa subesse possit, ut in contractibus personæ Ecclesiasticæ meliori jure utantur, quàm sæculares? Adhuc nobis inconvenientius esse videtur, quòd aliqui dispositionem *l. ut inter. 23. C. de SS. Ecclesijs.* in favorem Ecclesiarum, & piorum locorum passivè introductam, etiam activè interpretentur, & usque adeò ad ipsas etiam personas Ecclesiasticas extendant, dicendo, cùm in eis sit maximè reprobata variatio, & illusio. *C. quòd autem clem. de jure patronatùs*, quòd is, qui ab Ecclesia, vel Ecclesiastica persona priùs emit, præferatur secundo emptori, cui traditio facta fuit. Cui doctrinæ rectissimè contradicit *Covar. lib. 2. var. resol. cap. 19. n. 4.* Non enim licet nobis, dispositionem juris passivam ad activam, & à causis Ecclesiasticis ad personas Ecclesiasticas extendere. Et hæc sunt contenta articuli nostri, ex dictis tamen aliquæ quæstiunculæ exsurgunt pro intellectu hujus constitutionis summoperè necessariæ.

Prima quæstio est, an hæc dispositio solum locum habeat in contractu 8
emptionis, & venditionis, vel etiam in alijs contractibus? Ratio dubitandi

di est, quia non tantùm articulus noster de sola emptione, & venditione loquitur, sed etiam textus in *dict. l. quotiens. 15. C. de rei vindicatione*, in materia sola emptionis, & venditionis usque ad *f.* occupatur. Sed, cùm ratio *l. quotiens. 15. C. de rei vindicatione*, etiam in alijs contractibus bonæ fidei locum habeat, eandem juris dispositionem locum habere, nemo sanæ mentis inficiari potest. Si ergò cum equo meo generoso eâdem vice, & simultaneè, vel successivè pro alijs equis comutationem feci, is ex duobus permutatoribus potior erit, cum quo reciprocè equorum extraditio facta est, quia semper manet ratio juris, quòd per traditionem dominium, & proinde pinguius jus transferatur in possessorem, quàm in alterum, sive fuerit prior, sive posterior contrahens nudo titulo permutationis.

9 Quæritur secundò, an idem etiam locum habeat in contractu locationis, & conductionis? Ratio dubitandi est, quia in actione locationis, & conductionis nulla habetur ratio dominij, cùm dominium semper maneat apud locatorem, paulò autem antè diximus, quòd, si emptio, & venditio consistat in solis terminis contractûs, nulla accedente rei traditione, primus emptor semper posteriori præferendus sit, ergò simpliciter dicendum est, quòd in locatione, & conductione semper primus conductor posteriore potior sit, utpote cùm nullum jus dominij ad ipsum transferatur, sive transferri possit, eò quòd translatio dominij sit contra naturam locationis, & conductionis. Verùm his non obstantibus, *Gomez. tom. 2. cap. 2. num. 20. Vers. secundò principaliter extende.* contrarium sustinet, & subtiliter probat, sic argumentando: Aut ipse locator agit contra conductorem: Et nullo modo potest, cùm teneatur actione locati ad observationem contractûs, & reus conventus à fortiori possit ei opponere exceptionē, ut contractum impleat, non ut eum dissolvat, quæ est omnium actionum bonæ fidei principalis conclusio. Aut verò primus conductor agit contra secundum: Et nulla potest ei competere actio, per rationem, quia tam primus, quàm secundus conductor nullam aliam, quàm personalem actionem habent, nulla autem personalis actio datur adversùs tertium singularem contradictorē, tametsi unus, aut alter ex conductoribus sit detentor rei, quia detentio ad immutandam naturam contractûs neutri parti videtur aliquid superaddere, aut demere, aut actionem personalem magìs stabilire, aut infirmare. Uno verbo Gomez: dicere vult, quando quis ex pluribus conductoribus constitutis possessionem, vel detentionem rei locatæ consecutus est, nulla datur contra eum legitima actio, neque ipsi locatori, neque priori conductori: Non locatori, quia actio locati tanquam actio bonæ fidei institui debet ad contractum implendum, non ad dissolvendum: Non conductori antiquiori, sive priori, quia secundus conductor cum primo nihil contraxit, & quia non nisi actionem personalem adversùs locatorem habet, quæ contra possessorem rei locatæ non competit, meritò secundus conductor jure retentionis gaudet, cùm nec ab ipso locatore, nec ab antiquiori conductore jure expelli possit: Prout pulchrè hanc sententiam defendit *Covar. tom. 2. var. resol. lib. 2. cap. 19. n. 8.* Ubi addit, quòd conductor, qui detentionem rei locatæ consecutus est, adeò juri retentionis inniti possit, ut ex detentione sua dejectus, sive spoliatus restitutionem in integrum petere possit. Causat igitur hanc secundi conductoris præferentiam non jus dominij, quod, ut diximus, notoriè in contractu locationis non transfertur, sed rei insistentia, & detentio. Nec obstat textus in *l. 26. ff. locati*, quia *Gomez. loc. cit.* respondet, quòd ille tantùm procedat, quando locator nulli ex conductoribus rem tradiderat; Quia, sicut supra diximus, quando res duobus est vendita, & neutri tradita, quòd prior emptor emptori posteriori præferendus sit, ita etiam primus locator præferendus est secundo, quando neutri res locata suo modo tradita fuit. Deinde text: in *dict. l. 26.*

non

non loquitur de re conducta, ſed de operis locatis, cùm igitur nemo duobus ſimul operari poſſit, rectè decidit *d. l.* quòd operæ præſtandæ ſint illi, cui fuerunt priùs promiſſæ, quod ad locationem, & conductionem prædialem extendi non poteſt.

Quæritur tertiò, an regula *legis quotiens. 15. C. de rei vindic.* etiam in 10
contractibus gratuitis locum habeat, V. G. in donatione? Et reſpondet Gomez, quòd ille donatarius ſemper præferatur, cui res donata priùs tradita eſt, textus in *dict. l. quotiens. ad f.* clarus eſt, cùm etſi, inquiunt Imperatores, ex cauſa donationis utrique dominium rei vindicetis: Eum, cui priori poſſeſſio ſoli tradita eſt, haberi potiorem conveniat. Quod difficultate caret, ſed

Quarta, & gravior quæſtio eſt, quid ſi contractus oneroſus, & gratui- 11
tus concurrant, & contractui gratuito traditio accedat, V. G. poſtquàm ego tibi vendidi equum meum generoſum, poſteà eundem Titio dono concedam, & actualiter tradam, quis ex his duobus emptor, vel donatarius potior ſit? Hac in parte DD. iterum in diverſas ſententias abeunt. *D. Rath in ſæpè cit. diſſert. de different. juris, &c. aſſert. 62.* rectè dicit, donatarium, cui traditio facta eſt, potiorem fore emptore, qui nudo titulo nititur, ex eadem ratione, quòd per traditionem dominium conſecutus fuerit; Jus dominij autem nudo titulo fortius ſit. Econtra alij volunt, quòd, ſi venditor primò vendidit rem uni, & poſteà titulo donationis eandem rem alteri conceſſit, & tradidit, primus emptor poſſit agere revocatoriâ contra donatariũ, ex ea ratione, quòd venditor videatur alienâſſe in fraudem, tametſi poſſeſſor donatarius non participaverit de fraude. *Gomez. loc. cit. tom. 2. cap. 20. Verſ: ex quo deducitur, &c.* Sola enim cauſa, quòd poſſeſſor poſterior agat de lucro captando, alter verò de damno vitando, ſive, quod idem eſt, quia poſſeſſor donatarius habet cauſam lucrativam, emptor verò cauſam oneroſam, fraudem in alienante ſubeſſe, videtur præſupponere. Quænam autem ex iſtis duabus opinionibus articulo noſtro conformior ſit, meritò *D. Rath. loc. cit.* ſubſiſtit, & in poſteriorem ſententiam tanquam mitiorem inclinat; Cujus rei duplicem rationem adducit. Prima eſt ex *dicta l. quoties. 15. C. de rei vindic.* Ubi donatario, cui res tradita eſt, tantùm tunc præferentia conceditur, quando concurrit cum alio donatario nudo titulo donationis ſubnixo, quaſi jura noluerint, ut concurrens cum alio cauſam oneroſam habente, potior ſit, uti ſupra in ſimili diximus de eo, qui ex pacto retrovenditionis agit contra tertium poſſeſſorem ſingularem titulo precario donationis, vel ſimili munitum: Tametſi ſimul etiam traditionẽ, & dominium rei pacto retrovenditionis affectæ acceperit. Altera ratio eſt, quòd articulus noſter ſecundum emptorem, qui traditionem accepit, à diſpoſitione *l. 15.* & hujus articuli claris verbis expreſsè excludat, ſi ſciverit, rem alteri priùs fuiſſe venditam. Ex quo inferunt, cùm ſecundus emptor fraudis conſcius non gaudeat privilegio *dict. l. quotiens.* quòd nec gaudere debeat donatarius, cui poſteà primùm res conceſſa, & tradita fuit, eò quòd præſumatur fraudis conſcius eſſe, & proinde rem Paulianâ tanquam in fraudem emptoris alienatam, cui venditor præcisè ad tradendum obligatus fuit, revocare poſſit. Sed ad initium hujus articuli jam diximus, quòd ea, quæ de actione Pauliana, & revocatoria dicuntur, magnam difficultatem habeant, cùm Pauliana non detur, niſi priùs facta diligenti excuſſione compertum fuerit, bona debitoris non eſſe ſolvendo, per rationem, quia ad hoc, ut emptor tanquam creditor poſſit agere revocatoriâ, requiritur, ipſum eſſe defraudatum, & damnificatum, DD. ad §. *6. Inſt. de actionibus.* Si ergò donator præſupponitur adhuc ſolvendo eſſe, ita ut primo emptori omne intereſſe præſtare poſſit, quomodò ex prætoris beneficio eidem contra donatarium revocatoria accomodabitur? Nec certè ſatisfacit *D. Gomez. loc. cit.*

ubi distinguit, quòd in actione Pauliana excussio tantùm tunc requiratur, quando agitur de debito in genere, & in quantitate; Secus esse, si debitum consistat in specie certa, & determinata: Nam respondemus, postquàm donatarius per traditionem rem actualiter accepit, illa desinit in specie, & determinatè deberi primo emptori, prout ipse *Gomez. loc. cit. Vers. 5. principaliter, &c.* notabiliter deducit, quòd imò primus emptor, vel donatarius, tametsi sit creditor rei certæ, & determinatæ, non possit tamen impedire, quin venditor, aut donator secundo emptori, vel donatorio rem actualiter tradat, modò solvendo exsistat, & primo emptori, vel donatario id, quod illius interest, solvere, & præstare possit. Nihil igitur hæc distinctio videtur ad rem facere. Deinde ipse Gomez: hanc suam distinctionem tantùm tunc admittit, quando constat de utriusque partis, id est, donatarij, & donatoris fraude, & collusione ad priorem emptorem decipiendum: Nam, sicuti articulus noster secundo emptori, cui traditio facta est, præ primo emptore nullam præferentiam concedit, quando primæ venditionis scientiam habuit, ita multò minùs concedet donatario, cui traditio facta est, præferentiam præ priore emptore, quando factæ venditionis, & consequenter fraudulentæ collusionis conscius fuit: De quo casu nos non loquimur; Sed ponimus, Titium uni priùs equum suum generosum vendidisse, sed postmodùm alteri primæ venditionis ignaro ex bono affectu donasse, & actualiter tradidisse. Certè hunc ex ratione juris, si venditor solvendo sit, & emptori justum interesse præstare possit, emptore potiorem esse etiam de jure nostro statutario nullo modo ambigimus; Cuilibet tamen relicto judicio, cùm & ipse clarissimus Dominus Rath multùm hæsitet, & vacillet, in quam partem statuta nostra interpretetur.

12 Quæritur quintò, an regula *l. 15. C. de rei vindicat.* etiam locum habeat in contractibus pignoratitijs, V. G. si quis rem suam duobus, vel pluribus diversis temporibus obligavit, vel hypothecavit, an ille, cui priùs facta est traditio, reliquis potior sit? Et respondet *Martianus in l. creditor. 12. §. si priori. 10. ff. qui pot. in pignor. &c. Si priori hypotheca obligata sit, nihil verò de venditione convenerit, posterior verò de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse: Nam & in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licèt posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem.* Convenit jus nostrum statutarium in *Tit. 16. Artic. 3. & 4.* der Land-Recht. Ubi is, qui antiquiorem hypothecariam obligationem habet, præfertur illi, qui pignus, vel ab ipso debitore, vel à judice pro credito suo realiter, & ad manus accepit, ut ibidem videbimus, cujus rei ratio est, quia in pignoratitio contractu solo titulo, & conventione transfertur jus hypothecæ sine aliqua reali traditione, ut priùs de Ecclesijs, & pijs causis in translatione dominij diximus. *l. 1. ff. de pignorat. act. l. contrahitur. ff. de pignoribus. l. si tibi decem. §. de pignore. ff. de pactis, & alijs locis. Gomez. loc. cit. n. 20. vers. 2.*

13 Et hinc cautela traditur, ut is, qui rem primò emit, sibi pro servando contractu in re empta hypothecam constituat, quæ impedit, ut venditor eam adhuc semel alienans, & traditionem faciens primo emptori præjudicare non possit. Quod nos in conducendis ædibus aliquando feliciter practicavimus, cùm enim locator homo mutabilis mihi suspectus esset, quòd locationem in decem annos factam, vel non religiosè observaturus, vel ædes prorsùs alienaturus sit, in instrumento locationis decennalis mihi de hypotheca ædium vigilavi, ita ut novus dominus ædium à me ad ædes non admitteretur, donec mihi omnem, quam petij, satisfactionem præstiterit. Videatur de hac cautela *Ant. Gabr. de empt. & vend. lib. 3. conclus. 2. n. 29. 35. 36. & 37.* Ubi hanc opinionem in tantum extendit, ut specialis hypothecatio rei venditæ non requiratur, sed sufficiat generalis, cùm etiam generalis hypotheca omnia venditoris bona in specie afficiat. Vid. *Tyraquell. de re-*

de retract. convent. §. 3. *gloss.* 1. *n.* 4. Prout similiter, si quis uni vendidit rem, & eidem solenniter promisit, rem alteri non vendere, nec aliàs alienare, & pro observatione promissi, vel rem venditam, vel omnia sua bona obligat, primus emptor posteriori præfertur, cui cum violatione promissi res eadem quoque vendita, & actualiter tradita fuit, quod in effectu cum priùs dictis coincidit. *Gomez. loc. cit. vers. quarto principaliter limita.* Similem casum, ubi dominium rei ex solo contractu, sine traditione transfertur in alium, ponunt DD. in re à summo principe vendita, donata, vel alio titulo in tertium translata, ut scilicet primus cum titulo potior sit, quamvìs alius quicunque, & quocunque titulo posteà à principe traditionem acceperit, maximè, ut Covar: egregiè decidit, si de principis intentione constet, quòd nudo titulo dominium rei in alterum transferre voluerit. Sed sæpè rem per machinationes, & quæstus aliorum eò devenisse vidimus, ut prioribus gratiosis decretis principalibus oblivioni datis, posterior priori in certamine equestri, auff dem Renn-Platz / bravium præriperet: Videatur etiam de hac quæst: *Anton. Faber in Cod. suo ad hunc tit. def.* 11. quæ utinam in alienatione rerum Domanialium, & patrimonialium hodierno tempore non ita passim, & publicè cum scandulo, & manifesta nullitate negligerentur. 14 15

Quæritur sextò: Quid si prima venditio, vel donatio facta fuerit cum juramento, altera verò simpliciter, & sine juramento, attamen accedente traditione, quæ ex his potior sit? Et respondet *Gomez. dict. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 20. *vers. septimo, &c.* quòd ipse præferatur, cui facta est traditio, non obstante juramento; Quia, licèt juramentum interpositum in contractu præcisè obliget jurantem ad factum, tamen illud solùm verum est, & procedit, quando jurans habet facultatem faciendi: Secùs verò si rem alienavit, & alteri tradidit, quia ille, in quem facta est traditio, tanquam dominium, & jus fortius habens meritò præfertur, quia venditor, vel donator non obstante juramento remanet dominus rei, & proinde dominium illius in alium alienare, & transferre potuit, consentit *Gabr. de empt. & vend. lib.* 3. *conclus.* 2. *n.* 3. Imò *Covar. tom.* 1. *de sponsal. part.* 1. *cap.* 5. *n.* 9. & 10. hanc opinionem in tantum extendit, quòd, si quis vendat rem duobus, ac secundo emptori eam tradat, res efficiatur secundi emptoris, nec possit ab adversario aufferri prætextu primæ venditionis etiam juratæ. Ubi mox addit, idem dicendum esse, quando primo emptori tantùm promisit cum juramento vendere, & tamen postmodùm vendidit secundo, sed non tradidit: Hæc enim secunda venditio tenet, & ex ea compelli potest ad tradendam rem emptori, non cui fecit solummodò pactum juratum de vendendo. Quod approbat *Gabr. dict. conclus.* 2. *n.* 4. Ubi dicit, si uni facta sit promissio jurata de vendendo, & alteri sit facta venditio effectualis sine juramento, ille obtineat, cui res est effectualiter tradita. Ratio hujus rei clara est, quia secundus emptor post traditionem nititur dominio, quod, ut sæpiùs dictum, fortius est nudo titulo, nec venditoris, aut donatoris juramentum ipsius jus infirmare potest: Quamvìs is fortè de periurio, & quanti alterius interest, teneatur. 16 17

Quæritur septimò, an privilegium piarum caussarum hac in parte etiam competat civitatibus? Ratio dubitandi est, quia articulus noster præcisè tantùm de Ecclesia, aut alio loco religioso loquitur: Wann ein Kirch oder ander Gottselig Orth zuvor kaufft hätte / so gebührt demselben auch der Vorgang / unerachtt das Guet allberait dem anderen Kauffer / welcher später kaufft / wäre eingeantwort worden / ut proindè expressa inclusio unius sit tacita quasi exclusio alterius. Sed, cùm hoc privilegium perpetuæ vindicationis ex nudo titulo competentis non tantùm locis religiosis, & pijs caussis, sed e- 18

tiam civitatibus in *dict. l. ut inter. 23. C. de SS. Ecclesijs.* per expressum tribuatur, omninò putamus, articulum nostrum ex *dict. l. 23.* supplendum esse, prout *Covar. dict. lib. 2. cap. 19. n. 2.* & *Ludovic. Molin. disput. 369. n. 7.* hoc privilegium signanter etiam civitatibus accomodant. Quod nos eò magis facere possumus, cùm alias in jure nostro statutario civitates pupillis, & minorennibus, item Ecclesijs, hospitalijs, & alijs pijs locis, & causis æquiparentur, ut videre est *Artic. 8. & Artic. 15. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Imò vix hæsitarem, prædictum privilegium etiam ad probatas communitates extendere, quamvis in *l. 23. C. de SS. Ecclesijs.* de comunitatibus nulla mentio fiat, cùm in prædictis duobus Artic: deß Gandt-Proceß / approbatæ comunitates civitatibus, & oppidis, den Stätt vnd Märckten / omninò parificentur.

19 Quæritur octavò, cùm traditio multis modis fieri possit, principaliter verò duobus, id est, per realem, & actualem apprehensionem, vel per fictam, id est, per titulum constituti, &c. an quælibet traditio sufficiens sit ad alterum excludendum, qui nudo titulo nititur, vel an saltem realis traditio, & apprehensio præferatur traditioni fictæ per titulum constituti? Et respondetur, quòd semper præferatur, cui primò facta fuit traditio, sive per actum verum, sivè per actum fictum. Ratio est, quia jus, possessio, traditio, vel effectus, qui resultat ex acto ficto, dicitur esse verus, & æquè perfectus, ac qui resultat ex actu vero, & naturali. *l. certè. §. 1. ff. de precario. Gomez. var. resolut. tom. 2. n. 20. verf: quartò principaliter extende.* Vid. *Balthas. ad h. tit. 7. resol. 6. n. 5.* Ubi pluribus deducit, quando per constitutum utraque possessio tam naturalis, quàm civilis, vel alterutra tantùm, civilis, aut naturalis sola transferatur, & cujus effectus singulæ sint, de quo alibi sermo redibit. Vid. interim *Ludovic. Mol. disput. 13. per totum.*

20 Quæritur nonò, si venditor ipse non sit Dominus, ita ut per traditionem dominium transferre, & causam secundi emptoris fortiorem facere non possit, an nihilominùs secundus emptor à non Domino rem accipiendo nudo primo emptore potior erit? Et respondet *Gomez.* quòd hæc regula. *l. 15. C. de rei vindicatione.* etiam procedat, & locum habeat in quasi dominio, & Publiciana, ita, ut si bonæ fidei possessor rem alienam tradiderit, vel donaverit duobus, vel pluribus, ille præferatur in quasi dominio, & Publicianâ, cui priùs res tradita fuerit. *l. sive autem. §. si duobus. ff. de public. & l. si ea res. §. fin. ff. de act. empti. Gomez. loc. cit. verf: tertiò principaliter.*

21 Quæritur denique ultimò, quid dicendum sit in casu dubio, si de facta traditione non constet, vel quando uterque probat traditionem sibi factam, sed non constat de prioritate, vel posterioritate, quis in hoc casu alteri præferendus erit? Et respondet *Gomez. loc. cit. verf. tertiò principaliter,* quòd tunc res præsumatur priùs tradita primo emptori tanquam justiorem titulum habenti. Tametsi secundus emptor in possessione esset, quia probata traditione primo emptori facta secundus emptor censetur esse in injusta possessione, & proinde primo emptori cedere debet, nisi manifestè doceat, se possessionẽ, & traditionem ante primum emptorem accepisse. *D. Balthas. loc. cit. n. 6.*

22 Cæterùm is, qui rem duobus, vel pluribus vendit, non debet relinqui impunitus, cùm crimen falsi comittat. *l. qui duobus. ff. ad l. Cornel. de fals.* Quomodò autem puniendus sit, Vid. *Damhaud. in prax. criminal. cap. 120. n. 1. & 2. Julius Clarus. §. falsum. n. 29.*

Deß

Deß VIII. Tituls

Von Gewehrschafft.

Erster Articul.

WEr dem andern sein Guet zekauffen gibt / der ist jhme vmb dasselb / vnnd dessen Zugehörungen vnnd Eingaben Gewehrschafft schuldig / als lang biß der Kauffer Nutz vnd Gewehr / krafft nechstfolgenden Tituln / ersessen hat / Darzue dann der Richter den Verkauffer halten soll / ob es gleich mit sonderen Worten in dem Kauff nicht außgedingt / oder verhaissen wäre ; Wo auch der Kauffer in vorberührter Zeit / solcher Gewehrschafft halben ainichen Schaden empfieng / den soll jhm der Verkauffer gäntzlich abthuen.

SUMMARIA.

1. *Quid sit evictio, & quando venditor ad eam teneatur?*
2. *An etiam hæres venditoris ad evictionem teneatur?*
3. *An etiam rei pertinentiæ veniant in evictionem?*
4. *Quid si omninò nihil de evictione convenerit?*
5. *Quæ, aut qualis actio pro evictione detur?*
6. 7. & 8. *An, & quamdiu emptor de evictione cautionem à venditore petere possit, tametsi in primo tractatu de ea nihil conventum fuerit?*
9. *Ad quid detur hæc actio?*
10. *An ultra pretium etiam detur ad interesse?*
11. & 12. *Quæ hac in parte distinctio observanda sit?*

HAbuimus hactenùs tres modos principales dissolvendæ emptionis, & 1
venditionis, nempè per redhibitionem, per pactum retrovenditionis, sive reluitionis, & per remedium *l. 2. C. de rescind. vend.* propter læsionem ultra dimidium justi pretij. Nunc sequitur quartus per evictionem, sæpissimè enim contingit, ut sub specie, & velamine rei propriæ vendatur res aliena, quæ venditio ipso jure prohibita non est. *l. rem alienam. ff. de contrah. empt.* cùm ad substantiam emptionis, & venditionis non requiratur, ut dominium transferatur, sed tantùm ut rei traditio fiat. *l. si ita. §. 1. ff. de contrah. empt. l. à divo. ff. de re judicata*; Interim verò justum non sit, ut Dominus re suâ careat, sed eidem, rei suæ à tertio alienatæ persecutio, & vindicatio competat, quâ dissolvatur illicita venditio, rectè hoc remedium evictionis in favorem innocentis emptoris inventum est, quo contra venditorem indemnis servetur. Materia hæc est satis subtilis, & diffusa, nos singulos articulos explicabimus priùs ad litteram, ad finem verò tituli quas- 2
dam quæstiones annectemus, quæ pro meliori dilucitatione videbuntur esse necessariæ. Ponit igitur articulus noster primo hanc regulam, quòd ille, qui rem suam alteri vendit, eidem de evictione obligatus sit in casum, quo res ab emptore evincitur. *l. 1.* & quasi per totũ tit. *ff. & C. de evictionibus. C. fin. extra de empt. & vend.* Evicta autem tunc censetur res, si ita amittatur per judicem, ut eam emptori habere non liceat, & spes habendi abscissa sit. *l. 34. §. 1. & l. sequenti. ff. de evictionibus.* Venditor enim tenetur, emptori rei venditæ possessionem tradere, non videtur autem res tradi-

ta, si eam alius avocet, atque evincat. *l. 4. & l. 11. ff. de actione empti.*
2 Et hoc, quod modò de venditore diximus, etiam locum habet in ejus hærede, & successore. *l. emptor. 8. & l. si status. 18. C de evictionibus.* in quocunque gradu constituto, *l. cùm successores. 23. C. eodem.* Ibi: auctoris hæredibus, quocunque gradu constitutis adsistere denuntia: Et ratio est clara, cùm in omnibus contractibus hæredes in auctoris locum succedant.

3 Ponitur regula secunda, quòd venditor non tantùm teneatur de evictione ipsius rei emptori judicialiter ablatæ, sed etiam pertinentiarum, accessionum, & additamentorum, der Zukehrungen vnd Eingaben: Ratio per se clara est, quia sunt pars rei venditæ: Tenetur igitur venditor de evictione totius, & sic etiam de evictione partis.

4 Ponitur regula tertia, quòd venditor de evictione obligatus sit, tametsi nihil super evictione conventum fuerit, juxta expressa verba nostri articuli, ut judex venditorem ad evictionem adigere possit, etiamsi specialibus verbis in instrumento venditionis nihil pactum, aut promissum fuerit. Ratio est, quia evictio contractui emptionis, & venditionis ipso jure, & ex natura contractûs inest, textus expressus in *l. 6. C. de evict. Non dubitatur*, inquit textus, *etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re e-*
5 *victa ex empto competere actionem.* Ubi notetur verbum, *ex empto*, competit enim emptori re evicta actio empti ad se indemnem servandum, sive evictio promissa fuerit, sive non: Licèt enim de jure comuni pro evictione dentur etiam aliæ actiones simplæ, vel duplæ stipulationis, hæ tamen apud nos in usu non sunt, sed plerumque in instrumentis obligatorijs promittitur tantùm usualis in Provincia evictio, die Lands-gebräuchige Gewehrschafft / pro qua actio empti instituitur. Si quis tamen à venditore exigere velit,
6 ut sibi de evictione caveat, licèt in venditione nulla ejusmodi cautionis facta fuerit mentio, quocunque tempore emptori liberum erit, venditorem actione ex empto instituta ad hanc cautionem adigere. *l. ex empto. §. & ex empto. ff. de actione empti. l. si duo. §. si quis juraverit. ff. de jurejurando. Berlich. lib. 1. conclus. 24. n. 4. Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 5. n. 2. & 3.* Modò petita cautio consistat in nuda repromissione, & non in satisdatione per fidejussores, & pignora; Nam ad hanc ex natura contractûs venditor compelli nequit. Idem *Pistor. loc. cit. n. 4.* & *Berlich. loc. cit. n. 5.*

7 Ponitur regula quarta, quòd venditor tamdiu de evictione obligatus sit, donec emptor rem sibi venditam legitimè præscripserit, biß der Kauffer Nutz vnd Gewehr ersessen. De quo dicemus in *Tit. seq.* ubi *Art. 1.* expresè statuitur, quòd post præscriptionem legitimè completam emptor ampliùs inquietari non possit, sed, si quis veniat, qui ejusmodi rem legitimè præscriptam tanquam alienam, & suam repetat, is solum venditorem convenire debet, nec judex potest emptori necessitatem respondendi imponere. Finitur ergò actio competens emptori contra venditorem ad præstandam evictionem post completam præscriptionem legitimam, per rationem, quia emptori dominium præscriptione est acquisitum, quo contra tertium rem suam vindicare volentem sufficienter tutus est, & consequenter nulla ampliùs actione ad ulteriorem indemnitatem contra venditorem opus habet.
8 Hoc autem, quod in articulo nostro disponitur, obligationem de evictione duntaxat eò usque durare, donec emptor rem sibi venditam præscribat, sic accipiendum est, ut non sufficiat, emptorem usucapione dominium acquisivisse, nisi simul etiam juri pignoris præscripserit: Nam, si res mobilis vendita alteri fuerit oppignorata, actio de evictione non tollitur, tametsi emptor rem mobilem sibi venditam spatio triennij usuceperit, sed necessarium est, ut etiam juri pignoris quinquennio inter præsentes, vel decennio inter absentes præscripserit, ut jura nostra *Tit. 9. Art. 6.* requirunt. *D. Rath. in dissert. jurid. de potiss. juris differ. &c. assert. 64.*

Poni-

Ponitur quinta regula, quòd actio ex empto ad præstandam evictio- 9
nem adversùs venditorem non solùm detur pro refusione pretij, sed etiam ad resarciendum omne damnum, quod emptor occasione ejusmodi venditionis passus est. Convenit hac in parte articulus noster cum jure comuni in *l. si controversia. 9. & l. si tibi. 25. C. de evict.* Ubi dicitur, qu d em- 10
ptor præter rei pretium etiam consequatur quanti suâ interest, rem evictam non fuisse. Et in *l. 17. eodem:* Ubi dicitur, quòd præses Provinciæ in damnis, quæ te toleràsse meministi, medelam juris adhibere debeat. Sed quid de sumptibus ab emptore medio tempore in rem venditam impensis dicendum est? Et respondet *gloss. ad dict. l. si controversia. 9.* in eo, quod interest, contineri etiam sumptus. Pulchram tamen distinctionem adhibet *Ant.* 11
Perez. ad h. tit. n. 10. Ubi distinguit, an emptor sumptus in rem emptam factos recipere potuerit ab ipso evincente, ita ut sumptus restituere nolentem exceptione doli mali submovere potuisset, aut eos ab evincente consequi non potuerit, quia fortè rem non possedit. Priori casu sibi debet imputare, si doli mali exceptione omissâ sumptus ab evincente non exegit, cùm ejus culpa venditori non debeat esse nociva, in posteriori verò casu à venditore sumptus consequitur. *Garsias. de expensis. cap. 7. n. 14.* Et continetur hæc distinctio clarè in *l. idque. 45. §. illud primò. ff. de act. empt.* Ubi etiam hic casus additur, quòd, tametsi emptori, qui doli mali exceptio- 12
nem contra rem suam vendicantem pro repetendis sumptibus omisit, contra venditorem actio non competat, id tamen locum non habeat, si venditor ipse in dolo fuerit, & rem alienam scienter vendiderit. Licèt enim emptor non opponendo exceptionem doli, culpam commiserit, venditoris tamen dolus præponderat, ita ut nihilominùs ab eo sumptus recuperet:

Der Andere Articul.

In welchem Gericht das erkauffte Guet ligt / in demselben soll auch der Verkauffer die Gewehrschafft thun vnnd vollführen. Es wurde dann die Gewehrschafft vmb fahrende Haab begehrt / So soll der Verkauffer vor seiner Obrigkeit beklagt werden / Er hätte dann die Gewehrschafft an dem Orth / wo er verkaufft / zethuen versprochen / vnd wurde an demselben Orth betretten / so mag der Kauffer jhn auch an demselben Orth beklagen.

SUMMARIA.

1. *Ubi hæc actio de evictione instituenda sit?*
2. *Quid si agatur de re immobili?*
3. *Quare in loco rei sitæ?*
4. *Quid si agatur de re mobili?*
5. *Quare in mobilibus aliud statutum sit.*
6. *Quid requiratur, ut venditor etiam in loco contractûs de evictione conveniri possit?*
7. *An istis requisitis existentibus actio de evictione debeat institui in loco contractûs?*

Quòd emptori re judicialiter evicta adversùs venditorem detur actio em- 1
pti de evictione, sive ob evictionem, diximus in *præced. Art.* & probat textus in *l. si in vendit. 60. ff. de evictionibus, & passim alibi.* quæ, cùm actio personalis sit, utique de jure comuni, quemadmodùm aliæ personales actiones ex contractibus competentes, vel in loco domicilij, vel in loco contractûs initi instituenda est. *D. Rath in sæpè cit. ass. Jurid. assert. 65.* Verùm articulus noster differentiam facit à jure comuni, disponendo cum distinctione, an res, de *Diff.*
cujus evictione agitur, imobilis sit, vel mobilis 5. Si immobilis est, actio empti

2 empti de evictione debet institui in loco Judicij, ubi res sita est, quod videtur esse contra rationem juris, ut scilicet venditor sequi debeat forum emptoris tanquam actoris, ubi rem litigiosam possidet.

3 Sed hujus rei fortè ratio est, ne dividatur continentia causæ, tertius enim, qui emptori rem litigiosam facit, & eam ut suam, & propriam vendicat, utique obligatus est, actionem rei vindicatoriam, sive publicianam tanquam realem in eo loco instituere, ubi res litigiosa sita est. *l. Imperatores. ff. de publiciana. & l. actionum. 24. ff. de oblig. & act. l. quod legatur. 38. in f. ff. de Judicijs.* Cùm igitur, ut ad *Art. 4.* audiemus, emptor teneatur venditori litem denunciare, ad effectum, ut contra eum possit habere regressum de evictione. *l. 1. l. si quis. 2. C. ubi in rem actio exerc. Auth: qua in provincia. C. ubi de crimine agi oportet.* & venditor in tempore ad defendendum emptorem, & assistendum liti venire possit, consultum visum fuit legislatori, ut ibi quoque actio empti de evictione ex continentia causæ tractari, & terminari possit, ubi principalis actio de dominio, vel quasi agitata fuit.

4 Si autem res mobilis evincatur, actio ex empto de evictione contra venditorem instituenda est in loco domicilij: Nisi venditor promiserit, se evictionem ibi præstiturum, ubi venditio facta fuit, tunc enim, si emptor eum in loco contractûs deprehendat, potestatem habet, ibidem illum conveniendi, & indemnitatem petendi. Quare autem aliud in rebus mobilibus, quàm in rebus imobilibus, quæ evictioni subjacent, statutum sit, vix apparet ratio diversitatis: Si enim ad aliqualem continentiam causæ respectum habitum fuisse dicamus, potuit ille respectus etiam in mobilibus in considerationem venire, nam, qui mobilia vindicat, æquè tenetur sequi emptorem ad illud judicium, in cujus districtu emptor litigiosa mobilia possidet, ergò æqualiter potuisset statui, ut venditor etiam in loco, ubi mobilia sita

5 sunt, actione ex empto de evictione conveniretur. Nobis hujus diversitatis ratio hæc esse videtur, quòd antiqua Jura nostra Bavarica in Reformat: de Anno 1588. jam hanc constitutionem fecerint, ut quis in illo loco evictionis processum subire debeat, in quo vindicatio boni fuit instituta: Cùm autem hoc Legislatori videretur exorbitans à ratione juris, quæ vult, ut actor sequatur forum rei, & sic emptor forum venditoris, noluit quidem antiquum statutum usu receptum abrogare, ne autem nimium deviaret à jure comuni, illud restrinxisse solumodò videtur ad bona imobilia, prout etiam sensus antiquorum verborum duntaxat de imobilibus intelligendus est, cùm textus loquatur de bonis, quæ in præfectura sita sunt, bona verò mobilia propriè non sint sita in præfectura, sed existentia sub manu privata, & quotidiè huc, vel illuc transportari possint.

6 Unum tamen adhuc circa hunc articulum quæritur, cùm, ut diximus, venditor etiam de evictione in loco contractûs conveniri possit, si duo concurrant, id est, ut præstationem evictionis in loco contractûs faciendam exprefsè promiserit, & secundò, si in loco contractûs deprehensus fuerit, anné illud necessitatis sit, ut scilicet emptori incumbat, actionem ex empto de evictione in loco contractûs instituere, vel an illo neglecto possit vendi-

7 torem in loco domicilij convenire? Et respondemus, in libera electione esse, an emptor actionem suam de evictione velit instituere in loco domicilij, vel in loco initi contractus, juxta *Titulum 19. Art. 19.* der Land-Rechf. Nam in Patria nostra, ut pleniùs deductum fuit in *semicent. 1. controv. 19.* forum loci contractûs non observatur, nisi specialiter inter partes conventum fuerit, ut quis extra locum domicilij, ubi contractum fuit, conveniri possit. Forum igitur domicilij ordinarium est, & forum loci contractûs extraordinarium, & privilegiatum accedentibus prædictis duabus conditionibus, si obligatio de præstanda evictione in loco contractûs specialiter acces-

cesserit, & venditor in eo deprehensus per manus injectionem detineri, & ad solutionem adigi potuerit. Quod igitur ex privilegio tantùm, & speciali obligatione emptori competit, non debet illi contra voluntatem invito obtrudi, prout etiam articulus noster id satis clarè insinuat, qui in fine dicit, quòd emptor venditorem, NB. auch an demselben Orth (ubi contraxit) beklagen mög / ubi notentur duo verba: Auch / & Mög. Verbum enim, auch / significat conventionem in loco contractûs conjunctivè tantùm competere, & verbum, mög / in voluntate emptoris esse, an locum domicilij, vel locum contractûs pro conventione eligere velit.

Der Dritte Articul.

Hat jemand die Gewehrschafft gar nicht / oder doch allein so vil versprochen / daß er jhme das verkaufft Guet gewehren wölle / wie recht ist / so mag er vmb die Gewehrschafft ehe nit beklagt werden / es seye dann das Guet dem Kauffer zuvor abgewunnen / vnd er dessen würcklich entsetzt; Es wurde dann dem Kauffer das Guet anspruchig / gleich nach dem Kauff / ehe er den Kauff-Schilling gar erlegt; In solchem Fall ist der Verkauffer alsbalden zu der Gewehrschafft verbunden / auch der Kauffer zuvor nit schuldig / den übrigen Kauff-Schilling / nach Proportz dessen / was jhm angesprochen würdet / hinauß zegeben / Es hätte dann der Kauffer jemand angestifft / jhme ein Stritt zemachen / in solchem Fall kundte er dem Verkauffer den übrigen Kauff-Schilling nit vorhalten. Wofern aber der Verkauffer auch versprochen den Kauffer zuvertretten / oder Schad-loß zehalten / so ist er schuldig / alsbalden dem Kauffer das Guet Gerichtlich angesprochen würdet / oder sonsten jhme darinnen Eintrag vnd Hinderung geschicht / jhne Kauffer auff sein deß Verkauffers Unkosten in Gericht / vnnd ausserhalb zuvertretten / vnnd jhne gäntzlich Schad-loß zuhalten. Es stehet auch dem Verkauffer bevor / wann er gleich die Vertrettung nit versprochen / noch vmb die Gewehrschafft-Laistung beklagt worden / den Stritt gegen dem Ansprecher deß Guets / alsbalden anfangs / oder wann er will / auff sich zunemmen / doch daß er die Handlung jederzeit annemme / in dem Gerichtlichen Stand / in deme sie er findet.

SUMMARIA.

1. *Quando de evictione actio institui possit?*
2. *Quid si ab initio contractûs nulla promissio de evictione facta fuerit?*
3. *Quæ requirantur, ut res verè possit dici evicta?*
4. *Quid si res litigiosa facta fuerit, antequàm emptor pretium solvit?*
5. *Quid si evictio in limine contractûs eveniat, an nihilominùs sententia sit exspectanda?*
6. *Quando lis dicatur imminere in limine judicij?*
7. & 8. *Quid si venditor cautionem fidejussoriam, aut pignoratitiam offerat?*
9. *Quid si evictio immineat, antequàm emptor quidquam de pretio solverit, an illud retinere possit, tametsi sufficiens cautio à venditore offeratur?*
10. *Quid si pars evincens non rem totam, sed illam tantùm pro parte sibi tradi petat?*

11. Quid si emptor alium instigaverit, ut sibi litem super re empta movere incipiat?

12. Quid si ab initio contractûs expressa promissio de evictione pacta, & conventa sit?

13. Quæ sit distinctio, inter promissionem simpliciter factam, & inter promissionem factam cum expressa indemnitatis sponsione?

14. An venditor semper se liti adjungere possit?

1 INscribitur hic articulus, quo tempore evictio fieri debeat, quæ inscriptio sic intelligenda non est, ut sciamus, quanto tempore duret actio ex empto de evictione, aut eidem præscribatur, sed, cùm plerique homines plebei, & jurium imperiti sibi imaginentur, statim atque res ipsis vendita litigiosa fit, se jus habere, venditorem de evictione conveniendi, ad hunc errorem corrigendum in præsenti articulo optimæ dispositiones, & declarationes fiunt, quæ pleræque cum jure comuni conveniunt.

2 Est igitur prima distinctio articuli nostri, an quis ab initio contractûs prorsùs nullam promissionem de evictione fecerit (prout supra diximus, illam ex natura contractûs nihilominùs deberi) aut solumodò nudis, & simplicibus verbis spoponderit, quòd de evictione teneri velit, PROUT JURIS EST. Quæ clausula in nostris instrumentis notarijs, & tabellionibus comunis, & familiaris est, ut semper addant, quòd venditor ex consuetudine regionis nostræ venditionem celebraverit, & evictionem promiserit, **hab die Lands-gebräuchige Gewehrschafft versprochen.** In quo casu articulus noster clarè constituit, quòd lite ob rem venditam mota emptor de evictione agere non possit, priusquàm res vendita per sententiam evicta fuerit. *l. qui rem. C. de evict. l. qui plus. §. mota. l. habere licere. ff. eodem.* Velut verba articuli nostri sonant: Quòd venditor de evictione conveniri non possit, nisi res vendita emptori fuerit per sententiam actualiter ablata: **Es seye dann das Guet dem Kauffer zuvor abgewonnen / vnnd er dessen würcklich entsetzt worden.**

3 Ex quo palàm fit, ad hoc, ut res dicatur verè evicta, duo requiri, id est, ut alteri per sententiam adjudicata, & per executionem tradita fuerit; Antè executionem enim, vel rei judicatæ paritionem, & satisfactionem, plenè evicta dici non potest. *Gomez. tom. 2. cap. 1. n. 31.* (quod morosis venditoribus inservit, cùm in litibus nostris tot protractiones inter sententiam, & ejus executionem fiant, ut apud forenses, & advocatos in proverbum abierit, **wer den Beschaid für sich erhalten / der hab das Spill halb gewonnen.**) Nec potest emptor re nondum evicta solennem cautionem per fidejussores, aut pignora petere, cùm jam supra dixerimus, cautionem de pignoribus, & fidejussoribus ex natura contractûs non inesse emptioni, & venditioni, sicut inest nuda repromissio, quam venditor ad petitionem emptoris semper, & quocunque tempore præstare obligatus est. *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 5. n. 5. Berlich. loc. cit. n. 7. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 2. num. 39.*

4 Huic primo membro distinctionis tamen articulus noster notabilem limitationem annectit, in verbis formalibus: Nisi emptori statim post venditionem perfectam, antequàm plenum pretium solvit, res vendita, litigiosa facta fuerit. Convenit hæc dispositio cum ijs, quæ Doctores ad *l. si post perfectam. 24. C. de evict.* tradunt, quòd, si evictio in limine contractûs imineat, emptor litis exitum, & actualem rei evictionem, & ablationem exspectare non teneatur. Idem *Hartm. Pistor. dict. l. 3. quæst. 6. per totum. Berlich. loc. cit. n. 8. Hering. de fidejussoribus. cap. 10. n. 236.* Duæ tamen circa istam constitutionem notabiles quæstiones oriuntur.

5 Prima est, cùm dicat articulus noster, quòd venditor in casu, ubi res statim post contractum emptionis, & venditionis litigiosa fit, obligetur ad evictionem, an hoc ita intelligendum sit, ut emptor ad repetitionem pretij

jam

jam fortè soluti, & omne damnum, non exspectatâ sententiâ, & executione agere possit? Et ratio dubitandi ex Art: duplex est: Prima, quia post regulam, quòd venditor de evictione conveniri non possit, nisi re per sententiam, & executionem actualiter evicta, statim additur limitatio, nisi evictio in limine contractûs immineat: Ergo in casu limitationis rectè agitur de evictione, non exspectatâ sententiâ, & executione. Deinde secundò, apponitur etiam expressa declaratio: NB. Das in solchem Fall der Verkauffer alsobalden zu der Gewehrschafft verbunden sey / sed his non attentis nostra opinione Artic: noster secundùm jus comune, & interpretum doctrinam ita intelligendus est, ut, si emptor pretium omninò non, vel ex parte non solvit, illud usque ad litis exitum retinere, cùm se doli exceptione rectè tueatur. *l. Pater.* §. *ex quadrante, ff. de dolo malo.* aut cautionem fidejussoriã, vel pignoratitiam petere possit. *Pistor.* & *Berlich. loc. cit.*

Dicitur autem lis in limine contractûs iminere, non quando contractus nondum est perfectus, & absolutus, sed quando pretium ex toto, vel ex parte nondum solutum est, ut articulus noster cum comuni DD. auctoritate consentit, Ehe er / id est, der Kauffer / den Kauff-Schilling gar erlegt / post pretij igitur integralem solutionem lis ampliùs iminere in limine contractûs dici non potest, ergò nec actio ad evictionem, nec ad præstationem pignorum, aut fidejussorum locum habet. Quod tamen quidam ita extendunt, ut venditor lite mota in limine contractûs non tantùm fidejussoribus, vel pignoribus contra illum contradictorem, qui litem movit, sed in omnem alium eventum cautionem præstare teneatur. *l. fin.* §. *fin. ff. de rescin. vend. Pistor. lib. 3. quæst. 6. n. 3.* & frater ejus in additione *sub litt. D.* cùm inventus in uno malus præsumatur etiam in alijs suspectus, quod tamen dubio non caret. 6

Altera quæstio est, an, si venditor in limine contractûs conventus solennem cautionem fidejussoriam, aut pignoratitiam præstiterit, emptor obligatus sit, pretium, quod vel ex toto, vel pro parte adhuc in manibus habet, pendente processu solvere? Videtur ex articulo nostro dicendum, quòd utrumque facere possit, id est, & fidejussores, aut pignora recipere, & pretium retinere, cùm articulus utrumque connectat, das in solchem Fall der Verkauffer alsbalden zu der Gewehrschafft verbunden / auch der Kauffer zuvor nit schuldig / den übrigen Kauff-Schilling nach proportion dessen / was jhme angesprochen würdet / hinauß zugeben. Ubi notetur particula, auch / quæ denotat, emptori potestatem esse, utrumque faciendi, videlicet venditorem de evictione conveniendi, & simul etiam pretium retinendi. Sed planè hic non est sensus articuli nostri, quod clarè apparet ex particula, zuvor nit schuldig / id est, antequàm venditor de evictione conventus sufficientem cautionem fidejussoriam, aut pignoratitiam præstiterit, ergò à contrario sensu, hernach / postquàm cautio fidejussoria, vel pignoratitia idonea præstita est, retentio pretij ampliùs locum non habet. Convenit hac in parte jus comune in *l. si post perfectam. 24. Cod. de evictionibus*: Ubi dicitur, si post perfectam venditionem ante pretium numeratum rei venundatæ mota fuerit quæstio, cùm in ipso limine contractûs imineat evictio, emptorem, NB. si satìs ei non offeratur, ad totius, vel residui pretij solutionem non compelli, juris auctoritate monstratur. Ergò à contrario sensu, si emptori satìs offeratur, pretij retentionem ampliùs non habet, cùm in ejus locum satisdatio succedat. 7

Dices, quòd emptor duplex interesse habeat, primum est, ut se in parte pretij, quod adhuc sub manibus habet, jure retentionis indemnem servet, & secundò, ut partem pretij jam solutam per fidejussoriam, vel pignoratitiam cautionem in salvo constituat: Imò, tametsi emptor de pretio prorsùs nihil adhuc solvisse præsupponatur, tamen duplex interesse habet, 8

primò ratione ipſius pretij, & deinde ratione damnorum, & ſumptuum fortè in rem emptam bona fide impenſorum. Juſtè igitur ipſum petere poſſe, ut præter pretij retentionem ſibi, vel pro parte pretij jam ſoluta, vel pro damnis, & ſumptibus in limine contractûs ſatiſdatio detur. Reſpondemus, nos ſupra locutos fuiſſe de idonea, & ſufficiente ſatiſdatione in limine contractûs præſtita. Si igitur præſupponas, emptori inidoneam, & inſufficientem ſatiſdationem fidejuſſoribus, aut pignoribus præſtitam eſſe, fortè tantùm pro parte pretij jam ſoluta, vel tantùm pro damnis, & ſumptibus in rem venditam impenſis, ultra fatemur, emptori jus eſſe, cum tali inſufficiente cautione etiam reliquam partem pretij retinendi, ut ita in tali caſu actio de evictione, & remedium retentionis ſimultaneè concurrere poſſint. Si autem præſtetur plena, & perfecta ſatiſdatio, pro omni pretio, damno, & intereſſe ſumptibúſque in rem impenſis, dubium eſſe non poteſt, quin emptor partem pretij reſtantem ſolvere obligatus ſit, cùm per ſatiſdationem idoneam, & ſufficientem in tuto, & extra periculum ſit conſtitutus, valdè enim durum eſſet, ut emptori contra principia juris poſt cautionē ſufficientem, ſimul & res empta, & pretium rei emptæ maneret in manibus, venditor autem durante proceſſu utroque careret. Videantur de hac materia pulchrè ſcribentes, *Nicol. Burgundi. de evictionibus. cap. 71. n. 2. Hartm. Piſt. lib. 3. quæſt. 6. n. 1. Ant. Gomez. cap. 2. n. 39.* & alij paſſim.

9 Sed, quid ſi evictio in limine contractûs imineat, antequàm emptor quidquam de pretio ſolvit, & is malit pretium retinere, quàm pignoribus, aut fidejuſſoribus fidere, cùm utique ſecurius ſit, rei incumbere, quàm cautionibus ſe comittere, anné illud emptori licitum erit? Et videtur dicendum, id omninò licitum eſſe, melius enim eſt, anchoram tenere, quàm amiſſam recuperare, cùm omnes cautiones fragiles, & incertæ ſint, atque facillimè contingere poſſit, ut durante proceſſu, vel fidejuſſores depauperentur, vel pignora deteriorentur, vel caſu fortuito pereant. Verùm his non obſtantibus, putamus, poſt cautionem ſufficientem præſtitam emptori incumbere, ut pretium totum, vel pretij partem reliquam in manibus ejus adhuc exiſtentem venditori ſolvat. Ratio clara eſt, quia emptori, ut tam ex articulo noſtro, quàm ex jure comuni docuimus, conditionatè tantùm relinquitur retentio pretij, donec ſatiſdatio ſufficiens, & idonea præſtita fuerit, ergò conditione adimpleta jus retentionis exſpirat, prout in omnibus arreſtis, ſequeſtris, & manuum injectionibus, ſicut ſuo loco videbimus, juris eſt, ut per ſatiſdationem pignoratitiam, vel fidejuſſoriam ſolvantur, & liberentur: Priùs enim diximus, cautionem pignoratitiam, vel fidejuſſoriam non eſſe de natura evictionis, ſed, quando evictio incidit in limine contractûs, pretium vel ex toto, vel in parte non ſolutum cauſat actionem ex empto de evictione ad hunc effectum, ut venditor contra naturam actionis ad præſtationem fidejuſſoriæ, vel pignoratitiæ cautionis obligatus ſit. Præſtita igitur cautione idonea, & ſufficienti emptor habet effectum actionis ex empto de evictione, ergò nullam ampliùs juſtam cauſam detinendi totum, vel partem pretij. Quamvìs in arbitrio venditoris ſit, ſi non poſſit, aut velit fidejuſſoribus, aut pignoribus cavere, an emptori pretium loco ſecuritatis in manibus relinquere velit.

10 Hæc tamen, quæ de retentione pretij diximus, ita intelligenda ſunt, ut emptor de pretio plus non retineat, quàm pro qua proportione res vendita in judicium ab evincente deducitur: V. G. Si pro tertia tantùm, vel quarta parte evictio intenditur, emptor pretium ſimiliter tantùm pro tertia, vel quarta parte retinere poteſt, nach Proporß deſſen / inquit articulus, was ihm angeſprochen wird: Tametſi enim in pignoribus, & hypothecis hoc jure utamur, ut prior creditor pignus, aut hypothecam dimittere non teneatur, nec poſteriorem in ejus poſſeſſionē ſimultaneam admittere, tametſi prædium, aut

aut bonum hypothecatum utrique abundè satisfaciat, *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 12. Heigius. part. 2. quæst. 6. n. 26. Gail. lib. 2. observ. 92. n. 5.* tamen in jure retentionis res aliter constituta est, ut debitor plus retinere non possit, quàm eidem litigiosum redditur: Ratio per se clara est, quia in pignore, vel hypotheca creditor consequitur jus ex voluntate debitoris, in retentione verò ex propria auctoritate: Non est igitur mirum, si commensuretur retentio secundùm quantitatem, & proportionem rei factæ litigiosæ.

Ad hanc principalem limitationem primi membri, quòd actio de evictione, & retentio totius pretij, vel partis nondum solutæ, locum habeat, si evictio imineat in limine contractûs, addit articulus noster notabilem sublimitationem, nisi emptor alium instigaverit, ut sibi litem moveret, ad hunc solumodò finem, ut retentione, vel totius, vel partis pretij uti, & gaudere possit, & majorem dilationem solvendi impetret; Quo in casu ejus malitiæ, & fraudi deferendum non est, sed venditori integrum, & liberum, an velit evincentem ad præstandum juramentum calumniæ adigere, vel præsumptam fraudem, & malitiam novi litigatoris probabilibus saltem conjecturis, suspicionibus, & indicijs probare. *Jacobus Menoch. lib. 2. de arbitrar. judic. cent. 3. casu. 224. num. 2. & 7. Berlich. lib. 1. conclus. 24. num. 20.* 11

Alterum membrum principalis distinctionis hoc est, quòd, si venditor ab initio contractûs per expressum promiserit, emptorem in lite defendere, aut indemnem servare, obligatus sit, statim atque res vendita in judicium deducta, & litigiosa facta est, imò etiam si emptor tantummodò in possessione rei emptæ turbetur, vel molestetur, illum in: & extra judicium proprijs sumptibus sublevare, & eidem indemnitatem præstare. Non est igitur dubium, quin in hoc secundo casu principali, quo emptori in ipso contractu non tantùm evictio nudis, & communibus verbis, sed cum omni securitate, & indemnitate promissa est, venditor non minùs, ac si res in limine contractûs facta fuerit litigiosa, sufficientem & idoneam cautionem, fidejussoriam vel pignoratitiam, præstare debeat, sed insuper etiam hoc obligationis habeat, ut suis sumptibus in locum judicij subintret, partes rei principalis suscipiat, & emptorem omni modo indemnem conservet. 12

Necessarium proinde est, ut advocati, notarij, & tabelliones publici suis clientibus benè vigilent, cùm inter evictionem, vel omninò non, aut simplicibus tantùm verbis, wie Land Rechtens ist / & inter evictionem cum plena securitate, defensione, & indemnitate promissam tanta sit differentia, ut modò explicavimus. 13

Addit denique articulus noster, quòd venditor, tametsi specialem promissionem de defendendo emptore, & indemni servando non præstiterit, tamen, si velit, se vel ab initio, vel ex postfacto pro lubitu liti adjungere possit, modò illam accipiat in eo statu, in quo tempore adjunctionis reperitur, ut in *Summario Processu Tit. 6. Artic. 2. & seqq.* pluribus explicavimus. Et hæc ad intellectum articuli nostri; Accedent tamen circa finem tituli adhuc quædam utiles quæstiunculæ. 14

Der Vierdte Articul.

DEr Kauffer / wann jhme das erkaufft Guet strittig gemacht / vnd angesprochen würdet / soll dem Verkauffer den Stritt zuwissen machen / zur Zeit / daß man noch alle vnderlassene Nothdurfft bey Gericht anbringen kan / vnd noch nichts versaumbt ist. Wurde

de aber der Kauffer solches nit thuen / so ist der Verkauffer alsdann aller ferneren Ansprach / der Gewehrschafft halben / vmb die Sach / welche damahlen in Stritt kommen / von dem Kauffer ledig / nit allein im Summarischen / sonder auch im ordentlichen Rechts-Proceß / Unnd hat der Kauffer nit Macht / dem Verkauffer den Stritt weiter anzukünden / sonder soll denselben auff sein Gefahr vnnd Unkosten selbs außführen. Unnd wann er gleich die Erkandtnuß für sich erhält / kan er doch den Unkosten nit fordern / sintemal villeicht der Verkauffer / da jhme zu rechter Zeit der Stritt wäre ankündet worden / den Klager mit besserem Bericht / alsbalden ohne Unkosten hätte abtreiben können. Ist aber dem Verkauffer der Stritt zu rechter Zeit verkündet worden / so ist er den Kauffer in allem Schad-loß zehalten schuldig. Wann auch in solchem Fall dem Kauffer das erkauffte Guet nit aberhalten / sonder zuerkennt worden / vnd er dem Verkauffer entzwischen / der Gewehrschafft halben / den Kauff-Schilling gantz / oder zum Thail hätte vorgehalten / soll er jhme alsdann denselben / sambt dem Interesse bezahlen / Doch mag er den auffgewendten redlichen Unkosten daran auffheben vnd jnnen behalten. Wären auch der Verkauffer mehr als ainer / soll der Kauffer jhnen allen / den Stritt anzukünden schuldig seyn.

SUMMARIA.

1. *Quomodo denunciatio litis venditori facienda sit?*
2. *Quid si autem denunciatio neglecta fuerit?*
3. *An denunciatio etiam hæredibus facienda sit?*
4. *Quid si plures sint venditores, vel plures hæredes?*
5. *Quid si hæredes inter se pactum fecerint, ut unus eorum solus de evictione teneatur?*
6. *Quid si pro evictione statim in limine contractûs pignus datum fuerit, & illud adhuc existat in unius ex cohæredibus manibus?*
7. *Quid si illi, quibus denunciatio litis non fuit facta, litis cognitionem tamen jam habuerint?*
8. *An etiam acta venditori, & hæredibus ejus communicari possint, aut debeant?*
9. *An denunciatio fieri debeat, si notoriè de injustitia causæ constet?*
10. *Vel de dolo, fraude, aut malitia venditoris constet?*
11. *An etiam venditori denunciatio fieri debeat, quando ipse sponte ad litem accessit?*
12. *Quid si res evicta sit utrique, scilicet venditori, & emptori communis?*
13. *Quid si venditor denunciationem fieri impedivit?*
14. *Quid si venditor denunciationi litis renunciavit?*
15. *Quid si venditor juraverit, se emptorem defendere velle?*
16. *Quæ, aut qualis hac in parte distinctio sit adhibenda?*
17. *Quo tempore litis denunciatio fieri debeat?*
18. *Quomodo intelligenda sit lex: Si quis, &c. C. in rem actio, &c.?*
19. *Quid si denunciatio litis dilata fuit, donec terminus probatorius effluxerit?*
20. *An in ordinario adhuc lis denunciari possit?*
21. *An omnis litis denunciatio in appellatorio suppleri possit?*
22. *An denunciatio litis necessaria sit, quando res litigiosa sit per modum exceptionis?*
23. *Quid si emptor per negligentiam possessionem rei amiserit?*
24. *Quid si venditor denunciationem spernat, & non compareat?*

25. An

25. An emptor litem prosequi possit, aut debeat?
26. Quid si victoriam emptor obtineat?
27. Quid si expensas litis ab actore recuperaverit?
28. Quid si expensæ litis fuerint compensatæ?
29. An venditor expensas nihilominus præstare debeat?
30. Quid si emptor denunciationem intermiserit?
31. Quid si emptor pretium retinuerit, an post victoriam debeat illud cum usuris solvere?

PRæsuppositum est in primo, & tertio articulo principale fundamentum, 1
quando & quomodò scilicet venditor, sive evictionem promiserit, sive non promiserit, sive promissio facta fuerit simplicibus verbis, wie recht ist / sive cum omni securitate, defensione, & indemnitate post rem scilicet per sententiam obtentam, & possessori per exsecutionem ablatam ad evictionem obligatus sit: Nunc in hoc articulo ponitur alterum principale fundamentum, quòd ad hoc, ut empter contra venditorem de evictione agere possit, necessarium sit, ut litem sibi ab evincente motam venditori denunciet, ad hunc effectum, ut contra eum possit habere regressum de evictione. *l. 1. & l. 2. C. ubi in rem actio exerc. Auth: qua in provincia. C. ubi de crim. agi oportet.* Cujus rei ratio est, quòd venditor teneatur emptorem defendere, & indemnem servare; Justum igitur est, cùm ipsius intersit, & eidem litis prosecutio incumbat, ut de illa scientiam, & notitiam habeat, ne inter evincentem, & emptorem ad defraudandum venditorem collusio fiat, aut emptor ex defectu documentorum, & sufficientis informationis in lite succumbat. Et hæc denunciatio adeò strictè observanda est, ut illâ ne- 2
glectâ emptori adversùs venditorem re evicta nulla actio competat. *l. si fundo. 53. ff. de evict. l. emptor. 8. l. si parentes. 20. C. eodem.* Imò etiam ven- 3
ditore defuncto hæredibus facienda est denunciatio, cùm in contractibus hæredes succedant in locum defuncti, & quidem singulis hæredibus specialiter, & separatim, sicut etiam, si plures venditores sint, ijs singulis specialis, & separata denunciatio fieri debet. *Berlich. lib. 1. conclus. 24. n. 31. cum seqq.* Ratio est, quia secundùm doctrinam *D. Gailij. lib. 2. observ. 14.* 4
per tot. non tantùm plures venditores unius rei, sed etiam plures hæredes unius venditoris emptori de evictione tenentur in solidum, per textum in *l. si rem. 62. §. si ei. 1. ff. de evictionibus.* Ubi dicitur: Si ei, qui mihi vendiderit, plures hæredes exstiterunt, una de evictione obligatio est, omnibúsque denunciari, & omnes defendere debent. Et, quamvìs *Graveus.* ad *Gail. dict. loc. consid. 1.* dicat, quòd hæc Gailij doctrina summis difficultatibus involuta sit, tamen, etiamsi supponas, cohæredes tantùm teneri pro proportione hæreditaria, sive virili, eò quòd actiones hæreditariæ scindantur in partes: Et lex XII. tabularum ipso jure obligationes hæreditarias activè, & passivè inter cohæredes pro rata dividat, textus expressus in *l. pacto. 26. C. de pactis, & gloss. fin. in l. cùm à matre. 14. C. de rei vindicatione.* Sive, ut *Besold. consil. 106. part. 3.* dicit: quòd hæredes teneantur quidem ad debita, & onera hæreditaria exsolvenda, sed quilibet tantùm pro sua portione, nihilominùs tamen singulis hæredibus singulariter denunciatio facienda est, cùm, sive in solidum, sive pro parte teneantur, semper omnium eorum interesse comune sit, cùm etiam inter in solidum obligatos defensio comunis sit, quæ tametsi non dividatur, dividitur tamen, si omnes solvendo sint, inter eos exsecutio. Idem *Gail. loc. cit. n. 5.* Hinc, si ponas, hæ- 5
redes inter se fecisse pactum, ut alter eorum solus de evictione teneatur, hoc sanè pactum, licèt inter ipsos hæredes servandum sit, tamen non præjudicat emptori, quo minùs unumquemque, vel in solidum, vel pro rata sua non obstante pacto, de evictione convenire possit, textus est notabilis in *l. debitorum. 25. cum l. pacto successorum. 26. C. de pactis.* Præcisè igitur

neces-

necessarium est, ut omnibus, & singulis litem denunciet, ne, si solumodò illi, qui pro reliquis cohæredibus in se totam evictionem suscepit, denunciationem fecerit, censeatur jus suum contra cohæredes remisisse, & illorum conventioni consensisse.
6 Quòd si tamen venditor ab initio contractûs de evictione certo pignore, vel hypotheca caverit, ad quam cautionem tamen juxta superiùs dicta ex natura contractûs non obligatur, & res oppignorata, vel hypothecata in unius ex cohæredum manibus existat, nihil obstat, quo minùs denunciatione illi soli facta emptor actionem de evictione prosequi possit, scilicet in quantum se pignoris, sive hypothecæ quantitas extendit: Nam, si prædictus emptor ex ipso pignore, aut hypotheca pro refusione pretij, damno, & omni interesse sumptibúsque in rem evictam impensis, plenam satisfactionem consequi non possit, contra reliquos cohæredes, quibus denunciationē nullam fecit, regressum non habet. *Schneidew. lib. 4. §. omnium. n. 13. Instit. de actionibus.* Actio enim pignoratitia, sive hypothecaria sequitur possessorem cum suo onere. *l. si debitor. 12. C. de distract. pignor.* Actio autem de evictione personalis contra reliquos cohæredes extinguitur, quibus legitima denunciatio tempestivè facta non fuit, quia, ut diximus, singulorum interest, ut jura sua sibi fortè meliùs, quàm cohæredi, pignoris, aut hypothecæ possessori, aut ipsi emptori cognita legitimè proponere, & indemnitatem præstare potuerint. Cautum igitur emptorem esse oportet, ut, tametsi sibi de pignore, aut hypotheca providerit, nihilominùs cohæredes citare faciat, ut in defectu cautionis realis sibi in supplementum contra omnes hæredes personaliter obligatos actio remaneat.
7 Nec sufficit, si venditor, vel hæredes ejus notitiam litis motæ priùs habuerint, cùm officium emptoris sit, ipsum, vel ipsos admonere, & instigare, ut in judicio compareant, defensionem suam suscipiant, & se indemnem servent; Ut proindè effectus denunciationis non in sola venditoris, & hæredum ejus notitia, & scientia, sed etiam in requisitione cooperationis, vel ipsius venditoris adhuc viventis, vel hæredum ejus consistat. *Fachin. lib. 2. cap. 36. quæst. 3. Berlich. lib. 1. concl. 24. n. 35.* Quod aliqui in tantum extendunt, ut nec sola denunciatio, aut instigatio sufficiens sit, sed
8 etiam venditori, aut hæredibus ejus evincentis citatio, libellus, & alia producta, sive acta judicialia ab emptore comunicari debeant. Sed id observari non vidimus, & in articulo nostro de hac emptoris obligatione nihil statutum reperitur. Sufficere enim nobis videtur, si emptor conventus faciat suum auctorem ad litem pro se defendendo citari, cui deinde incumbit, ut ipse comunicationem libelli, aliorúmque productorum, & actorum impetret, cùm, ut jam præmisimus, tota lis ipsius sumptibus expediri debeat, & ipse quasi principalis persona sit, cui emptorem propter turbationem, & litem aliàs innocenter gravatum tanquam ministrum substituere nobis videtur indignum esse. Vid. *Nicol. Burgundi. de evictionibus. cap. 58. num. 4.* & *Schneidew. ad §. actionem. lib. 4. Instit. de actionibus.* Et hæc, de qua diximus, denunciatio adeò necessaria est, ut, si eam emptor intermittat, venditor, vel hæredes ejus ab omni actione de evictione liberentur, ut priùs jam monuimus.

9 Sunt tamen quidam casus, in quibus venditor de evictione obligatus est, tametsi denunciatio facta non fuerit: Utpotè 1. si notoriè de injustitia, dolo, aut fraude venditoris constet, quòd scilicet scienter, & malitiosè rem alienam contrectaverit, vel aliàs acquisiverit, & in tertium ex proposito alienaverit. *Caballin. de evict. §. 3. n. 73. Covar. lib. 3. var. resol. cap. 17. n. 6.* Et quamvìs articulus noster hanc exceptionem non comprehendat, sed simpliciter in omni casu denunciationem quasi pro solennitate requirere videatur, de qua denunciationis solennitate, & quasi forma. Vid. *Caballin. §. 3. n. 64.* tamen eam justissimam esse non dubitamus, cùm nemini

mini ex injustitia sua, dolo, aut fraude lucrum, aut comodum accedere debeat: Imò doctores hanc limitationē non solùm, quando de dolo, fraude, 10
aut malitia ipsius venditoris constat, sed etiam tunc admittunt, quando emptor manifestè probat justitiam evincentis, nullúmque jus habuisse venditorem, quo potuisset rem venditam jure defendere. Quod pulchris rationibus probat idem *Caballin. n. 73. & seqq. Nicol. Burgundi. cap. 55. n. 2. Fachineus. lib. 2. cap. 37. Faber. in Codice ad tit. de evict. definit. 25.* Cujus rei principalis ratio est, quia, cùm notoriè constat, venditori nullam defensionem competere, cessat ratio, propter quam denunciatio fieri debet, videlicet ut non dicatur, quòd emptor succubuerit, quia minùs instructus se liti imiscuit. *Caballin. dict. loc. n. 77.* ergò à contrario sensu, quando ad causam accessit benè instructus, & probat, se litem perdidisse ex injustitia causæ, salvus debet illi manere regressus. Licèt hæc opinio difficultate, & dubio non careat, ut videre est apud *Fachin. loc. cit. cap. 37. per totum.* Maximè secundùm dispositionem articuli nostri, qui tam prægnantibus verbis in omni evictione denunciationem auctoris sine ulla exceptione requirit. Certè nisi manifestè ab emptore probetur injustitia causæ, ita ut contra ejus probationem nihil probabilitatis opponi possit, eidem regressum adversùs venditorem concedere nullo modo possemus. Vid. *Covar. d. lib. 3. var. resol. cap. 17. n. 6.*

Secundus casus est ex præcedente articulo, ubi circa finem diximus, 11
venditori liberum esse, ad litem accedere, & defensionem emptoris suscipere, sive evictionem promiserit, sive non, sive ei denunciatio facta fuerit, sive omissa, si igitur omissa denunciatione venditor nihilominùs litem in se sponte suscepit, & in ea succubuit, se ab actione de evictione sub prætextu non factæ denunciationis ampliùs eximere non potest. *Berlich. d. conclus. 24. n. 36. Burgundi. cap. 44. n. 3. Caballin. d. §. 3. n. 44.* ubi rationem reddit, quia tunc cessat causa, ob quam fieri debet denunciatio, scilicet ut invitetur venditor ad defendendum, si enim sponte defensionem suscepit, quid alia invitatione opus habuit?

Tertius casus est, si res in judicium deducta venditori cum emptore 12
comunis sit, potest enim contingere, ut tu mihi vendas dimidiam partem domus tuæ, quæ est aliena: Hæc si postmodùm à tertio tam à me, quàm à te vindicetur, sumus consortes litis, & ego emptor necessitatem non habeo tibi litem denunciandi, cùm tu ipse mecum tanquam consors litis in jus voceris, & non tantùm te ipsum, sed & me quoque, cui contra te actio de evictione competit, defendere obligatus sis. *Burgundi. cap. 55. n. 4.*

Quartus casus est, quando per venditorem stetit, quo minùs ei denun- 13
ciatio fieri potuit, fortè quia omni diligentia adhibita durante processu indagari non potuit, ubi subsisteret, vel quia denunciationem litis non admisit, & contumaciter repulit, aut in loco non tuto constitutus fuit, ubi ei sine gravissimo periculo belli, pestis, vel alterius morbi grassantis denunciatio fieri non potuit. *Burgundius. cap. 49. n. 2.* Debet tamen emptor omnem diligentiam suam adhibere, ne sibi in omissione denunciationis culpa imputari possit, V. G. protestationem in judicio interponendo, contumaciter recusantem denunciationē admittere judicialiter accusando, & compellendo, ac reliqua faciendo, quæ demonstrent, ipsum nihil intermisisse, quod hac in parte ab officio boni viri requiri potuit.

Quintus casus est, si in instrumento venditionis, & evictionis expres- 14
sa renunciatio denunciationis facta fuerit, sicut enim emptor ipsi evictioni suo modo renunciare potest, ut videbimus ad *Art. 6. & 8.* ita multò magìs venditor renunciare potest denunciationi, quæ sibi post litem motam ab emptore facienda est, quia favoris pro se introducti renunciatio cuilibet libera est. *l. Herennius. 63. ff. de evictionibus.* ubi Modestinus respondit:

Non obeſſe ex empto agenti, quòd denunciatio pro evictione interpoſita non ſit, ſi pacto ei remiſſa eſſet denunciandi neceſſitas: Remittentibus enim jura ſua non datur regreſſus ad ea. Quod notarijs, & tabellionibus pro cautela inſervit, ut has denunciationum ambages facili clauſula eludere poſſint.

15 Sextum caſum ponunt in venditore, qui juravit, emptorem defendere: Hic tamen caſus inter doctores valdè controverſus eſt, ut videre eſt apud *Caballin. de evictionibus.* §. *3. n. 54. & ſeqq.* Nos diſtinguendum eſſe
16 putamus, an jurantis intentio fuerit, quòd ad evictionem obligatus eſſe velit etiam ſine denunciatione, vel quòd juramentum addiderit ad promiſſæ evictionis, & defenſionis majorem tantùm firmitatem. In primo præſupposito utique dubium nullum eſt, quin ſine denunciatione ad evictionem obligetur, cùm etiam nudis verbis, ut paulò antè diximus, denunciationem remittere poſſit. In ſecundo, ſi juramentum ſimpliciter ad firmitatem promiſſæ evictionis factum eſt, noſtro judicio præſumptio remiſſæ denunciationis capi non poteſt, quia renunciatio non trahitur ad incogitata, cùm ad illam ſpecialis certioratio requiratur. Tota igitur hujus quæſtionis deciſio dependet ex verbis juramenti eorúmque ſenſu, & intellectu. Vid. *Covar. d. lib. 3. cap. 17. n. 4. Burgundi. cap. 60. n. 1.*

17 Quod attinet ad tempus faciendæ denunciationis, articulus noſter his verbis utitur: Ut fiat, **zur Zeit / das man noch alle vnderlassene Nothdurfft bey Gericht anbringen kan / vnnd noch nichts versaumbt hab.** Tametſi igitur DD. etiam in hoc puncto differentis opinionis ſint, quibuſdam requirentibus, ut neceſſe ſit, denunciationem fieri ante litis conteſtationem ſtatim ab initio, ſive ut *Rosbach. de proceſſu Judic. tit. 48. n. 15.* dicit, ante libelli oblationem, aut antequàm reus reſpondeat: Per textum in *l. ſi quis. 2. C. ubi in rem actio, &c.* Cui conſentit *Zanger. de exceptionibus. part. 2. cap. 2. n. 6.* Alijs verò arbitrantibus, quòd denunciatio quocunque tempore ante ſententiam fieri poſſit, per *l. ſi rem, quam. 29. §. fin. ff. de evictionibus. Covar. dict. lib. 3. cap. 17. n. 8. & alij.* Nobis tamen ad intelligendum articulum noſtrum videtur recurſus faciendus eſſe ad Summarium noſtrum Proceſſum, ſecundùm quem aliquæ diſtinctiones admittendæ ſunt. Prima eſt, an venditor contra evincentem ſolumodò opponere poſſit exceptiones dilatorias, vel etiam peremptorias: Si tantùm habeat exceptiones dilatorias, utique debet illi fieri denunciatio ſtatim ab initio litis motæ, & ante illius conteſtationem; Ratio eſt clara, quia ſecundùm Proceſſum noſtrum Sumarium *Tit. 5. Art. 3.* dilatoriæ exceptiones poſt litem conteſtatam ampliùs non admittuntur, venditor autem pro defendendo emptore ad litem accedens debet illam accipere in eo ſtatu, in quo reperit *Art. 3. h. Tit.* Propterea tamen emptor, quòd denunciationem ante litis conteſtationem intermiſerit, jure regreſsûs non cadit, cùm exceptiones dilatoriæ venditori jus defenſionis in cauſa principali non adimant. Quamvìs non dubitemus, ſi venditor propter neglectas exceptiones dilatorias ex omiſſa denunciatione emptoris aliquod damnum incurrat, quòd illud emptori reſarciendum incumbat.

Si autem venditor habuerit exceptiones peremptorias, ſubdiſtinguendum eſt, an eas potuerit probare per teſtes, vel per documenta. In proceſſu probatorio per teſtes habemus expreſſum textum in Proceſſu Sumario *Tit. 7. Art. 10.* quòd peremptoriè finiri debeat inter 3. menſes. Imò juxta *Artic. 1. 2. & 3. dict. Tit. 7.* etiam articulorum exhibitio eſt peremptoria (quamvìs, ut ibi diximus, contra expreſſum tenorem textûs nihil minùs obſervetur) ſi igitur ponas, emptorem ſine denunciatione facta litem ſuſcepiſſe, & in ea uſque ad teſtimoniorum publicationem proceſſiſſe, ita ut venditor tunc primùm monitus, & citatus ad proceſſum ampliùs non admitta-

mittatur, emptor de evictione nullam actionem habebit; cùm secundùm verba articuli nostri denunciationem non fecerit, zur Zeit / da man noch alle underlassene Nothdurfft bey Gericht hat anbringen können. Quando autem venditor defensionem rei venditæ per documenta litteraria, vel instrumenta facere paratus est, ei denunciatio fieri potest usque ad conclusionem in causa, cùm litteraria documenta, ut diximus ad *Art. 9. & Art. 23. Tit. 7. Summarij Processus*, & habetur, in der Gerichts-Ordnung / *Tit. 7. Statuto 7.* usque ad conclusionem in causa etiam post publicationem attestatorum, aut terminum probatorium elapsum produci possint: In quo cum jure communi statuta nostra conveniunt, juxta textum in *cap. cùm dilectus extra de fide instrum.* Cujus rei ratio est, quòd nullus timor subornationis in instrumentis subsit, sicut subest in productione testium post terminum probatorium jam elapsum, *Mynsing. cent. 6. obs. 50. Gail. lib. 1. observ. 107. n. 4. Wesenbec. in parat. de fide instrum. n. 5. in fine.* Modò productio secundùm *Art. 23. cit.* fiat ante ultimum scriptum in causa, quod vocant, die endliche Conclusion-Schrifft / ubi rationem reddidimus, quare id singulariter ita statutum sit. Quod etiam in materia evictionis observandum esse, clarè demonstrat textus in *dict. l. si rem. 29. ff. de evictionibus*: Ubi, postquàm dixisset, quòd venditori quolibet tempore (id est durantis processus) denunciatio fieri possit, addit finaliter, dum tamen ne propè ipsam condemnationem id fiat. Quod in effectu cum dispositione *Articuli nostri 23.* convenit, quæ vult, ut documentorum productio fiat ante finalem conclusionem in causa, ut scilicet documenta parti adversæ comunicari, & formalis conclusio, & submissio fieri possit.

Sed quid respondebimus ad text: in *l. si quis. 2. C. ubi in rem actio, &c.?* 18
Glossa marginalis, & supermarginalis litt. B. promptâ, & animosam habet responsionem, dicendo, quòd hîc verbum *debere*, significet *posse*, quæ tamen, ut cuilibet apparet, satìs torta, & violenta est. Nos dicimus, quòd ille textus non loquatur de causa evictionis, cùm emptor rem sibi venditam possideat proprio nomine, textus autem in *d. l.* loquatur de eo, qui rem non suo sed alterius nomine possidet. Si igitur possessor rei alienæ actione in rem conveniatur, rectè dicit textus, quòd debeat statim in judicio dominum nominare, ut ei possit terminus congruus in judicio præfigi, ad procuratorem mittendum, vel litem proprio nomine subeundam, quod si non fecerit, habetur lis pro contestata, &, si citatus legitimè non comparet, fit missio in possessionem, nec reversus ampliùs auditur de possessione, sed tantùm de proprietate. Quo casu præsupposito utique ille, qui alieno nomine possidet, dominum statim nominare debet, cùm ille sit principalis pars litis, venditor autem, cui denunciatio fieri debet, tantùm pars accessoria, *Gomez. tom. 2. cap. 2. n. 9.* verbo, *item quòd venditor*: Non est igitur mirum, si in primo casu nominatio, & vocatio domini fiat statim ab initio litis, in secundo vero casu, in quacunque litis parte, modò fiat ante conclusionem in causa. *Berlich. lib. 1. conclus. 24. n. 112.* ubi dicit, quòd ille, qui alterius nomine rem possidet, conventus lite eximatur, si dominum suum nominaverit, quoniam nominatus judicium suscipere cogitur.

Sed quid si venditori lis denunciata fuerit primùm ante conclusionem 19
in causa, cùm tamen ille defensionem suam fundare voluerit non tantùm in productione documentorum, sed etiam in productione testium, qui termino probatorio jam elapso ampliùs non admittuntur? Respondemus, præjudicium emptori, qui denunciationem tamdiu distulit, generatum esse, ut succumbens de evictione contra venditorem agere non possit. Verba articuli sunt clara: Ut denunciatio fieri debeat, zur Zeit / da noch nichts versaumbt ist. Præsupponimus autem, productionem testium esse neglectam, ergo, &c.

20 Sed quid si emptor paratus sit, subire ordinarium Processum; poteritne ad illum prosequendum auctorem suum citare? Et respondet articulus, quòd emptor nullo modo potestatem habeat, venditori ampliùs litem in ordinario denunciandi, sed quòd illi soli incumbat, ordinarium cæptum suo periculo, & suis expensis, si velit, prosequi. Quod satis durum esse proptereà videtur, quia jura comunia denunciationē in prima instantia omissam in appellatorio adhuc admittunt, ergò multò magis admittenda esse videtur in ordinario Processu: Ratio est, quia causa admissionis in appellatorio hæc est, quòd ibi adhuc non probata probare, & non deducta deducere liceat. *l. per hanc. 4. C. de temporibus appellationum*, adeòque venditori defensionis ac probationis jura adhuc in salvo sint; Atqui hoc beneficium *l. 4. C. de tempor. appell.* non deducta deducam, non probata probabo, etiam locum habet in ordinario Processu *Art. 10. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / & toto libro, der Gerichts-Ordnung / qui nihil in se aliud continet, quàm formam procedendi, & judicandi in Processu ordinario, ubi præscribitur modus rem in Summario judicatam de novo ad judiciū ordinarium deducendi, examinandi, & judicandi, ita ut planè venditori omnia jura defensionis, & probationis salva, & integra manerent.

21 Antequàm autem rationes indagemus, quare in statutis nostris Bavaricis aliud statutum sit, examinandum nobis est, an verum sit, quòd *D. Balthasar. ad tit. hunc 8. resol. 3. n. 3.* dicit, quòd in instantia appellationis denunciatio in prima instantia omissa suppleri possit. Ad cujus intellectum, iterum recursum facere debemus ad *Processum nostrum Summarium Tit. 1. Art. 3.* ubi fusiùs explicavimus, in cujuslibet actoris voluntate, & libertate esse, eligendi viam Summarij, vel ordinarij Processus. Si quis igitur semel elegerit viam Sumarij Processus, & emptorem rei suæ tanquam alienæ convenerit, is obligatus est, in prima instantia venditori litem tempestivè, zu rechter Zeit / da noch nichts versaumbt ist / denunciare, nec omissam denunciationem in appellatorio supplere potest. Ratio est manifesta, quia secundùm *Art. 9. Tit. 9.* deß Summarischen Proceß / in secunda instantia appellationis nihil novi in facto admittitur, & proinde venditori omne jus defensionis ac probationis præcisum est, cùm appellatoriū nostrum in Summario Processu careat beneficio *dict. l. 4 C. de temp. appell.* nec ampliùs non deducta deduci, aut non probata probari possint.

Si autem præsupponamus, processum in prima instantia non in Sumario, sed in ordinario Processu inchoatum fuisse, certè post primam instantiam absolutam integrum est partibus, in appellatorio non deducta deducere, non probata probare, & omnia probationis remedia in medium afferre, prout constitutio. *l. 4. C. de temp. appell.* in se continet: Tot *Tit. 10.* der Gerichts-Ordnung / maximè *Statuto 4. §. 4. & Statuto 6. Articul. 11.* Videtur igitur magnum dubium esse, an non etiam in secunda instantia ordinarij Processus denunciatio admitti debeat non obstante hoc articulo, qui post absolutum Summarium denunciationem usque adeò in prima instantia ordinarij prorsùs rejicit. Nos affirmativam veram esse judicamus, per rationem, quòd ex jure communi denunciatio in secunda instantia appellationis admittatur. *Gomez. de empt. & vend. cap. 2. n. 39. Ludovic. Molin. disp. 380. num. 9. Nicol. Burgund. cap. 64. n. 5.* & id in constitutionibus nostris nullibi corrigatur. Quod autem non mutatur, cur stare prohibeatur? Et huic resolutioni nihil obstat, quod de secunda instantia in Sumario diximus, quia illa nihil novi admittit, ordinarius autem Processus in secunda instantia ulteriorem deductionem, & probationem in appellatorio non excludit. Nec secundò quidquam obest, quòd post Summarium Processum absolutum denunciatio in ordinario Processu ampliùs non admittatur, nam hic casus totus diversus est, à quo ad jura appellationum in ordinario nulla legiti-

ma

ma consequentia duci potest; Nec enim contra regulam juris statutum in uno extendi potest ad casum alterum omninò diversum. Consistit autem diversitas in hoc, quòd transitus à Summario ad ordinarium odiosus sit, transitus autem ad appellatorium favorabilis. Deindè solida hæc subest differentiæ ratio, quia aliud est nova instantia, & aliud est novus Processus: Tametsi igitur rectè dicamus, quòd re in ordinario judicata in appellatorio adhuc denunciatio interponi possit, id propterea contingit, quia per appellationem sententia primæ instantiæ suspensa est, & utrique parti litiganti integrum, omnia jura sua de novo deducere, & non sufficienter probata probare, in cujus respectu denunciatio non est supervacanea. At in transgressu à Summario ad ordinarium sententia Summarij non suspenditur, &, quia talis transitus, ut diximus, odiosus est, non debet prohibitio denunciationis facta in ordinario Processu, ad casum appellationis favorabilem extendi, quam tamen nostram opinionem libenter alijs submittimus.

Et hæc, quæ diximus hactenùs de necessitate, & tempore faciendæ denunciationis, non tantùm locũ habent, quando emptori res vendita litigiosa fit per modum actionis sed etiam per modum exceptionis. V. G. Ego vendidi tibi equum, & tu cecidisti ab ejus possessione, quem cùm à detentore, & occupatore repeteres, ille tibi exceptionẽ dominij movit. Certè si vis, ut ego tibi de evictione tenear, debes mihi litem in tempore, zu rechter Zeit/da man noch alle underlassene Nothdurfft bey Gericht anbringen kan / denunciare. *Gomez. d. tom. 2. cap. 2. n. 9. vers. & vide expressam, &c.* Et hinc est, quòd articulus noster ab initio non loquatur de emptore convento, sed simpliciter, wann ihme das erkaufft Guet strittig gemacht wird. Potest autem res vendita æquè per modum exceptionis fieri litigiosa, quàm per modum actionis: Imò, quando per modum exceptionis, ut nunc explicavimus, litigiosa redditur, antequàm emptor pretium solvit, non minùs dicitur iminere periculum in limine contractûs, quàm si res fuerit facta litigiosa per modum actionis, & emptor habet jus per retentionem pretij actorem compellendi, ut sibi de indemnitate fidejussoribus, aut pignoribus caveat. 22

Hoc tamen ita intelligendum est, si emptor ceciderit possessione rei venditæ sine sua culpa, & facto: Nam, si possessionem amisit ex propria negligentia, aut libera sua voluntate, actionem de evictione non habet, si tanquam actor in judicio recuperandæ possessionis succubuerit. *Gomez. dict. cap. 2. n. 43. Caballin. §. 5. n. 50. Wesenbec. in parat. ff. de evictionibus. n. 10.* sibi enim emptor imputet, quòd onus probandi in se derivaverit, & caussam suâ culpâ, aut facto deteriorem fecerit. *l. si rem, quam. 29. §. si duplæ. 1. ff. de evictionibus.* 23

Quid si autem venditor post denunciationem factam non compareat, sed contumaciter emaneat? Respondet *Schneidew. in §. actionum. 28. rubric. de actione ex empto. Inst. de actionibus. n. 54.* & cum eo *Zangerus. de exceptionibus. part. 2. cap. de exceptione laudationis. n. 4. & 5.* quòd emptor à prosecutione litis non eximatur, sed in ea procedere, litem contestari, & alia facere necesse habeat, quæ de jure requiruntur, ita ut nihilominùs vi denunciationis factæ contra venditorem non comparentem de indemnitate regressum habeat, modò, ut subdit *Berlich. conclus. 24. n. 90. & seqq.* fideliter in judicio versetur, & sic se gerat, ne quid nomine negligentiæ, aut culpæ ei imputari possit. Non debet igitur contumax esse, nullos terminos negligere, non transigere, non compromittere, sed judicis legitimam sententiam exspectare, à sententia contra se lata appellare, & appellationem prosequi, & in sũma omnia illa facere, quæ pro consuetudine curiæ, vel actori, vel reo, cujus personam sustinet, facienda incumbunt. Cujus rei ratio est, quia, ut paulò antè diximus, emptor principalis persona est, sive conveniatur pro re vendita, sive ipse alium conveniat, & venditor tan- 24 25

 tum

tùm acceſſoria: Licèt igitur perſona acceſſoria ſe ſubducat, proſecutio litis tamen emptori tanquam perſonæ principali incumbit.

26 Hoc igitur præſtito videndum eſt, an emptor victoriam obtineat, vel causâ cadat, Si victoriam obtinuerit, habet quidem rem ipſam, de qua lis eſt, & illius nomine adversùs venditorem nullam actionem de evictione, ſed, cùm ad *Art. 1.* dixerimus, quòd actio ex empto de evictione non detur tantùm ad pretium rei evictæ, ſed etiam ad omne damnum, & intereſſe, nullum eſt dubium, quòd emptor propter expenſas litis, & quanti aliàs ſuâ intereſt, venditorem convenire poſſit. Quod approbat articulus noſter in Verſ: Iſt aber / ubi ſtatuitur, quòd venditor, qui ad denunciationem non comparuit, teneatur, emptorem indemnem ſervare, indemnis autem non eſſet, ſi expenſis litis aliiſque damnis, & ſumptibus carere deberet.

27 Quod ita intelligendum eſt, niſi emptor, qui victoriam obtinuit, etiam ab adverſario temerarias litis expenſas exſecutivè recuperaverit, nam bona fides non patitur, ut idem bis recipiat, vel etiam pro expenſis condemnationem obtinuerit, & tamen illas exigere neglexerit, vel alio modo ipſe in culpa fuerit, quòd ei litis expenſæ non fuerint adjudicatæ, fortè quia non fuerunt petitæ. *Fachin. dict. lib. 2. cap. 39. per totum.* & *Gomez. tom. 2. cap. 2. n. 47.* Cùm ſecundùm *Statutũ 7. Tit. 9.* der Gerichts-Ordnung / tantùm earum expenſarum litis ratio habeatur, quæ vel ob contumaciam, & inobedientiam adverſarij, vel ob temeritatem litigantis petuntur.

28 Quid ſi verò expenſæ litis petitæ, ſed à judice compenſatæ fuerint? Et in hoc caſu dubium eſt inter doctores, an à venditore emptori reſtituendæ ſint. Rationes pro, & contra videri poſſunt apud *And. Fachin. dict. lib. 2. cap. 39.* & apud *Caballin.* §. *3. n. 146. & ſeqq.*

29 Sed nos in jure noſtro ſtatutario id ſatis clarè deciſum eſſe putamus. Dicit enim articulus noſter, quòd emptor, qui pretium non ſolvit, legitimas expenſas litis deducere poſſit: **Kan den auffgewendten rödlichen Unkoſten daran auffhöben / vnnd jnnen behalten /** ergò eadem æquitate, & juſtitiâ, ſi pretium jam priùs fuit ſolutum, à venditore repetere poteſt. Vel enim venditor ad emptorem defendendum liti acceſſit, vel ſpreta denunciatione non acceſſit. Si acceſſit, tenetur emptorem defendere ſuis ſumptibus. *l. ſi plus.* §. *mota. ff. de evictionibus. l. ſuo victu. ff. de operis libert.* In ſecundo caſu, emptori tenetur ad id, quanti ipſius intereſt, ſub quo etiam expenſæ litis continentur. *Burgund. cap. 93. n. 1.* Compenſatio igitur expenſarum venditori nihil, ſed tantùm evincenti proficit, cùm ex ea præſumatur juſtam cauſam litigandi habuiſſe.

30 Aliud eſt, ſi emptor denunciationem intermiſit, nam tunc jus exigendi expenſas à venditore non habet, tametſi ſententiam pro ſe obtinuerit, cùm fortè venditor denunciatione tempeſtivè facta litem ſine expenſis, & breviori via expedire potuiſſet, juxta verba: **Und wann er gleich die Erkanntnuß für ſich erhält / kan er doch den Unkoſten nit forderen / ſeytenmahlen villeicht der Verkauffer / da jhme zu rechter Zeit / der Stritt wäre ankündet worden / den Kläger mit beſſeren Bericht alsbalden ohne Unkoſten hätte abtreiben können.**

31 Denique ſupra jam dictum eſt, ſi lis in limine contractûs immineat, quòd emptor totum, vel partem pretij nondum ſoluti retinere poſſit, donec ei à venditore fidejuſſoribus, aut pignoribus caveatur, & ſi cavere nolit, quòd emptori pretium in manibus remaneat, donec proceſſus ſuper re vendita terminetur. Quid ſi ergò emptor victoriam obtinuerit, & ſic proceſſus per judicialem ſententiam finem acceperit? Reſpondet articulus noſter, quòd emptor obligatus ſit ad pretium cum uſuris legitimis ſolvendũ: Ratio eſt, quia re vendita, & pretio ſimul frui non potuit; Juſtum ergò eſt, ut pretium retentum, vel ex toto, vel pro parte cum intereſſe moræ

finitâ

finitâ lite restituat, deductis interim expensis, ut modò diximus, legitimis in litis prosecutionem factis.

Recolligenda tamen hîc iterum est prior distinctio, an res litigiosa fuerit per modum actionis, vel per modum exceptionis. In primo casu, ea locum habent, quæ modò de usuris pretij non soluti diximus: In secundo casu, quando ponimus, emptorem cecidisse à possessione rei venditæ sine sua culpa, ita ut illam per actionem ipse recuperare debuerit, & obtenta lite fructus rei percepti tertio possessori adjudicati, & expensæ litis compensatæ fuerint, certum est, quòd emptori, cui fructibus rei venditæ carendum est, etiam præstatio usurarum pro pretio non soluto neutiquam incumbat. Ratio est, quia emptor factâ denunciatione à venditore semper, & in omnibus servandus est indemnis, juxta verba: Ist aber dem Verkauffer der Stritt zu rechter Zeit verkündt worden / so ist Er den Kauffer in allen Schad-loß zuhalten schuldig. Quæ indemnitatis obligatio ipsum utique à præstatione usurarum relevat. Intellige tamen, si possessor rei litigiosæ à fructuum restitutione, fortè quia non fuit nudus detentor, sed bonæ fidei possessor, jure absolutus fuit: Nam, si absolutio per imperitiam, imprudentiam, vel corruptionem judicis, aut errore facti contigerit, id venditori nocere non debet, textus expressus in *l. si per imprudentiam. 51. ff. de evictionibus.* Si per imprudentiam, inquit Ulpianus, aut errorem judicis emptor rei victus est, negamus, auctoris damnum esse debere, aut quid refert, sordibus judicis, an stultitiâ res perierit? Injuria enim, quæ fit emptori, auctorem non debet contingere. 32

Der Fünffte Articul.

WAnn der Verkauffer von seinem Abkauffer vmb Gewehrschafft angesprochen würdet / vnnd er solch Guet zuvor auch von einem / durch Kauff / oder in ander solchen weg / daß derselb jhme Gewehrschafft schuldig / bekommen / Stehet jhme bevor / denselben von deme er das Guet gehabt / alsbalden vmb die Gewehrschafft zubeklagen / Unnd ist nit schuldig zuwarten / biß er waißt / ob seinem Abkauffer solch Guet von deme / der jhms angesprochen / abgewunnen / vnd aberhalten würdet.

SUMMARIA.

1. *Quid si res vendita per plures manus transierit, an omnibus denunciatio litis facienda sit?*
2. *An ultimus emptor per saltum primum venditorem, vel intermedium convenire possit?*
3. *Quid si res transiverit cum onere hypothecæ?*
4. *Quid si verò intermedij emptores ultimo cessionem suorum jurium spontè fecerint?*
5. *Quid si res transiverit non titulô onerosô, sed lucrativô?*
6. *Quare in titulo lucrativo non præstetur evictio?*
7. *Quid si semper factæ fuerint cessiones actionum?*
8. *Quid juris sit, si res in plures manus devenerit, & ultimo emptori litigiosa reddita fuerit?*
9. *An de evictione à prioribus venditoribus agi possit, antequam res litigiosa ultimo emptori per finalem sententiam omninò adimatur?*
10. *An ad hoc, lite solummodo cœpta, & non finita, necesse sit, pro ut de jure nostro statutario requiritur, ut alicujus juris reservatio facta fuerit?*
11. *Quomodo intelligenda sint verba articuli nostri, & an vi illorum effectus evictionis lite cœpta, & nondum*

dum consummata, vel an saltem cautio pignoratitia, vel fidejussoria peti possit?

12. An tunc de evictione agi possit à prioribus venditoribus, quando ultimo emptori res actualiter evicta est?

13. An necesse sit, ut similiter emptores suo ordine venditoribus litem judicialiter denuncient?

1 ATtingit hic articulus materiam, quam *Gomez. tom. 2. var. resol. cap. 2. n. 46.* subtilem sed tamen etiam necessariam nominat: Scilicet, quid juris sit, si res vendita per plures manus transierit? Nos illam, ut clarior fiat, in plures responsiones partiemur.

Dicimus igitur 1. Si res vendita ex venditione per plures manus transierit, & lis ultimo emptori mota fuerit, quòd non tantùm ultimus emptor conventus, suo imediato auctori, sed quilibet prior etiam suo venditori litem denunciare debeat, donec perveniatur ad primum venditorem, ita ut ille venditor, cui nulla denunciatio facta est, non teneatur, cùm reliquorum denunciationes ipsi nec prosint, nec obsint. Glossa singularis *in l. si pro re. 22. §. si pro evictione. 1. in verbo agere litt. X. ff. de evictionibus. Caballin. de evictionibus. §. 3. quæst. 11. num. 143. Berlich. dict. conclus. 24. num. 34.*

2 Ex quo sequitur 2. Quòd ultimus emptor contra primum, vel intermedium venditorem de evictione nullam actionem habere possit, tametsi eidem litem denunciaverit, quia denunciatio, quæ illi incumbit, tantùm restringitur ad suum imediatum auctorem. Et hujus rei ratio est, quia, ut supra diximus, pro evictione datur tantùm actio personalis ex empto, actio autem personalis activè, & passivè tantùm competit in illum, cum quo quis contraxit, aut ejus hæredes, non adversùs tertiam singularem personam, cum qua nihil actum, aut nullum negotium gestum est. *Gomez. dict. tom. 2. cap. 2. n. 46.* ubi plures alios citat. *Nicol. Burgund. cap. 63. n. 3.* Cùm igitur re per plures manus transeunte diversi supponantur esse contrahentes, diversi tituli, & contractus, meritò quilibet suo auctori denunciationem facere, & re evicta cum eo, cum quo contraxit, de evictione agere debet, nec hîc saltus admittitur, ut ultimus emptor, vel possessor de evictione primum venditorem, aut intermedium convenire possit.

3 Sequitur tamen 3. Si res cum obligatione reali hypothecæ ad ultimum emptorem, sive possessorem transierit, quòd etiam primo, vel intermedio contrahenti litem denunciare, & re evicta adversùs illum de evictione agere possit. In exemplo res fit clarior: Ponamus, quòd Titius fundũ quendam vendiderit Sempronio, & eidem in omnibus suis bonis pro evictione hypothecam constituerit: Sempronius eundem fundum in Cajum alienat cum simili constitutione hypothecæ in omnibus suis bonis: Tertiò denique Cajus alienationem hujus fundi facit in Cornelium, & generalem constitutionem hypothecæ repetit. Dicimus igitur, quòd in tali casu Cornelius litem intermedio, vel primo venditori denunciare, & re evicta contra eum actione hypothecaria experiri possit: Transit enim hypotheca à primo venditore constituta ad secundum, sive intermedium emptorem, cùm supponamus, primum emptorem Sempronium obligâsse secundo emptori Cajo omnia sua bona: Atqui hypotheca à primo venditore constituta, fuit, sive extitit in bonis Sempronij, ergò etiam illa transivit ad Cajum: Et cùm Cajus Cornelio similiter obligaverit omnia sua bona, sequitur, quòd etiam hypotheca Sempronij, quæ fuit in bonis Caij, ipsi fuerit obligata, & sic ultimus possessor contra quemlibet ex præcedentibus venditoribus actionem hypothecariam habeat, cujus intuitu libera illi est contra quemlibet de evictione agendi potestas.

Sequi-

Sequitur 4. Si primus emptor Sempronius vendendo fundum Cajo, cesserit ei omnes actiones, quas habuit adversùs Titium primum venditorem, & Cajus iterum cesserit ultimo emptori Cornelio, utique Cornelius ex jure cesso non tantùm actionem hypothecariã habet, ut in sequela præcedenti diximus, sed etiam actionem personalem ex empto contra quemlibet præcedentem venditorem. Ratio est, quòd omnes actiones personales cedi possint. *Gomez. loc. cit. n. 46. Burgund. cap. 36. n. 3. Caballin. loc. cit. n. 143.* Ubi dicit: Restringitur tamen hoc dictum, ut non procedat, si in instrumento venditionis fuerint cessæ omnes actiones competentes, & competituræ: Nam in hoc casu non erit necesse, quòd ille, qui emit à me, denunciet mihi, & ego auctori meo, sed ipse potest directò auctori meo denunciare, & (supple) re evicta auctorem meum virtute cessionis actione ex empto de evictione convenire. 4

Sequitur 5. Hæc, quæ modò diximus, in sequela 3. & 4. tantùm locum habere in casu, quo res vendita à primo emptore usque ad ultimum transivit semper titulo oneroso: Nam, si ponas, à Cajo V. G. rem transijsse ad Cornelium titulo lucrativo donationis, legati, &c. Cornelius re evicta neque contra Cajum, neque alios priores venditores, sive ipsi gradatim hypothecas generales pacti sint, sive sibi invicem cessiones jurium fecerint, nullam prorsùs actionem habet. Ratio est, ut paulò post videbimus, quia Cornelius gratuitus successor nullam actionem habet contra Cajum suum immediatum auctorem, ergò multò minùs contra priores. *Gomez. loc. cit. n. 46. vers. si verò emptor.* 5

Et licèt pro sequela 6. Supponas, quòd ultimus venditor pro titulo gratuito, V. G. donationis constituerit donatario specialem hypothecam, obligatio tamen, quæ ex hac speciali hypotheca oritur, priores venditores mediatos ob generales hypothecas omnium bonorum constitutas nullo modo afficit. Ratio clara est, quia, ut dicemus ad *Art. 7.* regulariter in contractibus gratuitis, sive lucrativis nulla evictio debetur: Non potuit igitur specialis obligatio, quam ultimus venditor suo emptori fecit, per constitutionem specialis hypothecæ prioribus auctoribus ob generalem suam hypothecam esse nocumento, quia præsupponimus, per titulum gratuitum, sive lucrativum omnem actionem personalem de evictione extinctam esse, ergò etiam extincta est generalis illa hypotheca actionis personalis accessoria: Si autem ultimo emptori à suo auctore simul etiam cessæ fuerint actiones, quæ ipsi competebant, non est dubium, quin, sicut ultimus venditor, V. G. Cajus potuit Sempronium convenire de re sibi evicta, ita etiam possit Cornelius ex vi, virtute, & efficacia cessionis sibi factæ, non obstante titulo gratuito, actionem de evictione contra Sempronium instituere, imò etiam hypothecariam, si præsupponas, obligationem hypothecariam per successivas cessiones ad ultimum quoque successorem precarium devenisse. 6

Sequitur denique 7. consultum esse, ut quilibet emptor in instrumentis obligatorijs de evictione faciat sibi cedi antecessorum auctorum quascunque actiones competentes, & competituras. Cùm virtute illarum consequi possit, quod aliàs ex vi contractus lucrativi eidem denegaretur. 7

His igitur præmissis, alia quæstio in præsenti articulo ponitur, an scilicet in casu, quo res vendita per plures manus transivit, & ultimo emptori litigiosa reddita fuit, ultimus venditor, V. G in proposito exemplo Cajus contra Sempronium, & Sempronius contra Titium statim de evictione agere possint, tametsi res litigiosa ultimo emptori per sententiam nondum fuerit evicta, multò minùs per exsecutionem ablata? Ratio dubitandi est, quia ipse ultimus emptor Cornelius contra Cajum imediatum suum venditorem, ut in præcedenti articulo explicavimus, de evictione agere non potest, nisi res per sententiam exsecutioni mandatam actualiter fuerit 8

rit evicta ; Ergò nec ipſe Cajus contra Semproniū , nec Sempronius contra Titium de evictione agere poſſunt. *Gomez. dict. cap. 2. n. 46. verſ: item etiam quæro* , ubi diſtinctionem facit , an ultimus venditor rem ſimpliciter alienaverit , nullum ſibi jus in ea reſervando , vel an alienaverit cum reſervatione alicujus juris in ea. V. G. Si rem in dotem , feudum , vel emphyteuſin tantùm conceſſerit. In primo caſu dicit , Cajo ultimo venditori contra Sempronium , & Sempronio contra Titium actionem de evictione non competere , niſi ultimus emptor contra ipſum Cajum re ſibi evicta , & per ſententiam ablata egerit de evictione , & Cajus eidem ad ſatisfactionē , & indemnitatem condemnatus fuerit. In ſecundo verò caſu , Cajo contra Sempronium , & Sempronio contra Titium actionem de evictione competere ſtatim, atque res Cornelio ultimo emptori per rei judicatæ exſecutionem ablata fuit , tametſi ille actione ex empto de evictione , quæ 30. integris annis durat , contra Cajum iṁediatum venditorem nondum uſus fuerit , multò minùs ſententiam , aut ſententiæ exſecutionem obtinuerit : Ubi rationem differentiæ reddit , quòd in caſu reſervati alicujus juris per ſententiam , & exſecutionem contra Cornelium factam , Cajo jus ſibi reſervatum intereat , cujus intuitu ſtatim contra Sempronium , & is contra Titium actionem de evictione habeat. Secus ac in altero caſu , ubi ſimpliciter facta venditione Cornelius priùs ſuum iṁediatum auctorem Cajum actione ex empto de evictione convenire , & illius exitum exſpectare debet. Ex quo apparet, errare *D. Balthaſ.* dum ad hunc *Tit. reſol. 5. n. 4.* ſcribit , ultimum venditorem ſtatim contra priorem venditorem auctorem ſuum agere poſſe , quando ſibi in ultima venditione jus aliquod reſervavit , poſteaquàm *illa* res ab ultimo emptore , qui ab eo cauſam habet , NB. evinci incipit, quod tamen Gomez: ne ſomniavit quidem , ſed in utroque caſu requirit , ut res ab ultimo emptore fuerit actualiter evicta , ita tamen , ut poſtremus venditor contra ſuum auctorem , quando ſibi in re ſua vendita aliquod jus reſervavit , poſt ſententiam contra ultimum emptorem latam , & exſecutioni mandatam ſtatim actionem de evictione habeat : In altero verò caſu, quando nullâ factâ reſervatione alicujus juris res ultimo emptori ſimpliciter vendita fuit , is etiam poſt rem actualiter per ſententiam , & exſecutionem evictam contra ſuum auctorem de evictione nondum agere poſſit , niſi ipſe poſtremus venditor ab ultimo emptore poſt rem evictam actione ex empto de evictione conventus ſuccubuerit , & exſecutionem ſuſtinuerit , quæ à D.
9 Balthaſ: propoſitione longè aliena ſunt : Ut itaque hæc ſubtilis difficultas è medio tollatur , in præſenti articulo , noſtro judicio , prudentiſſimè ſtatuitur, ut ſtatim, atque ultimus emptor de evictione conveniri cepit , quilibet ex venditoribus non exſpectatâ ſententiâ , aut rei judicatæ exſecutione , litis cum ultimo emptore ceptæ , contra ſuum auctorem de evictione agere poſſit , ſive ultima venditio facta fuerit cum reſervatione alicujus juris , ſive
10 ſine reſervatione. Si proindè Gomezij doctrinam ſubtilem , nobiſcum juri communi conformem exiſtimes , articulus iſte notabilem , & inſignem dif-
Diff. ferentiam à jure communi continet : Et quidem in duobus punctis 1. Quòd detur actio de evictione prioribus venditoribus etiam re nondum evicta , ſed lite tantùm cepta. 2. Quòd re ab ultimo venditore ſimpliciter , & ſine reſervatione alicujus juris vendita eidem contra ſuum auctorem , & ſic conſequenter omnibus prioribus venditoribus uſque ad primum concedatur actio de evictione , tametſi ultimus venditor de evictione nondum conventus , multò minùs condemnatus , aut exſecutioni ſubjectus fuerit : Attamen etiam hujus opinionis , & conſtitutionis noſtræ ſtatutariæ , videtur eſſe gloſſ: in *l. ſi pro re. 22. in verbo agere. litt. X. ff. de evictionibus.* ut proinde , ſi velis , authoritate gloſſæ , quæ magna eſt , hanc differentiam declinare poſſis. Et hujus ſtatuti ratio non incongruè aſſignatur , quòd nimis

mis durum videatur, ultimo venditori necessitatem imponere, suo auctori, & consequenter cuilibet priori venditori tamdiu moram, & quasi justitium indulgendi, donec duo processus terminentur; Primus, qui est inter evincentem, & ultimum possessorem, & secundus, qui re actualiter evicta conceditur ultimo emptori adversùs suum auctorem de evictione, cùm intereà priores venditores possint mori, depauperari, vel infortunio, aut quocunque alio modo ad incitas redigi, ut terminatis litibus postmodùm regredientium actiones inanes sint.

Interim verba articuli nostri: Quòd ultimo venditori liberum sit, suum auctorem statim pro evictione convenire: Stehet jhme bevor denselben / id est, seinen Abkauffer / von dem Er das Guet gehabt / alsobald vmb die Gewehrschafft zubeklagen / ita ut obligatus non sit, litis exitum exspectare, biß Er waiß ob seinem Abkauffer solch Guet / von deme / der jhms angesprochen / abgewunnen / vnnd aberhalten würdet: Non sunt ita intelligenda, ut ultimus venditor statim possit recuperare à suo auctore, & similiter retrogrado ordine singuli emptores à suis venditoribus usque ad primum, pretium rei venditæ cum omni damno, & interesse, antequàm lis inter evincentem, & ultimum emptorem fuerit dijudicata, & res realiter evicta. Sed, ut ad *Art. 3.* diximus, quando lis in limine contractûs iminet, conceditur quidem actio emptori de evictione, verùm solùm ad hunc effectum, ut venditor cautionem fidejussoriam, vel pignoratitiam præstare debeat, ita etiam actio de evictione ultimo venditori contra priorem re nondum evictâ, sed evinci ceptâ vi hujus articuli concessa nullum alium effectum habere potest, nisi ut sibi de dubio litis eventu per fidejussores, aut pignora securitatem procuret. Diximus enim, rationem hujus constitutionis esse periculū, quod ex actione ab evincente ultimo possessori mota omnibus prioribus venditoribus iminet. Si igitur quilibet sibi contra auctorem suum actione de evictione pro pignoratitia, vel fidejussoria cautione vigilaverit, cessat ratio hujus constitutionis, & proindè ipsa dispositio legis: Nam certè iniquum foret, si priùs allata verba vellemus de actuali satisfactione, & indemnitate intelligere, ut ultimus venditor priùs suum reciperet, antequàm ultimo emptori obulum solveret; Atqui, ut hactenùs sæpiùs repetivimus, emptori ultimo ad nullum obulum est obligatus, antequàm res realiter fuerit evicta, & ipsi per sententiam, & exsecutionem sublata, ergò nec priores venditores obligationem satisfactionis priùs habent, antequàm actualis, & realis evictio contigerit. Imò ulteriùs dicimus, si res ultimo possessori, sive emptori realiter fuerit evicta, & ablata, quòd adhuc ultimus venditor contra suum auctorem, & successivo ordine reliqui ad actualem solutionem rei evictæ, & per exsecutionem possessori ablatæ juxta doctrinam Gomezij actionem non habeant, nisi ultimus venditor post rem evictam in actione ex empto de evictione succubuerit, & ultimo emptori satisfecerit: Quid si enim contra ultimum emptorem legitimas exceptiones habuerit, quibus oppositis ab actione de evictione se liberavit, vel liberare potuit, V. G. quòd lis illi non fuerit tempestivè denunciata, vel alias, de quibus paulò post sequetur, utique injustum foret, ut ipse recuperaret à suo auctore, quod emptori non præstitit. 11 12

13 Notabiliter igitur observandum est, quòd omnia illa, quæ hucúsque de obligatione venditorum, cùm res per plures manus transivit, suis emptoribus satisfaciendi, & indemnitatem præstandi diximus, intelligenda sint, si semper ordine retrogrado quilibet, qui causam ab altero habuit, auctori suo litem tempestivè denunciaverit, nam illâ omisâ ordo retrogradus per se extinguitur. V. G. si juxta exemplum suprapositum Cornelius litem non denunciaverit Cajo, tota causa deperdita est, si autem Cajo denunciatio facta fuerit, & is illam Sempronio facere intermiserit, omnis a-

ctio contra Sempronium, & Titium ei denegatur, & sic similiter Sempronio denegatur contra Titium, si ab ipso denunciatio Titio facienda neglecta fuerit. Et hanc putamus solidam interpretationem esse hujus articuli, & materiæ aliàs satìs difficilis.

Der Sechste Articul.

WAnn der Kauffer sich in dem getroffnen Kauff der Gewehrschafft verzigen vnd begeben hat / ist der Underschid zumercken / Wofern der Kauff vmb ein Erbschafft beschehen / oder jhme wäre ein strittige Sach mit Anzaig / wie vnd was Gestalt sie strittig / so guet als sie ist / oder etliche vil Güter / Recht vnd Gerechtigkeit / strittigs vnd vnstrittigs / mit Andeutung der Strittigkeiten verkaufft worden / In solchem Fall / wann sich der Kauffer der Gewehrschafft begeben / ist der Verkauffer nit schuldig / die sonderbahre Stritt zugewehren. Wurde aber die gantze Erbschafft oder sonsten etwas / das für richtig gehalten worden / angesprochen / vnnd dem Kauffer aberhalten / so ist der Verkauffer gleichwol nit schuldig / Gewehrschafft zu laisten / vnd vmb allen Schaden guet zu seyn / doch mueß er den eingenommenen Kauff-Schilling wider erstatten.

SUMMARIA.

1. *Quot sint casus, in quibus evictio nullo modo peti possit?*
2. *Quid de illo casu dicendum, quo venditor se ab evictione per pactum, vel contractum liberat?*
3. *Quæ distinctio sit facienda inter res singulariter venditas, vel venditas in hæreditate, vel universitate?*
4. *Quid si quis universitatem vendat?*
5. *Quid si quis vendat simpliciter, quod habet in hæreditate, vel in universitate?*
6. *Quid si quota aliqua hæreditatis vendatur?*
7. *Quid habeatur pro universitate vendita?*
8. *Quid si rem particularem vendens pactum fecerit, ne de evictione quoquomodo teneatur?*
9. & 10. *An emptor re evicta tamen teneatur ad restitutionem pretij?*
11. *Quid si ipse venditor, vel hæres ejus rem evincat?*
12. *Quid si venditor in dolo fuit, ut res evincatur?*
13. *Quot casus in hoc articulo figurentur?*
14. *An in casu, quo venditur hæreditas, rerum singularium præstari debeat evictio?*
15. *Quare articulus noster tam sollicitè requirat in tali casu renunciationem evictionis?*
16. *An, si venditur res litigiosa, id emptori denunciari debeat?*
17. *An talis emptor actionem de evictione habeat?*
18. *Quid si vendatur universitas?*
19. *Quid dicatur vera universitas?*
20. *Quæ, & qualis inter hæreditatem, & universitatem differentia sit?*
21. *An Hoffmarchiâ venditâ dicatur vendita universitas?*
22. *Quid si verò venditor, Hoffmarchiam vendendô, expressum pactum fecerit, quòd nolit teneri de rebus singulis evictis?*
23. *Quid si emptorem venditor ad emendum malitiosè, & dolosè induxerit?*
24. *Quid si tota hæreditas evicta fuerit, an renunciatio impediat pretij repetitionem?*
25. *Quid si pars alicujus hæreditatis fuerit evicta?*

26. *Quid*

26. Quid si tota aliqua universitas fuerit evicta, an pactum de renunciatione evictionis tollat pretij repetitionem?

27. An re in particulari vendita cum tali pacto renunciatorio debeatur nihilominùs pretium?

28. Quid si quis res hæreditatis, & universitatis vendat, ut singulas?

29. Quid si renunciatio evictionis facta fuerit tantùm ratione certæ causæ, vel certæ personæ?

QUamvìs plurimi casus sint, in quibus evictio peti non potest, quorum *Math. de Afflictis. in cap. 1. §. rursus si fidelis tit. quibus modis feuda amittantur. n. 10. & seqq.* quadraginta duos. *Collegium Argentoratense. lib. 21. tit. 2.* quadraginta octo. *& Caballinus. §. 5. n. 4. & seqq. usque ad finem.* quinquaginta unum recensent, & in *Artic. nostro 8.* mox sequenti tredecim enumerentur; Tamen in hoc articulo specialiter tractatur de casu frequentissimo, quando venditor in instrumento expresse pactus est, quòd nullo modo de evictione teneri velit: Sicut enim ad *Art. 4.* diximus, quòd venditor cum emptore convenire possit, ut necesse non sit, sibi denunciationem fieri, ita reciprocè in favorem suum cum emptore pacisci potest, ne illi, id est emptori, in casum evictionis sit obligatus. *Caballin. de evictionibus. §. 5. n. 25. Gomez. var. resolut. tom. 2. n. 24.* Ad pleniorem autem hujus rei explicationem præmittamus inprimis, quæ juris communis sunt, ut explicatio articuli nostri facilior fiat. Distinguendum est igitur, an tale pactum, quo venditor se ab evictione liberat, intervenerit in venditione alicujus hæreditatis, vel universitatis, vel in venditione alicujus rei particularis. Si intervenit in venditione universitatis, aut alicujus totius hæreditatis, vel partis, aut quotæ hæreditatis, vel totius alicujus corporis, quod non tantùm ex pluribus bonis, & rebus particularibus, sed etiam ex pluribus juribus liquidis, & illiquidis, certis, & litigiosis constat, subdistinguendum est, an tota universitas evincatur, vel tantùm res aliqua particularis ex universitate; In posteriori casu, quo res aliqua singularis evincitur, venditor de evictione non tenetur, textus est expressus in *l. emptor. 1. C. de evictionibus.* Ubi imperatores ajunt: Evictio quoque non præstatur in singulis rebus, cùm hæreditatem jure venijsse constat, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenerit. Rationem ibi reddit gloss: & cum ea *Caballin. dict. §. 5. n. 30. & D. Rath. in disput. Juridic. de evict. thesi. 35.* Aut enim res singularis evicta hæreditaria fuit, aut non: Priori casu evictionis causa ex judicis injuria descendit, quæ emptori neutiquam obesse debet. Posteriori casu venijsse non censetur, adeóque nec ejus nomine evictio præstanda est. Addit *Gomez. loc. cit. n. 44. circa finem.* Etiam tertium casum, si scilicet res fuerit hæreditaria, sed justè evicta, quia evincens probavit se dominum: Nam etiam venditor pro tali re speciali ex hæreditate evicta non obligatur, quia non videtur plus vendidisse, quàm jus, quod habuit in tota hæreditate, & cùm illud non sit evictum, meritò venditor de evictione rei particularis non tenetur. Si autem redeundo ad primum casum tota universitas evicta fuit, V. G. tota hæreditas, fortè quia probatum est, quòd venditor non sit hæres, & proinde hæreditas alteri adjudicata, vel ille, de cujus hæreditate, & successione agitur, non sit mortuus, dubium non est, quin venditor ad evictionem obligatus sit, per textum expressum in *l. quòd si. 8. & 10. ff. de hæred. vel act. vend.* Ubi JurisConsultus Jabelenus distinctionem facit, an venditor simpliciter dixerit, quòd vendat hæreditatem, vel tantùm quòd vendat id, quod ex hæreditate ad se pertinet: Si enim vendit hæreditatem ipsam, & hæres non est, quem se tamen præstare debet, *l. 13. ff. eodem*, tenetur de evictione ad æstimationem totius hæreditatis: Si autem id solum vendidit, quod ex hæredi-

Margin numbers: 1 2 3 4 5

reditate ad se pertinet, & ex postfacto apparet, nihil ad eum pertinere, debet emptori pretium restituere, & insuper omne id, quod in eam rem impendit, refundere.

6 Unum tamen hîc annotandum est, nimirum, quòd dixerimus, venditorem alicujus hæreditatis, vel universitatis non esse obligatum de evictione, si res aliqua particularis, vel specialis tantùm evicta fuerit; Nam aliud dicendum est, si tota aliqua pars, vel quota hæreditatis, vel universitatis, triens, quadrans, vel similis evicta fuerit, V. G. Titius vendidit mihi totam hæreditatem, quæ ipsi fuit cum duobus fratribus suis Sempronio, & Cajo communis, ita ut non nisi triens hæreditatis ad ipsum pertineret: Vel Titius, Sempronius, & Cajus possidebant aliquam universitatē in communi, & Titius mihi vendidit eam ex asse, cùm non nisi tertia pars ad ipsum spectaret, mihi profectò parte hæreditatis, vel universitatis ab uno ex fratribus evictâ perindè competit actio de evictione adversùs Titium venditorem, tanquam si mihi tota hæreditas, vel universitas evicta fuerit, quia hac in parte non agitur de re speciali, sed de quota hæreditatis, vel universitatis evictâ, cujus nomine evictio rectè petitur, *dict. l. quòd si. 8. 9. 10. & seqq. ff. de hæred. vel act. vendita.* Imò si ex hæreditate, vel universitate vendita tot res particulares, vel speciales evincerentur, ut dimidiam hæreditatem, vel universitatem exhaurirent, venditor tamen de evictione non teneretur, sicut tenetur, quando vendidit hæreditatem, vel universitatem suo solius nomine, quæ tamen alijs pro semisse, triente, aut etiam minori quota fuit communis, & evicta. Sicut è contrario, quando hæreditas, vel universitas vendita fuit, quæ Titio cum Sempronio, & Cajo fuit communis, *consistens* solùm in tribus portionibus æqualibus, fortè in tribus æqualibus cancellis, **in drey Peunten /** 30. jugerum ejusdem bonitatis, evictio ex hoc capite peti potest, quòd unus specialis, & particularis cancellus ex tribus à Titio simultaneè venditis evictus fuerit, cùm hæc portio trientem hæreditatis conficiat. Videatur hac in parte *D. Rath. dict. disput. juridic. de evictione. Thesi. 35.* cum quo omnes DD. conveniunt, qui simpliciter volunt, id, quod de re singulari evicta in *l. 1. Cod. de evict.* statutum est, ad quotam hæreditariam quamcunque sive magnam, sive parvam extendi nec debere, nec posse.

7 Ad hæc autem, quæ de venditore universitatis hactenùs diximus, singulariter notandum est, quòd non omne corpus integrale ex multis membris, sive partibus constans pro universitate haberi possit, V. G. grex ovium, pecudum, &c. constans ex pluribus individuis venditus, non potest haberi pro universitate vendita. Et hinc, nisi aliud inter partes conventum fuerit, si una, aut altera ovis, unum, vel alterum pecus, aut equitio vendito unus, vel alter caballus tanquam alienus evincatur, item si ex Bibliotheca vendita aliqui particulares libri alteri adjudicentur, rectè emptor gregis, equitij, vel Bibliothecæ contra venditorem de evictione agit, quoniam, qui vendit corpus aliquod integrale, tenetur etiam ad præstandam evictionem pro membris, & partibus ipsius. Sed ad hoc, ut universitas dicatur vendita, requiritur, ut aliquod jus universale, sive totum aliquod collectivum cum juribus activis, & passivis, creditis, & debitis, liquidis, & illiquidis, ut articulus iste definit, fuerit venditum, & in alium translatum, sive, ut clariùs dicam, is dicitur universitatem emere, qui ita jus aliquod suum facit, ut per illud in se translatum non tantùm commodorum, quæ ab auctore dependent, fiat particeps, sed etiam oneribus, & incomodis, quæ auctori incubuissent, subjiciatur, prout benè explicat *D. Ignatius Rath. ad tit. de usucapionibus. n. 11. & sequentibus.* & nos paulò post in exemplo de Hoffmarchia vendita pleniùs examinabimus.

Quod

Quod attinet ad secundum membrum distinctionis, si quis scilicet alteri rem particularem vendiderit, & cum eo convenerit, ne de evictione obligatus sit, communis apud doctores doctrina est, ejusmodi pactum sustineri, per textum expressum in *l. ex empto. 11.* §. *qui autem. 18. ff. de actionibus empti, & venditi.* Communiter hunc textum citant in *l. emptorem. ff. eodem.* quæ in vulgari editione *ff.* non est separata lex, sed §. *12. dict. l. ex empto. 11. Fachineus. lib. 2. controv. cap. 40. vers. major controversia, &c. Covar. var. resol. tom. 2. lib. 3. cap. 17. n. 2. Caballin. de evict.* §. *5. n. 25. & 65.* Notabiliter autem *dict. l. ex empto. 11.* §. *qui autem. 18.* hanc limitationem addit, ut quidem non detur actio de evictione ad consequendū damnum, & id, quod emptoris interest, detur tamen nihilominùs ad pretij repetitionem, ubi dicit: Si apertè in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine præstatum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Ubi Juris-Consultus pulchram rationem addit: Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret. 8

Ex qua decisione inter antiquos, & modernos juniores DD. dissensio orta est, an pretium solummodò tunc actione ex empto de evictione repeti possit, quando venditor simpliciter pactus est, quòd de evictione nolit esse obligatus, vel etiam in eo casu, quando pactus est, se pro hac, vel illa persona, hac vel illa causa nolle de evictione teneri. V. G. Si res empta evicta fuerit à Titio, vel ex causa libertatis, &c.? In qua differentia juniorum sententia prævaluit, ut eam pulchris rationibus confirmat *Covar. dict. cap. 17. n. 2. Fachineus. dict. cap. 40. vers. major.* & *Caballin. loc. cit. n. 26.* Est igitur ad hanc regulam, quòd venditor ad evictionem non obligetur, quando expressè conventum est, quòd de evictione teneri nolit, hæc prima exceptio: Ut nihilominùs teneatur ad refusionem pretij, ne emptor sit in damno, aut venditor locupletetur cum jactura aliena. 9 10

Secunda exceptio est: Si ipse venditor, vel hæres ejus rem ab emptore evincat; Casus est in *l. si ancillam. 11. C. de act. empt. & vend.* Cui similem adjungere possumus, si V. G. dominus rei venditorem hæredem constituerit, & ipsi injunxerit, ut rem suam alteri venditam evincat, & recuperet, tunc enim dubium non est, quin, si hæreditario nomine mandato testatoris satisfacere, & rem alienatam recuperare velit, emptorem debeat servare indemnem, & præstare, quidquid illius interest. 11

Tertia exceptio est: Si venditor fuit in dolo, ut quia scivit causam, ex qua res vendita evinci potuit, & illam malitiosè subticuit, nihilominùs verò sibi liberationem ab obligatione præstandæ evictionis pacto, & conventione procuravit, textus apertus in *dict. l. ex empto. 11.* §. *quia autem. 18. in fine.* Ubi dicitur, quòd is, qui sciens alienum vendit, ex empto teneatur, quia dolo fecit. Item in *l. tenetur. 6.* §. *si venditor. 9. ff. eodem.* Ubi dicitur: Si venditor sciens obligatum, aut alienum vendidisset, & adjectum sit, nevé eo nomine quid præstaret: Æstimari oportet dolum malum ejus: Quem semper abesse oportet in judicio empti, quod bonæ fidei sit. Dolus enim semper in actionibus, & contractibus bonæ fidei censetur exclusus. 12

His itaque ex jure communi præmissis, accedimus ad explicationem articuli nostri satis obscuri: Ille imprimis tres casus figurat, in quibus post renunciationem evictionis emptor adversùs venditorem regressum non habet. Primus est, si hæreditas vendita sit; Secundò, si res litigiosa vendita sit in eo statu, in quo est, cum certioratione, quare, & quomodò illa litigiosa sit: Tertiò, si quædam universitas bonorum cum omnibus juribus suis liquidis, & illiquidis, litigiosis, & illigitiosis in venditionem venerit, cum sufficienti certioratione litigiorum. 13

Quod

14 Quod attinet ad primum casum hæreditatis venditæ, supra ex jure communi deduximus, quòd singularum rerum evictio non debeatur, tametsi nec venditor pactum fecerit de non præstanda evictione, nec emptor actioni de evictione renunciaverit. Ut itaque mirum sit, quare articulus noster repetitis vicibus renunciationem emptoris, ut de rebus particularibus, & singularibus evictis actio de evictione locum non habeat, tam sollicitè requirat, & quasi energiam specialem in renunciatione ponat; Meritò planè videri possit, cùm *l. 1. C. de evictionibus.* sine tali pacto, & renunciatione actionem de evictione in rebus singularibus, & particularibus excludat, hac in parte differentiam inter jus commune, & statutarium constituendam esse.

15 Verùm, cùm verba *l. 1.* clara sint, quòd in hæreditate vendita emptor rem à possessoribus sumptu ac periculo suo persequi debeat, nec evictio præstetur in singulis rebus, si hæreditatem jure venijsse constet, tametsi nullum pactum de liberatione ab evictione, vel ejus renunciatione accesserit, de quo *dict. l. 1.* nec verbo mentionem facit, & in hæreditatis venditione contractui ipso jure quasi conditio insit, ne evictio rerum particularium debeatur, cùm ipsæ res particulares non sint venditæ, sed jus hæreditatis universale, consistens etiam in minima quantitate, putamus, nos non errare dicendo: Venditorem hæreditatis ab evictione etiam de jure nostro statutario liberum esse, tametsi in contractu specialis conventio liberationis à præstanda evictione non intervenerit. Quod innuit *Articulus 8.* Vers: Erstlichen / &c. Ubi casum de conventa liberatione à præstatione evictionis ad jus commune remittit: De jure communi autem ad hunc effectum, ut quis de rebus singulis, & particularibus ex hæreditate vendita evictis non teneatur de evictione, nullo modo requiritur, ut renunciatio præcesserit, ergò nec de jure nostro statutario. Intentio nostri articuli fuit, conjungere casus, in quibus rerum singularium, sive particularium evictio non debetur, quando evictionis necessitas per pactum, & stipulationem remissa fuit, ac inter hos primo loco posuit casum venditæ hæreditatis; Et quidem optimo jure, si enim venditor hæreditatis ad evictionem rerum particularium, & specialium non tenetur, quando nulla renunciatio actionis de evictione facta fuit, quasi, ut diximus, ex natura contractûs insit: Multò minùs tenebitur, quando accessit pactum de liberatione à præstanda evictione. Nec valet hæc argumentatio: Articulus noster dicit, quòd in hæreditate vendita non præstetur particularium rerum evictio, si sic inter partes conventum fuerit: Ergò præstari debet, quando sic conventum non fuit, ab expresso enim non datur illatio ad omissum, & ab affirmativa ad negativam.

16 De secundo casu articuli nostri, quando res venditur litigiosa, certum est, quòd venditor vitium rei litigiosæ emptori denunciare, & sincerè exponere debeat, si enim id non faciat, in dolo est, & se à præstanda evictione liberare non potest, tametsi centies liberationem ab evictione pactus fuerit, *Ludovicus Mol. de contractibus. disput. 380. n. 18.* Si tamen emptori vitium litigiosi fideliter aperuit, & eum ad renunciationem actionis de evictione commovit, sibi imputare debet emptor, quòd contractum hac lege injerit: Et in hoc casu videtur quasi jactum retis emisse, ut meritò nec sumptuum, aut damnorum, nec ipsius pretij repetendi jus habeat, idem

17 *Molin. loc. cit.* Sicut è contrario, si à venditore deceptus, & veritate suppresâ ad rei litigiosæ emptionem malitiosè inductus fuit, non tantùm pretij, sed omnium damnorum, & sumptuum repetitionem habet.

18 Tertius casus articuli nostri, quando venditur universitas bonorum, cum omnibus juribus suis passivè, & activè, bona cum malis, liquida

cum

cum illiquidis, certa cum incertis, illitigiosa cum litigiosis, convenit in effectu cum primo casu venditæ hæreditatis, ut scilicet singularum, & particularium rerum evictio non præstetur, si inter partes convenit, ne venditor de evictione teneatur.

Sed quid si in venditione alicujus universitatis nullum pactum de re- 19
nuncianda evictione intervenerit, an nihilominùs venditor ab illa in venditione rerum particularium liber, & immunis sit, uti supra de hæreditate
vendita diximus? Et respondemus affirmativè, si agamus de vera universita- 20
te, quæ consistit in jure aliquo universali plurium rerum particularium, & aliorum jurium activorum, & passivorum, liquidorum, & incertorum, ut supra diximus. Sed inter hæreditatem, & corpus integrale venditum, magna differentia est: Hæreditas enim est jus quoddam universale, & incorporale, quod comprehendit universam defuncti successionem cum omnibus rebus, & juribus, proprijs, & alienis in hæreditate repertis, cum debitis activis, & passivis, cum commodo, & incommodo, damno, & lucro: Non est igitur mirum, si venditor ad singularum, & particularium rerum, & jurium evictionem non teneatur, tametsi de renunciatione evictionis sibi non caverit, cùm emptor sibi imputare debeat, cur ejusmodi
jus confusum per emptionem in se receperit. Aliud est dicendum de cor- 21
pore quodam integrali. V. G. Hoffmarchiali vendito, cùm in effectu non jus aliquod incorporale, sed res ipsæ, quæ corpus, & Hoffmarchiam constituunt, venditæ esse censeantur. Si igitur venditor ejusmodi corporis sibi specialiter immunitatem à præstanda evictione rerum particularium pactus non est, meritò ad evictionem earum obligatur, ut quotidiè in curijs nostris practicatur, ubi pro singulis Hoffmarchialibus rebus, quæ in æstimationem venerunt, die in Anschlag kommen / processus de evictione decernun-
tur. Si autem venditor ejusmodi corporis Hoffmarchialis expresè pacisci- 22
tur, quòd de evictione nolit esse obligatus, sed corpus Hoffmarchiale ut universitatem vendat, prout in se est, liquida cum illiquidis, certa cum dubijs, & litigiosa cum illigitiosis, & emptori fidelem informationem dederit, nec quidquam malitiosè, aut dolosè subticuerit, dubium non est, quin ad evictionem rerum singularium juxta textum articuli nostri non teneatur: Sicut ècontra tenetur tam in foro fori quàm in foro poli, si suppresâ veritate emptorem ad contrahendum malitiosè induxit. *Molin. dict. disput. 380.*
n. 18. Ubi irridet Gomezium virum doctissimum, qui *tom. 2. cap. 2. n. 39.* 23
vers. quod iterum, *&c.* tam animosus, sive audax est, ut dicat; Si quis non tantùm in re dubia, & illiquida, sed etiam in re verè aliena ratione certæ causæ, vel personæ ignoranter, sive scienter, quòd res aliena sit, renunciationem evictionis pactus fuerit, ne quidem pro pretio restituendo de evictione conveniri possit: Quæ sententia juxta doctrinam *Mol. loc. cit.* & *Covar. dict. cap. 17. n. 2.* utique tuta non est.

Denique addit articulus noster, si tota hæreditas evicta fuerit, quòd 24
pretium nihilominùs restituendum sit, tametsi venditor cum emptore expressè convenerit, ne de evictione debeat esse obligatus: Quod hac in parte cum jure comuni conforme est, prout supra diximus, quia talis conventio se tantùm extendit ad id, quod emptoris interest, non verò ad excludendam pretij repetitionem, cùm iniquum foret, ut pretium remaneret apud venditorem, emptor autem tota hæreditate careret. *dict. l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. de act. empt. & vend.*

Et licèt articulus noster loquatur de evicta tota hæreditate, idem ta- 25
men haud dubiè dicendum est de certa quota hæreditatis evicta, sive magna, sive parva, V. G. semisse, triente, quadrante, besse, dodrante, vel simili, prout supra ex *D. Rath. de evictionibus. thesi. 35.* demonstravimus; Quia idem juris debet esse in evictione partis, quod est in evictione totius.

Et hanc esse intentionem articuli nostri, ex eo convincitur; quia in casum pactæ renunciationis actionis ex empto de evictione, articulus noster liberat venditorem solummodò ab evictione rerum particulariũ, quod evidens signum est, si pars hæreditatis evincatur, quòd ad partem pretij restituendam obligatus sit, sicut totâ hæreditate evictâ ad totius pretij restitutionem tenetur. Quocum venditor contentus esse potest, sufficit enim, quòd per tale pactum liberatorium, ab evictione rerum particularium eximatur, cùm aliàs, si tale pactum non fuisset initum, & integra hæreditas, vel quota ejus determinata realiter evicta, juxta priùs dicta non ad solius pretij restitutionem, sed ad hæreditatis totius, vel quotæ realem æstimationem fuisset obligatus. *l. 8. 10. & 13. ff. de hæred. vel act. vend.*

26 Et quod diximus de tota hæreditate evicta, id etiam sine dubio dicendum est, quamvìs articulus hoc non expresserit, de universitate, sive corpore quodam cum liquidis, & illiquidis, certis, & dubijs, litigiosis, & illitigiosis vendito: Tametsi enim venditor convenerit, ut de evictione non teneatur, id tamen tantùm de evictione rerum particularium, non totius corporis, sive universitatis, juxta priora intelligendum est, ergò si tota universitas, aut certa ejus quota tanquam aliena evincatur, utique justum non est, ut venditor vel totum pretium, vel partem ejus pro quota evicta retineat, emptor verò universitate tota, vel quota ejus careat. Imò si
27 tantùm particularis res cum tali pacto de excludenda evictione pro certa, & liquida, ut articulus dicit: **Für richtig gehalten / unnd verkaufft wird /** venditor vi pacti sui renunciatorij, sive liberatorij à restitutione pretij immunis non est, tametsi ad damna, sumptus, & interesse propter prædictam conventionem nullam obligationem habeat, ut ex *d. l. ex empto. 11. §. 18.* sufficienter probavimus, multò minùs immunis erit in venditione alicujus corporis, aut universitatis, hoc modo cum omni lucro, damno, commodo, & incommodo, liquidis, & dubijs, ut modò explicavimus, translatæ.

28 Hoc tamen etiam singulariter notandum est, si quis hæreditatem, aut universitatem aliquam non vendiderit in genere, sed specialiter expresserit, quòd res hæreditatis, sive universitatis omnes, & singulas vendat, aut quòd de omnibus, & singulis earum venditis periculum in se suscipiat, vel in venditione palàm affirmaverit, omnes res in hæreditate, vel corpore contentas hæreditarias proprias, & non alienas esse, omninò de evictione obligatus est. *Nicol. Burgund. de evict. cap. 10. Perez. in Cod. ad tit. de evictionibus. n. 7.* Ratio per se manifesta est, quia in tali casu videtur potiùs res singulas, quàm jus hæreditatis, aut universitatis vendidisse, vel certè pro singulis rebus particularibus de evictione singulariter cavisse. Quod idem videtur velle *D. Rath. in disput. sua juridic. de potissim. different. &c. assert. 67.* Ubi quærit, an venditor hæreditatis, si pactus fuerit, ne de evictione teneretur, nihilominùs re aliqua singulari evicta saltem eatenùs de evictione obligatus sit, ut pretium restituere debeat. Et respondet, quòd non, nisi venditor promiserit, aut affirmaverit, rem venditam in hæreditate esse: Quocum convenit articulus noster, ubi rei hæreditariæ in particulari venditæ evictionem tunc tantùm admittit, si res particularis pro manifestè hæreditaria fuit habita, **wann sie vor richtig gehalten worden.** Ut itaque concludendo emptor rei particularis evictionem non habeat, sive venditor de non præstanda evictione pactus fuerit, sive non. Si autem ejusmodi pactum fecit, saltem hæreditate tota evicta tenetur ad restitutionem pretij, aut, si particularem rem promiserit esse hæreditariam, quæ fuit aliena, & illa fuerit evicta, non attenta stipulatione de non præstanda evictione ad pretium tamen rei pro hæreditaria venditæ obligatus est. Et hic est verus sensus articuli nostri.

Ulti-

Ultimò quæres, cùm ſupra deduxerimus, illam quæſtionem inter antiquos, & neotericos doctores valdè controverſam eſſe, an venditor ad refuſionem pretij nihilominùs obligatus ſit, ſi pactus fuerit, quòd nolit eſſe de evictione obligatus, ſi res ab hac, vel illa certa perſona Titio, aut Sempronio, & in hac, vel illa certa cauſa liberali, vel alia evicta fuerit, quænam ex diverſis ſententijs articulo noſtro conformior ſit? Et reſpondemus, cùm articulus noſter in genere dicat, quòd venditor univerſitatis, vel particularitatis etiam hac lege contractui venditionis dictâ, quòd nihil evictionis nomine præſtari debeat, nihilominùs ad pretij reſtitutionem conveniri poſſit, nec hunc caſum, ſi evictio ad certam perſonam reſtricta ſit, ullo modo excipiat, nos firmiter hujus opinionis eſſe, quòd neotericorum opinio tot pulchris rationibus ſubnixa tanquam verior, & æquior à noſtris ſtatutis Bavaricis recepta ſit, Videatur *Fachin. Covar. Mol.* & *Mozz. loc. cit.* quò nos Lectorem remittimus. 29

Der Sibendte Articul.

Die Gewehrſchafft iſt man nicht nur in den Käuffen / ſonder auch in anderen Contracten / als tauſchen / wechßlen / übergaben / vnd dergleichen ſchuldig / alles nach mehrer Außweiſung gemainer Rechten / In welchen auch verſehen iſt / ob vnd wann man die Gewehrſchafft in Schanckungen / Legaten / oder andern Geſchäfften ſchuldig / oder nit ſchuldig ſey / dahin dann in furfallenden Fällē / ſo wol die Richter / als Partheyen ſollen gewiſen ſeyn.

SUMMARIA.

1. *An evictio etiam locum habeat in alijs contractibus, quàm in contractibus emptionis, & venditionis?*
2. *An in permutatione?*
3. *An in contractibus innominatis?*
4. *Quæ ſit inter contractus nominatos, & innominatos hac in parte differentia?*
5. *An etiam præſtetur evictio*, in wechßlen, *& quid ſignificet verbum, cambiare?*
6. *An evictio præſtetur in datione in ſolutum?*
7. *An detur etiam evictio in ceſſione nominis?*
8. & 9. *Quid ſi verò nomen inidoneum ceſſum fuerit?*
10. *An, & quando evictio detur in jure Patronatûs?*
11. *Quando in judicio familiæ herciſcundæ?*
12. *Quid ſi hæredes inter ſe, vel judicialiter diviſionem fecerint?*
13. *An, & quibus caſibus in hæreditatis diviſione non debeatur evictio?*
14. *Quid ſi evictio facta fuerit ab ipſo teſtatore?*
15. *Quid ſi ex paterna diviſione liberi lædantur in legitima?*
16. *Quid ſi pater inter vivos diviſionem fecerit?*
17. *Quomodò intelligenda ſit hæc regula, quòd non debeatur evictio, quando hæredes ſunt in pari periculo?*
18. *Quid ſi inter partes convenerit, ne præſtetur evictio?*
19. *An evictioni locus ſit in contractu dotali?*
20. *Quid ſi obligatus ad dotandum dotem dederit?*
21. *Quid ſi extraneus dederit?*
22. & 24. *Quid ſi dos data fuerit æſtimatò?*
23. *Quid ſi extraneus de dotando præviam promiſſionem fecerit?*
25. *An evictio etiam in tranſactione locum habeat?*
26. *Quid ſi quis rem litigioſam acceperit?*
27. *Quid ſi alter aliquid locò dimiſſionis accepit?*
28. *An evictio in donatione locum habere poſſit, vel etiam in contractibus lucrativis?*

29. Quid si in donatione?
30. Quid si mihi res aliena scienter donata fuerit, in quam magnos sumptus, & expensas feci?
31. Quid si donator evictionem promiserit?
32. Quid si talis promissio facta fuerit nudo pacto?
33. Quid si donatio nec per nudum pactum, nec per stipulationem, aut promissionem, sed per traditionem inceperit?
34. Quæ, aut qualis hac in parte differentia inter dotationem, & inter donationem?
35. An præstetur evictio in donatione remuneratoria?
36. An in donatione facta ob causam detur evictio?
37. Quæ sit, & dicatur vera donatio ob causam?
38. Quid si alicui res legata evicta fuerit?
39. Quid si alicui res quædam legata fuerit in genere, sed præstita fuerit in specie?
40. Quid si res aliena scienter legetur?
41. Quid si tale legatum factum fuerit in personam conjunctam?
42. Quid si quis alteri rem sibi cum eo communem legaverit?
43. Quid si quis rem hæredis alteri legaverit?
44. An evictionis denunciatio debeat etiam in alijs contractibus fieri?
45. & 46. An pretium rei, etiam in alijs contractibus evictæ, iterum refundi debeat, vel potiùs res invicem reciprocè data?
47. An idem in divisione locum habere possit?
48. Quare in divisione non præstetur evictio quoad damnum, & interesse?

1 HUcúsque semper egimus de evictione, quatenùs illa locum habet in emptione, & venditione, nam antiquitus propriè tantummodò ex hoc contractu actio de evictione concessa fuit, donec successu temporis evictio etiam ad alios contractus extensa fuerit, cùm emptionis, & venditionis verbum omnem contractum, per quem inducitur rei alienatio, comprehendat. *l. si permutationis gratiâ. 29. C. de evictionibus. l. sicut. 1. §. unde. 1. ff. de rer. permutat. l. ultima. ff. de condictione causâ data, &c. Caballin. de evictionibus. §. 1. n. 4. & 5.* Ita ut DD. duas regulas generales constituerint: Primam, quòd in omnibus contractibus, in quibus aliquid datur ex causa, vel titulo oneroso, evictio debeatur: (quæ tamen aliquos nævos patitur.) Et secundam, ut, quoties quis tenetur rem facere accipientis, teneatur etiam per consequens de evictione. *Caballin. §. 4. n. 9. Berlich. part. 1. conclus. 24. num. 40.*

2 Articulus noster rem totam ad juris communis dispositionem remittit, secundùm quam brevissimè casus speciales examinabimus: Et quidem primus est permutationis, per textum in cit: *l. si permutationis gratiâ. 29. C. de evictionibus. & in l. 1. 2. ac 29. C. de rerum permutatione.* Ubi etiam disponitur, quænam pro evictione secundùm diversitatem casuum actiones competant. Quoniã, ut dicta *lex 2.* dicit, permutationem utpote re ipsa constitutam vicem emptionis sustinere, non est juris incogniti.

3 Secundò evictio locum habet etiam in omnibus alijs contractibus innominatis, *Bald. ad l. si permutationis. 29. C. de evict. Caballin. §. 4. n. 44. Berlich. dict. conclus. 24. n. 49.*

4 Est tamen inter evictionem, quæ præstatur in contractu emptionis, & venditionis, & in contractu permutationis, sive alio quopiam innominato hæc differentia, quòd actio de evictione in contractu emptionis, & venditionis priùs locum non habeat, nisi res per sententiam exsecutioni mandatam actualiter fuerit evicta, ut supra latiùs declaravimus; In contractu verò permutationis, & alijs innominatis, in quibus transfertur dominium, statim agi potest de evictione, quando imminet periculum evincendi. *Caballin.*

lin. dict. §. *4. n. 45.* ac si rei traditionem non acceperit, ubi citat *l. fin. ff. de condict. data causâ, &c.* Cujus rei ratio est, quòd venditor non teneatur de jure rem facere emptoris, & proindè, antequàm emptor contra venditorem de evictione agere potest, oportet rem per sententiam, & exsecutionem realiter ipsi fuisse ablatam: At in permutatione, & alijs similibus contractibus, ubi contrahens obligatus est, rem alterius facere, statim oritur obligatio de evictione, postquàm apparet evincendi periculum, non est igitur mirum, si permittatur possessori rei litigiosæ potestas, suum auctorem conveniendi, ut id præstet, ad quod ex natura contractûs obligatur, nempè ut rem faciat suam, id est possessoris. Deinde ex emptione, & venditione oritur actio de evictione, tametsi de illa nihil conventum fuerit; In permutatione verò, & similibus contractibus innominatis non oritur actio de evictione, nisi de hoc inter partes specialiter conventum fuerit: Non igitur venditori, qui aliàs ex juris dispositione de actione pro re evicta securus est, ad nudum periculum de re evincenda conceditur actio, sicut conceditur contrahenti ex permutatione, vel alio simili contractu innominato, quia, cùm ipse juris præsidium non habeat, invidendum illi non est, ut sibi periculo imminente vigilare possit. Denique in contractu emptionis, & venditionis periculum rei venditæ post contractum perfectum pertinet ad emptorem, & ideò, si res ante traditionem casu fortuito intereat, emptori actio de evictione non competit, *l. si quis. 26. C. de evictionibus:* Aliud est dicendum de contractu permutationis, & similibus, quia ante traditionem periculum manet apud auctorem. Majorem igitur permutator causam habet, sibi de evictione vigilandi, unde in cit: *l. dedi tibi pecuniam. 16. ff. de cond. causâ data, &c.* dicitur: Si ex permutatione mihi Titium dedisti tanquam proprium, quòd possim statim petere, ut ejus nomine mihi caveas de evictione, ne, si post traditionem homo liber inveniatur, nullam actionem adversùs te habeam.

Tertiò loquitur articulus noster post verbum, Tauschen / etiam de verbo, Wechßlen. Nos quidem hujus opinionis sumus, quòd hæc duo verba quoad intellectum hujus articuli synonima sint, cùm cambire, cambiare in effectu idem significet, quod permutare, nihilominùs, cùm cambium propriè consistat in permutatione pecuniæ, V. G. Si ego tibi in moneta grossa, & majori dem centum Imperiales, ut tu mihi valorem eorum restituas in pecunia minuta, vel vice versa, & illa mihi fuerit cum manifesta probatione evicta, quòd aliena fuerit, dubium non est, quin ex ijsdem juribus, quæ de permutatione loquuntur, mihi ad evictionem omninò tenearis. Quod etiam de alijs cambijs majoribus exemplificari posset: Quibus tamen ob rei raritatem supersedemus, quia evictio pecuniæ alienæ valdè difficilis est, cùm per commixtionem, vel ex parte illius, qui cambium dedit, vel ex parte alterius, qui per cambium pecuniam accepit, statim fiat propria. *Tit. 1.* §. *28. Inst. de acquirendo rerum dominio.* 5

Quartò Caballinus de evictionibus. §. *4. à n. 39. usque ad n. 43.* multis disputat, an in datione in solutum actio de evictione locum habeat? Ubi argumentis pro, & contra propositis affirmativè concludit: per textum in *l. si prædium. 4. C. de evictionibus.* Ubi clarè dicitur: Si prædium tibi pro soluto datum est, quod alijs creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit, nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet. An autem hæc actio sit utilis actio ex empto, vel actio contractui propria præscriptis verbis, ad explicationem nostri articuli non multùm inservit. Videantur similes textus in *l. Eleganter. 24. ff. de pignorat. act.* Ubi expresè dicitur, quòd detur utilis actio ex empto: & in *l. libera. 8. C. de sentent. & interlocut. omnium Judic.* 6

7 Quintò evictio præstatur in cessione nominis : *Caballinus de evict.* §. *3. n. 117.* & §. *4. n. 54. Hartm. Pistor. observ. 212. per tot. item observ. 228. n. 8. per legem. si nomen. 4. ff. de hæredit. vel act. vend. cum duabus. ll. seqq.* Non tamen ad hunc effectũ, ut cedens teneatur præstare nomen idoneum, vel debitorem esse locupletem, & solvendo, sed illum duntaxat esse verum debitorem, juxta *dict. l. si nomen. 4.* Ubi celsus dicit : Si nomen sit distractum, locupletem esse debitorem distrahens præstare non debet, debitorem autem esse, præstandum est, nisi aliud convenit. Quod ita intelligendum est, si cedens ignoraverit, debitorem suum cessum non esse solvendo, quia tunc cessionarius sibi imputare debet, quare de conditione debitoris se non meliùs informaverit, aut in casum, si solvendo non sit, sibi de evictione non caverit. Similis textus est in *l. si plus. 74. §. qui nomen. 3. ff. de evictionibus.* Ubi Juris-Consultus dicit : Qui nomen, quale fuit, vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, præstare cogitur.
8 Multò minùs cedens de evictione tenetur, quando debitor ipsius, tempore cessionis fuit idoneus, & primùm ex post facto ad inopiam pervenit. *Berlich. dict. conclus. 24. n. 52.* plura de hac materia videantur apud dict: *Pistor.*
9 *observ. 212.* Aliud utique dicendum est, si cessio nominis inidonei facta fuerit scienter, & cum dolo, quia *dict. l. si plus. 47.* expresse dicit, quòd cedens dolum præstare debeat, qui in omni actu excipitur.

10 Sextò evictio locum habet in jure Patronatûs Sæculari, & suo modo etiam in jure Patronatûs Ecclesiastico, *Caballin. de evict.* §. *4. n. 47. & 48.* pignore, Emphyteusi, litis æstimatione, locatione, & conductione, de quibus omnibus videatur *Caballin. dict.* §. *4. à. n. 47. usque ad fin.* & *Berlich. loc. cit. num. 53.* De feudorum evictione res aliquibus distinctionibus opus habet, de quibus alibi dicendi locus erit, interim videatur *D. Balthasar. ad h. tit. resol. 6. num. 10.*

11 Difficilior septimò quæstio est, an & quando evictio in judicio familiæ herciscundæ, vel divisione inter hæredes locum obtineat, quia, ut *Grævaus* ad *Gail. lib. 2, conclus. 18. consid. 1.* dicit : Tam variæ, & diversæ à doctoribus casuum partitiones fiunt, & tot contrariæ sententiæ proferuntur, ut vix pro certa regula aliquam propositionem facere possis, quam per ampliationes, & limitationes citra confusionem absolvas. Videantur de hac materia *Caballin. dict.* §. *4. num. 51. & 52.* qui tamen in hac quæstione satis parcus est. *Fachinæus. controv. lib. 6. cap. 68.* Ubi octo conclusiones ponit. *Menoch. de præsumpt. part. 1. præs. 118. per totum. Peregrinus. de fideicommissis. Artic. 52. à num. 53. usque ad num. 73.* Nos pauca aliqua exindè delibabimus.

12 Et inprimis quidem certum est, quòd evictio in divisione hæreditatis locum habeat, non tantùm tunc, quando hæredes ipsi inter se partitionem amicabiliter fecerunt, sed etiam, quando illa auctoritate judicis interveniente facta est : Quoad primum est textus in *l. si fratres. 7. C. communia utriusque judicij. l. si cum. 66.* §. *divisione. 3. ff. de evictionibus.* Et quoad secundum in *l. si familiæ. 14. C. familiæ hercisc.* Ubi dicitur : Si familiæ herciscundæ judicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum æquo jure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat, rectè possessionis evictæ detrimentum fratrem, & cohæredem tuum pro parte agnoscere præses provinciæ per actionem præscriptis verbis compellet. Si igitur frater coheres ad evictionem obligatus est, quando divisio judicialiter facta est, multò magis obligatus esse debet, quando divisio facta fuit tantùm inter ipsos fratres extrajudicialiter. Et hoc,quod de cohæredibus dictum est, procedit etiam in divisione alicujus rei particularis inter socios rem aliquam communem habentes, ex quocunque titulo illa communis sit, per textum

in

in *l. Item quamvis. 10. §. in communi. 2. ff. communi divid.* Sive socij divisionem inter se amicabiliter, & extrajudicialiter fecerint, sive coram judice in communi dividendo judicio, cùm hac in parte inter cohæredes, & socios nulla inveniatur differentia.

Hæc autem sic intelligenda sunt, nisi portio cohæredis, vel socij sit 13
in eodem evictionis periculo. Secundò, nisi inter se dividentes sciverint rem divisam subjacere evictionis periculo: Nam inter scientes non datur actio de evictione, *l. si fundū. C. de evictionibus.* Tertiò, nisi inter se convenerint, ut neuter ex cohæredibus, vel socijs de evictione teneatur, ut expresse habetur in *d. l. si familiæ. 14. C. familiæ herciscundæ.*

Quid si autem inter cohæredes divisio facta fuerit ab ipso testatore? 14
Hoc casu *Caballinus. §. 4. n. 51. vers. quid in &c.* quasi regulam constituit, ut cohæres non teneatur cohæredi de evictione pro re evicta, quæ ex divisione testatoris illi obvenit, per rationem, quia divisio testatoris habet vim specialis legati, hæres autem pro speciali legato non tenetur de evictione. Consentit *Gail. lib. 2. observ. 116. ubi n. 2.* dicit: Quòd divisionis paternæ effectus sit, ne evictio inter fratres cohæredes locum habeat, cùm talis divisio paterna vim prælegati obtineat: Cujus regulæ tamen principa- 15
lissima exceptio est, nisi ex liberis cohæredibus patris divisione unus, aut alter in legitima sua lædatur. De quo videri potest *Fachin. lib. 6. cap. 68.* & alij superiùs citati doctores; Diximus notanter, de divisione, quam pater inter liberos fecit in ultima voluntate. Aliud dicendum est, si divisionem 16
fecerit inter liberos in sua potestate constitutos in vivis: Nam illa de jure non subsistit, cùm sapiat donationem, donatio autem inter patrem, & filium prohibita sit. *l. donationes. C. de donat. inter vir. & ux.*

Quid si autem pater ex bonis feudalibus, aut fideicommissarijs uni ex 17
liberis cohæredibus plus adjecerit? Hujus quæstionis suo loco, ubi materiam feudalē compendiosè trademus, nolumus oblivisci. Interim pro conclusione hoc addimus: Communem esse sententiam, quòd in divisione hæreditaria evictio censeatur sublata, quando cohæredes sunt in pari periculo: Quod verum est, ut paulò antè diximus, si sint in pari periculo, fortè quia res est dividua, & omnibus hæredibus communis, tunc enim, si res uni evincatur, is contra cohæredem, aut qui eidem infortunio subjacet, actionem non habet, aliud est, si in diversis rebus evictionem patiantur, tunc enim reciprocè sibi de evictione obligati sunt: *Fachin. loc. cit.* quomodò enim potest periculum esse mutuum, aut comūne, quando V. G. uni evincitur res, quæ constat mille florenis, alteri, quæ valet quingentis florenis, & tertio, quæ valet centum Imperialibus, utique enim per actionem de evictione ad æqualitatem reduci debent, cùm vix possibile sit, ut res hæreditariæ in æquali valore evincantur, nisi dicere velis, totam hæreditatem esse evictam, tunc utique actio de evictione inter cohæredes inanis 18
est, sicut etiam ex prædictis juribus evictio cessat, si in divisione inter partes conventio facta fuerit, ne unus cohæredum alteri de evictione teneatur, sed quilibet suam partem tanquam jactum retis recipiat.

Octavò evictioni locus est in contractu dotali. Quæ assertio tamen a- 19
liquas distinctiones admittit: Prima est, an dos constituta, & data fuerit à patre, & alijs, quibus jus dotandi incumbit, vel ab extraneis, quibus nulla dotationis obligatio est: In primo casu, pater, vel alius, qui ex 20
necessitate dotem dedit, semper ad evictionem obligatus est, *l. si pro re pupilli. 22. § si pro evictione. 1. ff. de evictionibus.* Cùm maritus in dote dicatur habere titulum onerosum. *l. ex promissione. ff. de actionibus, & obligationibus:* Licèt ex parte mulieris dicatur lucrativus, *l. fin. §. 1. ff. quæ in fraudem credit.* In secundo casu, quando extraneus dotat, cùm videatur do- 21
nare, regulariter de evictione non tenetur, ut paulò post videbimus. Altera

22 tera distinctio est, an dos fuerit data in rei substantia, vel æstimata, substituto ejus loco certo pretio. Si priùs: Evictâ substantiâ rei in dotem datæ utique marito adversùs illum, qui obligationem dotandi habet, ut modò diximus, actio de evictione conceditur. *l. mater. 34. ff. de jure dot.* ubi habetur: Si pater rem uxoris suæ filiæ in dotem dederit, quòd illa ab hæredibus uxoris vindicari possit, & marito adversùs socerum competat actio
23 de evictione. Diximus de eo, cui necessitas dotandi incumbit, nam de extraneo subdistinctio facienda est, an is dotem dederit sine prævia stipulatione, & promissione, sive pollicitatione, ita ut datio dotis à traditione statim initium sumserit, vel an dotem dederit, quam priùs pollicitus est; In primo casu, talis extraneus dotator ad evictionem non est obligatus, cùm, ut paulò antè asseruimus, donare videatur, in donatione verò tanquam titulo merè lucrativo evictio locum non habet, ut sequetur: Si autem priùs dotem promisit, vel pollicitus est, & posteà rem in dotem dedit, quæ marito evincitur, omninò de evictione tenetur, cùm maritus, ut diximus, eam accipiat titulo oneroso, & quidem ex dotantis obligatione, quam per stipulationem, aut promissionem contraxit. *l. 1. C. de jure dotium. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 2. n. 37. Caballin. de evict. §. 4. n. 7.*
24 *D. Rath de evictionibus. thes. 47.* Si autem dos, ut ad secundum membrum præmissæ distinctionis veniamus, fuit æstimatò data, illa eximitur ab obligatione restituendi, atque ad ipsum maritum quoad periculum, & incrementum pleno jure quasi ex vendito transit: Sive igitur data fuerit ab eo, qui obligationem dotandi habet, sive ab extraneo, dotans semper ad evictionem obligatus est, cùm evictio venditioni ex natura contractûs insit. *l. quotiens. 16. ff. de jure dotium. l. quotiens. 5. l. cùm dotem. 31. C. eodem.* Debet autem æstimatio ad eum finem esse facta, ut maritus non ad restitutionem rei dotalis, sed ad pretium duntaxat illius, quod locò rei per æstimationem substitutum est, teneatur, nam si æstimatio alio intuitu facta fuerit, V. G. ut sciatur ejus justum pretium, & suo tempore diminutio, vel deterioratio peti possit, non est venditio, & proindè re evictâ ad primam, & secundam distinctionem principalem recurrendum. Idem *D. Rath. loc. cit. thes. 47. & Collegium Argentoratense. ad tit. de evictionibus. n. 6. exceptione. 43.*

25 Nonò evictio etiam in transactione locum habet cum hac distinctione, an res, super qua transactum est, evincatur, vel alia, quæ in transactione uni ex partibus data est. Si priùs, non debetur evictio, per textum in *l. si pro fundo. 33. C. de transactionibus.* V. G. Si quis moveat litem, vel controversiam alteri super aliqua re, & per viam transactionis decedat à lite, & dimittat illam rem penes reum conventum, quæ posteà evincatur ab aliquo tertio ratione dominij, vel alterius juris, non tenetur talis actor de evictione. Et hujus rei ratio est, quia ille, qui ex causa transactionis rem dimittit, non videtur alteri parti de novo aliquem titulum concedere, nec aliquod jus in illum transferre, sed ipsius intentio tantùm est, à lite discedere, ita ut possessor rem illam retineat ut propriam, non ut a-
26 lienam. Aliud est, quando una pars ex transigentibus rem litigiosam per transactionem alteri quidem dimittit, sed vicissim, cùm transactio fiat uno dato, & altero retento, in compensationem recipiat rem aliquam, quæ postmodùm fit litigiosa, & ut aliena evincitur, virtute transactionis tradens de evictione obligatus est, cùm per transactionem desuper subsecutam concesserit accipienti novum titulum, & dominium transferre voluerit. *Gomez. dict. tom. 2. cap. 2. num. 38. Caballin. §. 4. n. 46. dict. l. si pro fundo. C. de transact.* Ubi habetur, quæ in hoc casu actio detur, cum distinctione scilicet, an promissa fuerit evictio, vel non. Si promissa fuerit, datur actio ex stipulatu: Si autem nulla promissio facta fuerit, conceditur actio præscriptis verbis.

Et hæc de contractibus, & conventionibus onerosis: Quid autem dicendum est de contractibus, & causis lucrativis? Respondemus, in ijs poni regulam, quòd in lucrativis evictioni locus non sit. *Gomez. loc. cit. n. 34. ad f.* quæ regula tamen tot limitationes, disputationes, & difficultates admittit, ut meritò dubitare possis, an regula nominari debeat. Duos casus, quos articulus noster quasi digito demonstrat, nempè donationis, & legati, sive alterius ultimæ voluntatis, **ob vnd wañ man die Gewehrschafft in Schanckungen / Legaten / oder anderen Geschäfften schuldig oder nit /** paucis explicabimus. 28

In donatione textus est clarus in *l. Aristo ait. 18. §. Labeo. 3. ff. de donationibus.* Ubi dicitur: Si quis mihi rem alienam donaverit, ínque eam sumptus magnos fecero, & sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: & *l. quoniam. 2. C. de evictionibus.* in quibus duabus legibus statim à regula modò posita tres limitationes continentur. Prima est, si quis V. G. mihi rem alienam scienter donaverit, & ego in rem donatam, antequàm evinceretur, magnos sumptus feci, adversùs donatorem actionem de dolo habeo, juxta *dict. l. 18. & §. 3. ff. de donationibus,* non quidem, ut benè explicat *Gomez. dict. tom. 2. cap. 2. n. 35. vers: sed his non obstantibus, &c.* ad valorem, & æstimationem rei evictæ, sed ad sumptus in re donata factos. Secunda est, nisi donator evictionem promisisset, *dict. l. quoniam. 2. C. de evictionibus.* Debuit autem 3. ex dispositione modò allegatæ legis promissio à donatore facta fuisse per solennem stipulationem; Nudo enim pacto interveniente, inquit textus, minimè donatorem hac actione teneri certum est. Et hinc inter doctores modernos controversia est, an etiam jure hodierno inspecto necessarium sit, ut donator solenni stipulatione de evictione caveat? Ratio dubitandi est, quòd Justinianus donationi solo consensu perfectæ ad exemplum venditionis tradendi necessitatem imposuerit. §. *perficiuntur. Inst. de donationibus. l. si quis argentum. 35. §. sin autem. f. C. de donationibus. Dominus Rath. cit. disput. Jurid. de evictionibus. thesi. 43.* inquit, verius esse, hac in parte juri antiquo nihil derogatum esse. Siquidem donans rem tradendo constitutioni Justinianeæ satisfacit, quæ cùm nudo pacto evictionis efficaciam agendi non conferat, quid vetat, jus antiquum censeri incorrectum? Hæc verba quidem obscura sunt, in effectu autem hoc important, quòd is, qui rem nudo pacto donat, per traditionem Justinianeæ constitutioni in §. *perficiuntur. Inst. de donat. & l. si quis argentum. 35. §. sin autem. f. C. eodem.* satisfecerit, si donaverit rem propriam, at quando donavit ignoranter rem alienam, & nudo pacto de evictione caverit, non satisfecit. *l. 2. C. de evictionibus.* quæ in promittenda evictione rei donatæ solennem stipulationem requirit: Utcunque enim pactum donationis hodie pariat obligationem, & condictionem ex lege, tamen non illicò parit obligationem ex causa evictionis, cùm *dict. l. 2. C. de evictionibus.* nullibi inveniatur correcta, quod igitur non mutatur, cur stare prohibeatur? *l. sancimus. C. de testamentis, & l. præcipimus. C. de appellationibus:* Sive, ut *glossa dicit in Auth: de admin. in societ.* lex, quæ non invenitur expressè mutata, antiquæ dimittitur figuræ. Et hæc sententia inter neotericos communiter recepta est, ut videre est in *Collegio Argentor. ad d. tit. de evictionibus. n. 6. vers: imò ne nascitur, &c. except. 4.* 29 30 31 32

Sed quid dicendum, si nec per nudum pactum, nec per stipulationem promissio de evictione à donatore facta fuerit, anné eadem distinctio, quam supra de constitutione dotis explicavimus, observanda est? Scilicet an donatio inceperit à promissione, vel à datione, aut traditione? Affirmativam tenet *Caballinus. de evictionibus. §. 4. n. 2.* Negativam habet *dict. D. Rath. loc. cit. thesi. 40.* ubi dicit: Ne donans suæ liberalitatis pœnam sentiat, indistinctè negare convenit, re evicta contra donantem regressui 33

locum esse, sive donatio à traditione, sive à promissione inceperit. Cujus opinionis sunt hodie plerique neoterici. *Vid. Collegium Argent. loc. cit. vers. in causis lucrativis, &c. Treutler. & ad illum Bachov. disput. 11. thesi. 7. n. 26. Wesenbec. in parat. ff. de donat. num. 7.* Nec obstant, quæ de constitutione
34 dotis ab extraneo diximus, constitutio enim dotis favorabilis est, & nullibi invenitur statutum, ut constituens dotem de evictione cavere debeat per solennem stipulationem, sicut tamen in *dict. l. 2. C. de evictionibus.* quoad donatorem statutum est, ut cautio de evictione nudo pacto facta insufficiens sit: Rectè igitur diximus, quòd in constitutione dotis, quæ à promissione incepit, evictio debeatur, cùm constituens dotem ex sua promissione efficaciter obligetur. Et quamvis etiam donator novo jure Justinianeo ex sua promissione ad tradendam rem donatam obligatus sit, non est tamen obligatus ad evictionem, nisi in donatione de evictione solenniter stipulatus sit.

35 Æquè dubium, & controversum est, quid juris sit in donatione remuneratoria. *Bachov. dict. disput. 11. n. 27.* dicit: Etiamsi concedamus, donatorem ad remunerandum naturaliter obligatum esse, propterea tamen non sequi, evictionem præstandam: Nam, ut diximus, donator, sive donationem nudo pacto, sive solenni stipulatione fecerit, ad traditionem rei donatæ obligatus est; Indè tamen, si res evincatur, donatarius ad evictionem agere non potest: Ergò ex nuda obligatione naturali, & antidorali, quæ in remuneratoria donatione supponitur, ad præstationem evictionis nihil infertur. Attamen donatio remuneratoria tanquam genus quoddam permutationis, sicuti à reliquis donationibus distinguitur, quòd neque insinuatione indigeat, neque ob commissam ingratitudinem revocetur, ita quoque in hoc eam differre rectissimè dicitur, quòd donantem de evictione reddat obligatum. Idem *D. Rath. loc. cit. n. 44. Caballin. §. 4. n. 5. Boërius. decis. 33. n. 26.*

36 Donationi remuneratoriæ similis est donatio facta ob causam, re enim, quæ ob causam donata est, evictâ, contra donatorem actio in factum competit de evictione. *l. naturalis. 5. §. at cùm. 2. ff. de præscriptis verbis. Nicol. Burg. cap. 17. n. 4.* Nam quòd in donatione non detur actio de evictione, ratio est, ne liberalitas sua cuique sit damnosa, & onerosa, donatio autem, quæ fit ob causam, beneficij naturam excedit, & liberalitas dici non potest, ergò nec potest comprehendi sub titulo meræ donationis, sive causæ lucra-
37 tivæ, quæ ab obligatione evictionis immunis est. Vera autem donatio ob causam facta illa intelligitur, quæ pro ratione habuit propositam aliquam ipsius donatoris non donatarij utilitatem, *Anton. Faber. in Codice suo. Lib. 3. Tit. 19. definit. 30.* Plura vide apud *Nicol. Burgund. dict. cap. 17.* ubi deducit, quomodò donatio ob causam differat à donatione remuneratoria.

38 Ex supra posita regulâ, quòd in lucrativis non debeatur evictio, principaliter quoque infertur: Si testator legaverit alicui rem mobilem, vel immobilem, quæ postmodùm ei fuit evicta, quòd legatarius de evictione contra hæredem agere non possit. *l. si is qui. 40. in princ. ff. de evictionibus:* Si is, inquit textus, qui satis à me de evictione accepit, fundum à me hærede legaverit, confestim fidejussores liberabuntur, quia, etiamsi evictus fuerit ab eo, cui legatus fuerat, nulla adversùs fidejussores actio est; Quod tamen ita intelligendum, si res fuerit legata in specie: Aliud est, si fue-
39 rit res legata in genere, & postmodùm hæres præstiterit rem specialem, quæ fuerit evicta; Nam in eo casu locum habere evictionem, textus est expressus in *l. hæres servum. 58. ff. de evictionibus.* ubi dicitur: Hæres servum non nominatim (id est in specie, sed in genere) legatum tradidit, & de dolo repromisit: posteà servus evictus est. Agere cum hærede legatarius

ex testamento poterit, quamvis hæres alienum esse servum ignoraverit. Paucis glossa casum summat dicendo: Quando servus legatur in genere, & traditur alienus, agitur actione primâ ex testamento, ac si non esset mihi traditus.

De re autem in specie legata distinguendum est, an testator sciverit, 40 esse rem alienam, vel ignoraverit. Si ignoravit, præsumitur de jure, quod testator eandem legaturus non fuisset, si alienam esse scivisset. *l. cùm alienam rem. 10. C. de legatis.* Si verò scivit, alienam esse, tunc hæres tenetur ad æstimationem rei, non quidem per modum evictionis, sed per modum resolutionis, cùm præsumatur, quòd testator valorem, & æstimationem rei legare voluerit: Et hoc verum est, sive legatum rei alienæ scienter factum 41 fuerit in personâ conjunctam, sive extraneam, quia semper præsumptio est, testatorem magìs in hoc legato dilexisse legatarium, quam hæredem, & proinde eidem legando rem alienam ejus æstimationem imponere voluisse, persona conjuncta autem habet hoc speciale privilegium, ut, si eidem à testatore res aliena ignoranter legata fuerit, hæres æstimationem debeat, cùm vicissim ex affectione conjunctionis præsumptio oriatur, testatorem aliud æquivalens legatum daturum fuisse, si rem alteram scivisset alienam: Quæ omnia continentur in *dict. l. cùm alienam. 10. C. de legatis*: & apud *DD. ibidem*.

Sed quid si testator rem sibi cum alio communem, sciens communem, 42 vel rem alienam, in qua habet aliquod jus, alteri legaverit? Et respondetur, quòd legatarius tantum juris habiturus sit, quantum testator in ea habebat. *l. servi electione. §. f. & l. si domus. §. f. ff. de legatis. 1. Gomez. loc. cit. n. 36. ad f.* Ubi dicit: Quando testator legavit rem, quæ non totaliter propria, nec penitus aliena fuit, quòd indistinctè non debeatur evictio pro partibus evictis, sive legaverit scienter, sive ignoranter. Dicitur autem res aliena, quæ neque testatoris, neque hæredis est. Glossa supermargin: ad *dict. l. cùm alienam. 10. C. de legatis.* Quia testatoris, & hæredis utriusque unum est patrimoniũ, & hæres adeundo hæreditatem videtur conditionem appositam, & onus agnoscere, ac cum testatore quasi contrahere. *§. hæres. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract.* Nec interest, tametsi testator 43 substiterit, an res sua sit, vel hæredis, vel prorsùs aliena, quia plus valet, quod est in rei veritate, quàm quod est in opinione. In compendio igitur dicendũ est, quòd quis non tantùm rem suam legare possit, sed etiam hæredis, & legatarij, imò prorsùs alienam: Sed cum distinctione, ut, si sciens prudénsque rem alienam legaverit, hæres eam teneatur justo pretio redimere, vel, si dominus noluerit dimittere, dare justam rei æstimationem: Si autem legaverit ignoranter, hæres ad ejus præstationem non est obligatus, nisi legatum factum fuerit conjunctæ personæ, videlicet uxori, consanguineo, aut affini, quia affectus in talem personam facit præsumi, testatorem etiam scientem rem alienam nihilominùs fuisse legaturum, *dict. l. cùm alienam. 10. C. de legatis.* Quibus personis conjunctis non malè etiam Ecclesiam, vel alias pias causas annumeres, cùm in ijs eadem affectionis ratio præsumatur, *Zæsius. ad h. tit. quæst. 4.* ubi *quæstione. 3.* etiam addit: Ecclesiæ nullam injuriam fieri, si res ipsius alteri legetur, cùm in ejus potestate sit, illam pro justo pretio dimittere, vel sibi retinere, quo casu hæres ad æstimationem obligatus est. Videatur etiam *Perez. ad h. tit. num. 12. & 13.*

Ad finem hujus articuli adhuc duæ quæstiones resolvendæ sunt: Pri- 44 ma est, cùm supra de emptione, & venditione dixerimus, litis denunciationem adeò necessariam esse, ut eâ omissâ emptor contra venditorem regressum non habeat, an hæc necessitas etiam in alijs contractibus, & causis, in quibus per modò deducta evictioni locus est, illi incumbat, cui res

litigiosa sit, & evincitur? Et putamus, omninò necessariam esse, non enim convenit, ut reliqui contractus, quibus jura evictionum ad similitudinem emptionis, & venditionis communicata sunt, melioris conditionis sint, quàm contractus emptionis, & venditionis, cui actio de evictione ipso jure, & ex natura contractûs inest. Et hinc est, quòd DD. quando de alijs contrahentibus loquuntur, potiùs quærant, an denunciatio locum habeat, quàm, an de evictione agi possit, ut proindè simpliciter supponant, denunciatione omissa actionem de evictione exspirâsse: Videatur *Berlichius. loc. cit. conclus. 24. n. 41. & seqq.* & *Collegium Argentorat. ad h. tit. de evictionibus. n. 5.* ad longum.

45 Altera quæstio est, si in alio contractu, quàm emptionis, & venditionis conventio facta fuit, ut unus, aut alter ex contrahentibus re evictâ de evictione non teneatur, an id tantùm intelligendum sit de damnis, interesse, & sumptibus, prout supra de emptione, & venditione diximus, quòd venditor nihilominùs teneatur ad restitutionem pretij, tametsi expressè stipulatus sit, quòd de evictione rei venditæ nolit esse obligatus: Ratio dubitandi est, quia emptio, & venditio est contractus bonæ fidei, & ideò in *l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. de actionibus empti, & venditi.* Juris-Consultus dicit: Quòd contractus bonæ fidei non patiatur hanc conventionem, ut emptor rem amittat, & venditor pretium retineat. Atqui, licèt contractus permutationis sit bonæ fidei, reliqui tamen innominati sunt stricti juris; Non videtur igitur dispositio hujus legis ad alios innominatos, sive stricti juris pertinere. Verùm hoc non attento, putamus, omninò certum esse, quòd etiam in alijs contractibus dispositio *dict. l. ex empto. 11.* non minùs locum habeat, quàm in contractu emptionis, & venditionis, cùm juris naturalis ratio dictet, iniquisissimum esse, ut is, cui res evicta fuit, illam domino reddere, & simul etiam suo, quod reciprocè
46 dedit, carere debeat. Imò nostra opinione in contractu permutationis, & alijs innominatis contrahens ad restitutionem rei, quam accepit, vel potiùs ad pretium, & æstimationem rei evictæ magìs obligatus est, quàm venditor ad refusionem pretij: Ratio clara est, quia venditor non tenetur, rem facere emptoris, cùm emptio, & venditio nudo consensu perficiatur; Aliud est in permutatione, & contractibus innominatis, qui perfectionem à traditione rei sortiuntur, quia in illis contrahens obligatus est, dominium transferre, & rem alterius facere, quod si præstare non possit, quis dubitabit, quin non reciprocè ad restitutionem illius teneatur, quod vi contractûs accepit, vel ad æstimationem rei evictæ. Cùm aliàs ille cum jactura alterius locupletaretur, quod jura non admittunt. Vid. *D. Rath. dict. disput. de evictionibus. thesi. 53.* ubi agnoscit, quòd regulariter cautio de evictione non præstanda in omnibus contractibus, nisi id palàm exprimatur, alterum contrahentem à restitutione illius, quod accepit, vel si id reddere nolit, à justo pretio, & æstimatione rei evictæ minimè liberet.

47 Divisionem hæreditatis quidam excipiunt, & eidem duo specialia attribuunt: Primum est, si inter dividentes expressè convenerit, ut de evictione præstanda sibi invicem non teneantur, quòd in hoc casu præter aliorum contractuum naturam ne quidem ad pretium restituendum obligatio remaneat. *D. Rath. loc. cit. thesi. 53. sub litt. B.* confirmat id *Ant. Gomez. tom. 2. cap. 2. n. 34.* Ubi dicit: Licèt in alijs contractibus, in quibus debetur evictio, teneatur venditor, vel alienator saltem ad pretium, & æstimationem rei, etiamsi expressè dictum sit, quòd non teneatur de evictione, quòd tamen in divisione hæreditatis etiam quoad pretium, aut restitutionem rei non debeatur evictio, per rationem: Quia tali casu consideratur inter eos mutui periculi ratio, Quam tamen sententiam improbat *Caballinus. tract.*

de

de evictionibus. §. 5. *n.* 27. Ubi ſimpliciter vult, etiam in hoc caſu diviſionis inter cohæredes naturalem æquitatem requirere, ut re evictâ à cohæredibus præſtetur æſtimatio ejus. Quam opinionem etiam nos juſtiorem putamus, quomodò enim ratio communis periculi poteſt aliquam conſiderationem mereri, ſi uni ex hæredibus res magni pretij evicta ſit, & cæteris nihil? Deinde cùm hæreditatis lucrum, & commodum commune ſit hæredibus, cur non etiam damnum, quod non ex eorum culpa, ſed ex facto, aut negligentia defuncti provenit, commune eſſe debeat? Præſertim, cùm id, quod uni contigit, etiam alteri ex hæredibus contingere poſſit, aut potuiſſet. Naturali igitur rationi convenientius eſt, ut non obſtante conventione de non præſtanda evictione ad ſervandam æqualitatem cohæredes in diviſione hæreditaria ad pretium, & æſtimationem rei evictæ ſimiliter teneantur, ſicut contrahentes in reliquis contractibus. Prout ad præcedentem articulum jam quædam non incommodè diximus.

Alterum ſingulare eſt, quòd in emptione, & venditione, ut ad *Articulũ 1. hujus Tit.* demonſtravimus, aljiſque contractibus, qui evictioni ſubjacent, ut explicavimus ad *Art. præced.* ſub evictionis obligatione non tantùm contineatur pretium, & æſtimatio rei evictæ, ſed etiam refuſio omnium damnorum, ſumptuum, & intereſſe: In diviſione autem hæreditatis evictionis obligatio tantùm comprehendit refuſionem juſti pretij, vel æſtimationis, damnorum autem, & intereſſe nulla habetur ratio. Idem *D. Rath. loc. cit. theſi. 52.* ubi hanc ſingularitatem, ſive ſpecialitatem ita proponit, dicendo: Quamvìs aliàs diviſio venditioni aſſimiletur, non tamen in ea ob evictionem ad id, quod extrinſecus ineſt, ſed quo tempore diviſionis rei pretium fuit, actio eſt inſtituenda: Quæ verba quidem obſcura ſunt, ſed idem ſignificant, quod *Gomez* habet. *dict. cap. 2. n. 33. ad finem.* Ubi dicit: Quòd in diviſione debeatur evictio quoad pretium, & æſtimationem rei evictæ, non verò quoad intereſſe, cùm hæres non ſit in culpa; Nam, cùm quælibet res hæreditaria ante diviſionem ſit communis pro indiviſo inter hæredes, ſequitur, quòd facta diviſione quilibet ex hæredibus ſuam portionem accipiat non ſolùm à cohæredibus, ſed etiam à ſe ipſo, quæ cauſa eſt, ut evictio de damnis, & intereſſe tanquam extrinſecis non ita præſtetur, ſicut in emptione, & venditione, aut alijs contractibus, ubi unus ex contrahentibus alteri rem totam communicat. Verba D. Rath, præter ſolitum ſunt ſatìs clara, ubi *litt. B.* dicit: Vendens enim, aut permutans totam rem ſuam eſſe aſſerit, adeóque, ſi aliena eſt, ſolus alterum in totum decipit: Meritò igitur ad ſolidum intereſſe obligabitur, inter dividentes verò prædia, quæ communia putant, neuter magìs aſſerit, aut decipit, quàm alter, ſed potiùs res communi culpa evinci cenſetur, ſi facto, vel defectu juris defuncti evincitur. 48

Der Achte Articul.

DJe Gewehrſchafft mag fürnemblich in folgenden Fällen nicht begehrt werden.

Erſtlich wann der Kauffer ſich deren ſelbs verzigen / doch mit Underſchid / wie im vorgehenden ſechſten Articul.

Zum andern / wann er von der Erkandtnuß oder Urtheil die wider jhne ergangen nit gewaigert / oder appelliert hat.

Drittens / wann er dem Verkauffer den Stritt zu rechter Zeit nit angekündet.

Vierdtens / da er nit durch Recht / sonder auß Unverstandt / oder Ungerechtigkeit deß Richters die Handlung verlohren.

Fünfftens / wann der Kauffer den Stritt nicht durch Richterliche Erkandtnuß außgetragen / sonder Schid-Leüthen die Sachen auffgeben / vnnd in sie compromittiert, oder sich mit dem Gegenthail vertragen.

Sechstens / wann ein Freund dem Kauffer einstehet / ist er dem Kauffer für den Einstandt die Gewehrschafft nit / sonder allein vmb das verkauffte Guet dem Einsteher dieselb zelaisten schuldig.

Zum sibendten / wañ jemand zu Verkauffung seines Guets / wider seinen Willen gezwungen würdet / ist er auch kein Gewehrschafft schuldig. Doch soll er hierinnen keinen Betrug gebrauchen.

Am achten / wann dem Kauffer das Guet entzogen worden / der Ursachen / daß jemand in vorigen Standt gestellet / oder sonsten durch ein sonderbare Freyheit / zu dem verkaufften Guet gelassen würdet / doch ist der Verkauffer in solchen zwayen Fällen schuldig / jhme den Kauff-Schilling wider herauß zegeben.

Zum neundten / wann der Kauffer gewüst hat / daß solch erkaufft Guet / nit dem Verkauffer / sonder einem andern zugehörig sey.

Zum zehendten / wann dem Kauffer das Guet mit Gewalt genommen würdet.

Ailfftes / wann ainer ein Erbschafft kaufft / vnd ist jhme auß derselben ein particular vnd sonderbares Stuck aberhalten worden.

Zwölfftes / wann der Grundt oder Hauß mit einer Dienstbarkeit beschwert ist / der Verkauffer aber solches nit gewüst / so ist er mehrers zulaisten nicht schuldig / weder daß er dem Kauffer das jenig erstatte / vmb wievil weniger er vmb das Guet geben hätte / wann jhme die Dienstbarkeit wäre angezaigt worden. Hätt aber der Verkauffer solches gewüst / ist er schuldig allen Nachthail vnd Entgeltnuß / so der Kauffer deßhalben leydet / zuwiderkehren.

Zum dreyzehendten / wann der Kauffer gegen seinen Nachbaren ein Dienstbarkeit suecht / vnnd fürgibt / welche jhm insonderheit nicht verkaufft worden / ist der Verkauffer jhme dieselbig zu gewehren auch nicht schuldig.

SUMMARIA.

1. *De casibus, in quibus evictio locum habere non possit?*
2. *Quid si emptor evictioni renunciaverit?*
3. *Quid si à sententia non appellaverit?*
4. *An emptor appellationem venditori denunciare, & illam deinde prosequi teneatur?*
5. *Quæ, aut qualis hac in parte sit differentia inter emptorem, ac inter actorem, & procuratorem?*
6. *Quomodo distinguendum, an in prima instantia litis denunciatio facta fuerit, vel non?*
7. *An emptor appellare debeat, si causa sit dubia, & ambigua?*

8. *Quid*

8. *Quid si in causa dubia venditor instantiæ interfuerit, & non appellaverit?*
9. *Quid si manifestè de injustitia causæ constet?*
10. *An denunciatio litis fieri possit intra, & extrajudicialiter?*
11. *Quid si sententia lata fuerit contra emptorem per imperitiam, vel iniquitatem judicis?*
12. *Quid si id factum fuerit cum vel sine culpa emptoris?*
13. *Quare in fidejussore requiratur culpa, & non in emptore?*
14. *Quid si injusta sententia lata fuerit in odium venditoris?*
15. *Quid si venditor productionem necessariarum probationum omiserit?*
16. *Quid si res evicta sit per compromissum?*
17. *Quid si ipse venditor fuerit compromissarius?*
18. *Quid si statuto cautum sit, ut compromissum fieri debeat?*
19. *Quid si quis evictionem promiserit quomodocunque, aut qualitercunque fiat?*
20. *Quid si emptor transegerit?*
21. *Quid si evincenti juramentum litis decisorium detulerit?*
22. *Quot de jure nostro Bavarico sint modi compromittendi?*
23. *Quid si compromissum factum fuerit sub metu pœnæ?*
24. & 25. *Quid si compromissum factum fuerit, ut stetur laudo?*
26. *An à laudo detur appellatio?*
27. *An de jure nostro statutario in appellatione à compromisso novæ probationes adduci possint?*
28. *An judex in appellatorio possit ea æquitate uti, qua ut compromissarius?*
29. *Quid si res evicta fuerit ex jure retractûs?*
30. *Quare non præstetur evictio?*
31. *An generalis obligatio de evictione trahatur ad casum retractûs?*
32. *Quid si emptor de evictione in casu retractûs caverit?*
33. *Quid si venditor emptori persuaserit, rem venditam non esse obnoxiam evictioni?*
34. *Quid si verus dominus rem retractam vindicet?*
35. *Quid si venditor cum emptore convenerit, ut nullo modo obligatus esse possit, an venditor nihilominùs obligatus sit in casu retractûs?*
36. *An retrahens rei retractæ pretium emptori restituere teneatur cum omni interesse?*
37. *Quid si quis ad venditionem rei suæ contra voluntatem suam necessitetur, aut compellatur?*
38. *Quid si id fiat à supremo illius terræ Principe?*
39. *Quid si in tali casu etiam tertius evincens superveniat?*
40. *Quid si Princeps alteri rem suam per injuriam abstulerit?*
41. *Quid si necessitas fuerit illata à Principe?*
42. *Quid si verus dominus rem suam propriam per potentiorem quendam ablatam vindicet?*
43. *Quid si alia extrinseca necessitas superveniat?*
44. *Quid si ex necessitate officij alienatio facta fuerit, ut exemplificatur in executore testamentario?*
45. *Et in tutore, vel curatore?*
46. *Et in procuratore?*
47. *Quid si tales personæ evictionem promiserint?*
48. *Quid si talis necessitas dolo, & fraude, & malitiosè causetur?*
49. *Quid si res evincatur remediô restitutionis privilegiatô?*

IN quibus casibus evictio locum non habeat, jam multa in præcedentibus diximus, nihilominùs, cùm articulus noster specialiter novem enumeret (licèt alij longè plures constituant) singulos paucis repetemus. 1

Primus casus est, si emptor evictioni renunciaverit, quod idem est, ac si dicas, si venditor in instrumento expresè pactus fuerit, quòd de evictione teneri nolit: Si enim emptor tale pactum admiserit, utique evictioni renunciâsse censetur. Sed hunc casum de pacto non præstandæ evictionis jam sufficienter explicavimus ad *Art. 6.* & quomodò ea, quæ de emptione, 2

ne, & venditione ſtatuuntur, etiam in reliquis contractibus locum habeant, in articulo proximè præcedenti.

3 Secundus caſus eſt, ſi emptor à ſententia judicis in prima inſtantia contra ſe lata non appellaverit. *l. Herennius. 63. §. Gaja. 1. ff. de evictionibus.* Quod tamen ita verum eſt, ſi venditor ad denunciationem ſibi legitimè factam non comparuerit, quia juxta dicta ad priorem articulum emptor litem nihilominùs proſequi debet: Si autem venditor comparuit, & defenſionem emptoris in ſe ſuſcepit, non emptori, ſed venditori incumbit appellatio, quam ſi neglexit, deſertionem cauſæ ſibi imputare debet, & emptori contra eum actio de evictione competit. *dict. §. Gaja. ff. de evictionibus.*

4 Non ſufficit autem emptori, ut appellet, ſed neceſſe eſt, ut appellationem etiam auctori ſuo denunciet, & proſequatur; Quamvis DD. communiter velint, quòd proſecutio appellationis quidem neceſſaria ſit, ſi denunciatio illius venditori facta non fuerit. Si autem fuerit facta, quòd ſibi imputare debeat venditor, ſi in judicio non comparuerit, & appellationem proſecutus fuerit, ad ſimilitudinem actoris à tutore, vel curatore conſtituti, qui ſi à ſententia appellaverit, appellationem proſequi non tenetur. *l. ſi actor. 10. C. de appellationibus*, & procuratoris, qui quidem appellare debet, appellationem autem legitimè interpoſitam proſequi non tenetur. *l. invitus. 17. C. de procuratoribus. l. ſi procuratorem. 8. §. quod & 8. ff. mandati. Gomez. loc. ſæpiùs citato. n. 39.* & *Nicol. Burgund. de evictionibus. cap. 84.*
5 *n. 5.* De cujus tamen ſententiæ veritate nos multùm ſubſiſtimus, cùm inter emptorem ac inter actorem, & procuratorē magna ſit differentia, actor enim, & procurator litē exercent alieno nomine, emptor verò proprio. Ut proinde emptori non ſolùm appellatio, ſed etiam appellationis proſecutio tanquam perſonæ principali meritò incumbat, cùm aliàs actionem de evictione contra venditorem non habeat, utpote quæ præſupponit, litem, quam appellatio ſuſpendit, per ſententiam finalem terminatam, & rem emptori per executionem actualiter evictam, & ablatam eſſe. Et hinc eſt, quòd DD. communiter emptori non tantùm appellandi, ſed etiam appellationem proſequendi neceſſitatem ſimpliciter imponant. Certè ſi emptor, ut ſupra diximus, litem in prima inſtantia venditore non comparente proſequi debet, tametſi venditori legitimam denunciationem fecerit, cur non etiam in ſecunda inſtantia eadem neceſſitas proſecutionis eidem incumbat? Vid. *Berlich. lib. 1. conc. 24. n. 94. Caballin. de evict. §. 5. n. 41. Fachin. cont. juris. lib. 2. contr. 40.* Ubi in fine dicit, Coronidis loco notandum eſſe, ſi emptor appellaverit, eum ſimpliciter teneri ad proſequendam appellationis cauſam, juxta *l. Herennius. 63. §. ult. ff. de evictionibus:* Ubi gloſſa in *litt. C.* dicit: Emptorem non habere actionem de evictione, ſi bonam cauſam ideò perdiderit, quia intra fatales dies non eſt proſecutus appellationem. *Vid. Covar. lib. 3. var. reſolut. c. 17. Illatione, 9.*

6 Deinde ſi priorem ſententiam retinere velimus, quòd emptor ad proſecutionem appellationis non ſit obligatus, quando venditorem de interpoſitione illius certiorem fecit, neceſſariò hæc diſtinctio apponenda eſt: An ſcilicet emptor in prima inſtantia venditori litem legitimè denunciaverit, vel non: Si legitimè denunciavit, & venditor non comparuit, ſed emptor totum proceſſum primæ inſtantiæ indefenſus ſuſtinuit, & ſecundâ vice de appellatione interpoſita venditori legitimam denunciationem fecit, poſſet fortè prima ſententia defendi, cùm venditor repetitis vicibus ad defenſionem invitatus videatur ipſe cauſæ diffidere, & appellationi renunciare: At quando in prima inſtantia denunciatio intermiſſa eſt, altera, quæ fit in inſtantia appellationis, ut diximus ad *Art. 4.* ſecundùm diſpoſitionem ſtatuto-

tutorum nostrorum provincialium nullius momenti, & valoris est, cùm in Summario Processu (nam de ordinario aliud esse, ibidem explicavimus) secunda, sive appellationis instantia nihil novi admittat, & consequenter venditoris denunciatio prorsùs inanis, & inutilis, adeóque emptori, cùm propter omissam denunciationem primæ instantiæ nullum regressum adversùs venditorem habeat, nihil aliud reliquum sit, quam ut appellationem interpositam, si adhuc spem aliquid obtinendi habet, vel habere posse credit, suis expensis prosequatur.

Et id, quod hactenùs de necessitate interponendæ, & prosequendæ appellationis dictum est, non tantùm locum habet, quando causa emptoris justa, & bona est, sed etiam, si sit dubia, & ambigua, ut *Covaruvias. loc. cit. illat. 9.* & *Caballinus. loc. cit. n. 41.* expresè tenent, licèt *Anton. Gomez.* & *Nicol. Burgund. loc. alleg.* contrarium sustineant, quos etiam sequitur *Fachin. loc. cit. cap. 40. conclus. 4.* quamvìs enim præsumendum sit pro sententia judicis, tamen ista præsumptio cedere debet veritati, cùm videamus quotidiè, in superioribus judicijs tam frequentes fieri reformationes, & iniquum planè non sit, in causa dubia, & ambigua emptorem ad appellationem, & appellationis prosecutionem adstringere. 7

Hoc tamen fortè sustineri potest, si venditor in prima instantia defensionem suscepit, & publicationi sententiæ interfuit, vel ejus notitiam legitimè pro stylo curiæ acquisivit, appellationem verò intermisit, quòd emptor ex sua parte sit excusabilis, cùm venditor videatur sententiæ acquiescere, & injustitiam causæ suæ agnoscere, de quo casu maximè loquitur *Fachin. loc. cit. conclus. 4. & 5.* 8

Illud autem clarum est, si manifestè de injustitia causæ constet, vel in instrumento emptionis, & venditionis emptori necessitas appellandi remissa fuerit, quòd ei omissâ instantiâ appellationis regressus contra venditorem nihilominùs pateat, & re per exsecutionem ablata actio de evictione competat. *dict. l. Herenius. §. Gaja. & §. ult. ff. de evictionibus.* Quod etiam articulo nostro conveniens esse judicamus, tametsi ille videatur in omni causa requirere, ut emptor appellationem interponat. 9

Tertius casus est, omissæ denunciationis, de quo sufficienter diximus ad *Artic. 4. hujus Tit.* quò recurrendum est: Hoc solum addimus, quòd denunciatio fieri possit, vel mediante judice, vel ab ipsa parte, modò ita fiat, ut in casum contradictionis legitimè probari possit: Quamvìs enim aliqui hujus opinionis sint, quòd judicis interventus sit necessarius, ita ut venditori mittatur copia libelli in publica forma, tamen *Gomez. sæpè cit. tom. 2. cap. 2. n. 39.* rectè dicit, id nullo jure probari, & de consuetudine contrarium observari. Dubium tamen non est, tutius esse, si quis denunciationem fieri procuret à judice, assignando venditori certum terminũ, intra quem comparere possit, & litem in se suscipere: Quo in casu rectè fit, si judex citationi, & denunciationi copiam libelli adjungat, ut venditor deliberare possit, an velit cedere liti, vel defensionem emptoris conventi in se suscipere. Si autem neutrum faciat, nihilominùs lis habetur pro legitimè denunciata, & proceditur in causa, prout juris est, ita ut re postmodùm per sententiam, & exsecutionem evictâ emptori non tantùm pro recuperatione pretij, sed etiam pro omni interesse, & damno regressus adversùs venditorem competat, qui sibi imputare debet, si neglectâ citatione, & denunciatione instructus non comparuit, & sententiam contra se ferri, & exsecutioni mandari passus fuerit. Sicut ècontra, si emptor omnem denunciationem, sive judicialem, sive extrajudicialem intermiserit, fortè, quia nimium suæ causæ fidebat, victus nullam contra venditorem pro indemnitate sua actionem habet, ut ibidem fusiùs explicavimus. 10

11 Quartus casus est, de quo supra similiter sufficienter egimus, si sententia contra emptorem fuerit lata per imprudentiam, errorem, vel iniquitatem judicis. *l. si per imprudentiam. 51. ff. de evictionibus. l. emptor fundi. 8. C. eodem. Covar. dict. cap. 17. n. 10.* & *Gomez. loc. cit. n. 39.* Quia injuria facta emptori reputatur pro casu fortuito. *Caballin. de evictionibus.* §. *5. n. 7.*

12 In hac autem quæstione, quatenus imprudentia, error, vel iniquitas judicis noceat emptori, multùm doctores disputant, an non distinctio facienda sit, utrùm ad talem sententiam accesserit etiam culpa emptoris, vel an imprudentia, error, & iniquitas ex solius judicis parte provenerit. De quo videatur *Caballin. loc. cit.* §. *5. n. 8. & 9.* ubi ad confirmandam opinionem suam, quòd emptori ex judicis imprudentia, errore, vel iniquitate nihil imputari possit, si nulla ejus culpa accesserit, allegat textum in *l. exceptione. 67. ff. de fidejussoribus.* Ubi dicitur: Quòd injuriosa sententia contra fidejussorem lata non præjudicet debitori; Ut verba formalia sonant: Quia injuriam, quæ tibi facta est, penes te manere, æquius est, si culpâ tuâ injustæ damnationis causam præbuisti. Ergò necessariò videtur inferendum, quòd injusta sententia judicis non aliter possit nocere emptori, nisi culpa emptoris accesserit. Sed, quòd venditor ab evictione liber sit, re evictâ per imprudentiam, errorem, aut injuriam judicis, etiamsi sententia lata fuerit absque ulla emptoris culpa, & emptor in causa, & juris defensionibus omnium fuerit diligentissimus, comunio est opinio, cùm res vendita verè evincatur casu fortuito, qui non ad venditorem, sed emptorem spectat. Ratio

13 tio differentiæ est inter emptorem, & fidejussorem, quòd emptor defendat causam jure suo, & proprio, ut proinde injuria judicis ipsi nocere debeat: Fidejussor autem defendit nomine alieno scilicet debitoris, & proinde injuria judicis nocet debitori, non fidejussori, nisi, ut textus dicit, suâ culpâ injustæ damnationis causam præbuerit.

14 Quid si autem judex injustam sententiam tulit in odium venditoris, V. G. propter inimicitiam, quam contra illum gerebat, nocendi animo? Hæc certè sententia emptori obesse non debet, si inimicitia jam priùs fuit orta, antequàm contractus emptionis, & venditionis inter emptorem, & venditorem eveniret: Nam inimicitia post contractum primùm contingens habenda est pro injuria judicis, quæ, ut diximus, ad emptorem, non ad venditorem spectat. Et hoc quoque verum est, quòd injuria judicis afficiat emptorem, & non venditorem, tametsi venditor ad denunciationem comparuerit, liti adhæserit, & defensionem emptoris in se susceperit, per textum in *l. venditor. 2.* §. *solet quæri. 7. ff. de hæred. vel act. vend.* Ratio est, quia emptor dominus est rei, quamdiu non est evicta, & litis, ut sæpiùs diximus, injuria autem judicis casus fortuitus est, qui proinde non ad venditorem, sed ad emptorem tanquam dominum spectat. Quod tamen ita in-

15 telligendum est, nisi venditor neglexerit, ad defensionem emptoris necessarias probationes, jura, & documenta tempore congruo producere, fortè ut emptori tanquam inimico noceret, tunc enim sententia judicis non potest haberi pro casu fortuito tanquam per imperitiam, aut injuriam lata, sed potiùs est justissima, utpotè quæ lata est secundùm allegata, & probata, & consequenter non emptori, sed venditori, qui intermisit necessariam defensionem congruo tempore exhibere, & producere, præjudicium parit, ut hæc omnia satìs clarè, & dilucidè explicat *Covar. dict. lib. 3. cap. 17. num. 10.*

16 Quintus casus est, quando emptori res non per sententiam judicialem evicta est, sed per laudum compromissariorum: Si enim emptor compromissum admittit, & succumbit, tunc regressum contra venditorem non habet, cùm illud fecerit nulla necessitate cogente. *l. si dictum. 56.* §. *1. ff. de evictio-*

evictionibus. Ubi dicitur : Si compromisero , & contra me data fuerit sententia , nulla mihi actio de evictione danda est adversùs venditorem , nulla enim necessitate cogente id feci. Et hoc verum est , tametsi in judicem ordinarium , cui eram subjectus , consensi , quia in effectu jurisdictionem prorogavi , ad quam prorogationem nullo jure cogente obligatus fui , glossa in *dict. l. si dictum. 56. ff. de evictionibus. litt. G.* Aliud autem est , si plures habuerim judices ordinarios , & unum ex ijs elegi , actioni de evictione non præjudicavi , cùm id tenear facere , eadem glossa *sub litt. G. & supermarginalis sub litt. A.* ubi dicit, evictioni locum esse, si res evincatur apud unum ex ordinarijs meis judicibus , quemcunque elegerim. Si autem ipse venditor in compromissarium electus est , & tulerit laudum contra emptorem , tùnc rectè emptor de evictione agit , quia facto venditoris rem perdidit , juxta textum in *l. expeditam. 2. in fine. C. de assertione tollenda. Caballinus. dict. §. 5. n. 16.* Idem dicendum est , si statuto , vel consuetudine introductum fuerit , ut partes in prima instantia maximè Summarij judicij ad compromissum obligentur , prout illud statutis nostris provincialibus videtur conforme esse , ubi in *Processu Summario Tit. 2. Art. 1. 4. & 5.* disponitur , ut judex diligentiam adhibere debeat, in causis dubijs, & illiquidis partes per amicabilem transactionem , vel compromissum componendi. Sed, cùm allegati articuli potiùs consilij, quàm necessitatis sint , ut *Artic. 2.* id evidenter demonstrat , hæc exceptio nihil ad rem facit , semper enim pro objecto habetur , an emptor compromissum fecerit proprio motu , & spontè , vel cogente juris necessitate , prout præsupposito tali statuto nihilominùs necessarium est , ut emptor litem venditori denunciet , & eum ad electionem compromissariorum citari faciat , cùm utique multùm ipsius intersit , ne eligantur arbitri , & compromissarij sibi suspecti. *Caballin. loc. cit. n. 17.* Imò , si emptor etiam inscio venditore compromissum fecit , & docere possit, à judice compromissario benè fuisse judicatum, eò quòd de injustitia causæ manifesta constet , sive , ut *Caballinus dicit. n. 18.* si emptor probat, se succubuisse, quia venditor ei non fecit bonum jus , actio de evictione ei deneganda non est. Denique comuniter notarij , & tabelliones maximè Italici , qui hac in parte accuratissimi,& exquisitissimi sunt , in instrumentis contractuum hanc clausulam addere solent , ut venditor de evictione obligatus sit , quomodocunque , aut qualitercunque res evincatur , sive ordinario judicio , sive per compromissum , cum vel sine venditoris præscitu , & consensu , præsentia aut absentia : Ratio est , quia per ejusmodi verba generalia venditor se in omnem casum evictionis periculo submisisse censetur. Et, quod modò de compromisso diximus, id etiam locum habet in transactione , si enim emptor inscio venditore cum evincente transegerit , sibi detrimentum imputare debet ; Prout articulus noster clarus est , ubi transactionem cum compromisso æqualiter judicat , in verbis : Wann der Kauffer compromittiert / oder sich mit dem Gegenthail vertragen. Idem dicendum est , quando emptor non per judicialem sententiam præmisso processu ordinario , & auditis partium juribus, & probationibus : Sed propterea condemnatus est , quia evincenti juramentum litis decisorium detulit ; Licèt delatio juramenti facta fuerit in judicio ordinario coram magistratu competenti : Ratio est , quia delatio juramenti non est necessitatis sed meræ voluntatis. Sibi igitur emptor imputet , quòd hoc extraordinario remedio sponte suâ , & sine venditoris præscitu , & interventu usus fuerit , cùm fortè venditor legitimis probationibus actionem potuisset elidere.

17 18 19 20 21

His ita de compromisso ex jure communi præmissis , propiùs ad jura nostra Statutaria accedamus. Inprimis igitur sciendum est, differentiam , quæ de jure communi inter arbitros , & arbitratores constituitur , de jure nostro Provinciali juxta *Artic. 7. Tit. 2.* deß Summarischen Proceß / sublatam : 22

tam: & *Artic.* 5. duos, vel in effectu tres modos compromittendi approbatos esse: Primus est, quando compromissio fit sub certa pœna, quam pars succumbens alteri solvere debet, si laudum compromissariorum admittere nolit. Secundus modus est, quando inter partes expresse conventum fuit, ut succumbens non tantùm ad solutionem pœnæ, sed etiam ad observationem laudi debeat esse obligata. Tertius modus est, quando compromissum factum est sine constitutione alicujus certæ pœnæ.

23 In primo casu dicendum est: Si emptor in compromisso succumbat, quòd actioni de evictione nihil præjudicetur, solvendo enim pœnam conventam plenam libertatem habet ad judicium ordinarium deveniendi, in quo venditori litem denunciare, & re per sententiam, & exsecutionem actualiter evicta venditorem ad restitutionem pretij damnorum, & interesse convenire potest: Quod tamen ita intelligas, ut sub termino damnorum, & interesse non comprehendatur pœna, quam emptor ob compromissum nulla necessitate cogente, sed proprio motu, & sponte suâ initum solvere debuit. Et hujus rei ratio est, quia per compromissum pœnale nihil præjudicatur causæ principali, si pars succumbens nolit metu pœnæ stare laudo.

24 In secundo casu maximè verum est, quod de jure communi diximus, evictioni locum non esse, cùm emptor per laudum, vel sententiam arbitrorum, & compromissariorum succubuit; Sibi enim imputare debet, quare non ambulaverit viâ rectâ, sed se periculo evictionis per extraordinariam viam spontè exposuerit. Cùm scire debuisset, quod partes in casu, quo non tantùm se ad solutionem certæ pœnæ, sed etiam ad laudi observationem, & exsecutionem obligant, nullum ampliùs jus habeant ad ordinarium judicium regrediendi, juxta *dict. Art.* 5. deß Summarischen Proceß. Nisi per viam appellationis, de quo mox sequetur.

25 In tertio casu, cum quo etiam secundus suo modo concurrit, major est difficultas: Cùm enim *dict. Art.* 5. tam in secundo, quàm tertio casu à laudo compromissariorum parti gravatæ appellationem, sive recursum ad judicem ordinarium permittat, jure merito quæritur; An emptor ad restitutionem rei venditæ per laudum compromissariorum condemnatus, provocando ad judicem ordinarium, possit auctori suo litem denunciare, & consequenter rem in pristinum statum restituere, ut contra venditorem de evictione agere possit, si coram ordinario magistratu suo succubuerit? Deci-
26 sio hujus quæstionis nostra opinione dependet ex eo, an appellatio à laudo compromissariorum sit habenda pro vera appellatione, ita ut coram judice ordinario tanquam hac in parte judice appellationis nihil novi produci, sed causa ex solis productis coram arbitris, & compromissarijs quasi judicibus primæ instantiæ decidi debeat. Si affirmativè respondeas, ex supradictis clarum est, quòd coram ordinario magistratu venditor comparere ampliùs non teneatur, utpotè cùm denunciatio facta fuerit tempore incongruo: Da man / ut *Articulus* 4. loquitur, die vnderlassene Nothdurfft bey Gericht nit mehr anbringen kan: Et certè provocationem à laudo compromissariorum ad ordinarium magistratum veram appellationem esse, duo ex prædicto *Art.* 5. persuadent: Primum est, quòd bis vocetur, ein Waigerung / qui terminus soli appellationi, & nullo modo causæ simplicis querelæ conveniens est. Deindè disponitur, quòd ista provocatio à laudo, die Waigerung / debeat fieri in termino legali, in gebührender Zeit / qui est terminus trium mensium. Quod confirmat sequens *Articulus* 6. Ubi dicit: Si una, vel altera pars ex laudo arbitri se gravatam esse existimaverit, potest ab eodem ad judicem ordinarium appellare, in der Zeit vnd auff Maß vnnd Geding / wie im *1. Artic. 9. Tit.* wegen Waigerung von den Summarischen Erkandtnussen vnd Abschiden mit mehreren versehen ist. Econtra certum est, quòd

quòd compromiſſarij à partibus electi nullam juriſdictionem habeant, cùm conſenſus privatorum non poſſit tribuere juriſdictionem non habenti, *l. quidam. 5. ff. de re judicata. l. privatorum. 3. C. de juriſdictione omnium judicum.* Sed tantùm notionem, ſive cognitionem. *l. 2. §. ſed quia. C. de jurament. propt. cal. præſt.* Nec illorum pronunciatio nomen ſententiæ mereatur, ſed barbaro nomine Emologatio dicatur: Nec actionem judicati producat. *l. 1. C. de receptis arbitris.* Nec propriè loquendo appellationem, ſed ſolùm reductionem ad arbitrium boni viri admittat. Quæ omnia videntur ſuadere, quòd ea, quæ de vera appellatione *Tit. 9. Art. 9.* deß Summariſchen Proceß / ſtatuuntur: Daß man in der andern Inſtantz / in facto, nichts neues ſoll einbringen / vnd da es beſchehe / daſſelbe nit in Obacht nemmen / ⁊c. ad provocationem, quæ à compromiſſariorum laudo ad judicem ordinariũ fit, applicari non poſſint, cùm reverà compromiſſarij nullam inſtantiam habeant, nec judicis ordinarij acceſſus ſecunda inſtantia dici poſſit, ut tamen articulus requirit, quia, ubi non eſt prima inſtantia, ceſſat utique etiam ſecunda: Deinde *Landfrancus de interlocutorijs, & appellationibus. n. 75.* admittit, quòd reductionem petens poſſit illam juſtificare ex novis probationibus, & productis, cùm igitur id nullibi inveniatur correctum, cur ſtare prohibeatur? Si benevolus Lector noſtrum judicium deſideret, putamus, ſtatutis noſtris Provincialibus convenientius eſſe, ut apud ordinarium magiſtratum, ad quem à laudo compromiſſariorum recurritur, nullæ novæ probationes admitti, ſed proceſſus ex ſolis actis antiquis juſtificari debeat: Moveor principaliter ex his duabus cauſis, & rationibus: Primò, quòd juxta *Art. 7. Tit. 3* deß Summariſchen Proceß / differentia inter arbitros, & arbitratores omninò ſublata ſit, ex quo ſequitur, quòd proceſſus coram compromiſſarijs debeat fieri juris ordine ſervato, ita, ut libellus exhiberi, exceptiones deſuper opponi, probationes recipi, & omnia alia obſervari neceſſe ſit, quæ ordinarius juris proceſſus requirit, paucis exceptis, de quibus videri poteſt gloſſa in *l. compromiſſum. 1. tit. de Recept. arbitr. in verb. compromiſſum*, ubi notare jubet, quòd compromiſſum in omnibus formalia judicia imitetur, tam in principio, quàm in medio, & quàm in fine: In principio, ut exſplicat gloſſa ſupermarginalis, quoad citationem, & libelli oblationem: In medio, quoad teſtium, & documentorum productionem, dilationum impetrationem: In fine, quoad ſententiæ, vel laudi prolationem, aut emologationem. *Gail. lib. 1. obſerv. 150. n. 4. & 5.* Quo præſuppoſito emptor ſibi imputare debet, ſi coram compromiſſarijs in producendis neceſſarijs documentis, teſtibus, aut alijs probationum adminiculis defecit, videtur enim abſurdum eſſe, ut in appellatione à laudo novæ probationes admittantur, quæ tamen in appellatione à vera ſententia rejiciuntur, cùm, ut textus in *dict. l. 1. ff. de recept. arb.* loquitur, compromiſſum ad finiendas lites, non ad illas protrahendas inventum ſit, quæ protractio neceſſariò ſequeretur, ſi in proceſſu appellationis à laudo novæ probationes admitterentur, quæ tamen in appellatorio à vera ſententia ordinarij magiſtratus excluduntur. Secunda ratio eſt, quòd in *Art. 6.* ſtatuatur, à laudo, tametſi aliàs de jure communi reductio intra 30. annos peti potuerit, ſicut à ſententia, non ſolùm appellationem intra tres menſes interponendam eſſe, ſed etiam, quòd interponi debeat, auff Maß/ vnd Geding / id eſt eo modo, & forma, prout in *Artic. 1. Tit. 9.* de appellatione à ſententia ordinarij magiſtratus ſtatutum reperitur, atqui certum eſt, quòd in appellatione à ſententia ordinarij magiſtratus nihil novi admittatur, juxta *cit. Art. 9. dict. Tit. 9.* Ergò nec in appellatione à laudo compromiſſariorum aliquid novi (ſcilicet in facto, ut ibidem exſplicavimus, quales ſunt novæ probationes per documenta, aut teſtes) admittendum eſt. 27

28 Addam adhuc pro ſuperfluo, quamvis contrariam ſententiam admittamus, quòd in appellatione à laudo, cùm vera appellatio non ſit, coram ordinario magiſtratu non deducta deduci, non probata probari poſſint, quòd tamen noſtra opinione venditori denunciatio ampliùs fieri non poſſit: Ratio eſt, quia, licèt differentia inter arbitrum, & arbitratorem ex jure noſtro ſtatutario ſublata ſit, illud tamen ſublatum eſſe non credimus, quòd Judex ordinarius, ad quem à laudo appellatum eſt, ea poſſit uti æquitate, qua uſurus fuiſſet, ſi in ipſum à partibus fuiſſet compromiſſum, ita ut rejectis apicibus juris litem ex æquo, & bono moderetur, prout ad *Art. 5. & 6. Tit. 2.* deß Summariſchen Proceß / deduximus: Æquum igitur eſt, ut emptor ſuæ imprudentiæ pœnam ferat, ſi Judex ordinarius non attenta appellatione à laudo, ex æquo & bono, cùm ad rigorem juris non teneatur, pronunciet, & ob modicam, & tolerabilem læſionem unius, vel alterius partis à judicio arbitri non recedat. Dicimus igitur concludendo, quòd re per laudum arbitrorum evicta venditor de evictione nunquam teneatur, niſi in eo caſu, quando compromiſſum factum eſt ſub certa pœna, tunc enim, cùm liberum ſit emptori, per ſolutionem pœnæ ab arbitramento recedere, & judicium coram ordinario magiſtratu ſubire, venditor ad legitimam denunciationem tenetur comparere, & emptorem defendere, vel certè re actualiter evicta, illum indemnem ſervare.

29 Sextus caſus eſt, quando res extraneo vendita à conſanguineo proximo per jus retractûs in familiam quaſi vindicatur, & reducitur, tunc enim venditor ad evictionem emptori præſtandam regulariter non tenetur. *Tyraquellus. de retractu.* §. *1. gloſſa. 9. n. 34. & ſeqq. Caballin. in tractatu de evict.* §. *3. n. 167. Hartm. Piſtor. lib. 2. quæſt. 10. n. 9. Berlich. deciſ. 124. n. 4.* Cujus rei multas rationes aſſignat idem *Tyraquell. loc. cit.* & præcipuè *Theod. Reincking. de jure retractûs. quæſt. 8. concluſ. 2. per totum.* Qua-
30 rum præcipuæ ſunt, quòd res per retractum non ideò evincatur, quòd venditoris non ſit, ſed evincitur jure ſpeciali, ex cauſa, quæ potiùs perſonam emptoris, quàm venditoris concernit, juxta textum in *l. minor. 39. in princ. ff. de evict.* Deindè emptori non competit actio de evictione, quando fundum alienum ſcienter emit, aut ſcivit, vel ſcire debuit, tertio alicui jus in eo competere: *Caballin. de evict.* §. *5. num. 31. Vulteus in Conſil. Marburg. vol. 3. conſil. 21. num. 278.* aut quando emptor propriâ ſuâ culpâ rem evinci patitur. *l. emptor. C. de evict. Weſenbec. in parat. de evict. n. 10. Caballin. dict.* §. *5. n. 50.* Si igitur extraneo cognitum eſt, vel ſaltem eſſe debet, rem ex familia quadam venditam intra certa tempora per conſanguineum proximum mediante retractu eſſe revocabilem: Et tamen emit, id ſibi acceptum ferre debet, & non venditori, qui nihil admiſit cum emptore contractum legitimè celebrando. Idem *Reincking. loc. cit. n. 154. & ſeqq.* Nec evadit emptor, ſi in inſtrumento ſcribi facit, rem ſibi datam eſſe in ſolutum, vel causâ permutationis &c. ut jus, & neceſſitatem retractûs evitaret: Per talem enim fraudis participationem nihil aliud conſequitur, quàm ut retractâ re per proximiorem conſanguineum etiam pretij repetitio-
31 nem perdat. *Caballin.* §. *5. n. 50.* Et licèt ſuperiùs dixerimus, quòd venditor ad evictionem teneatur, quando ſe in omnem caſum, quomodocunque, & qualitercunque res evincatur, obligavit, nihilominùs tamen hæc generalis obligatio non trahitur ad caſum retractûs. *Reincking. loc. cit. num. 161. & 163.* Per rationem, quòd evictio locum non habeat, ſi contingat
32 ex natura rei, ſic ſpecialiter diſponente ſtatuto loci, ſed opus ſit, ut emptor ſibi de evictione præſtanda in caſum retractûs expreſsâ ſtipulatione, aut conventione caverit. Idem *Reincking. loc. cit. n. 162.* & clariùs *num. 165.*
33 *Caballin.* §. *5. num. 35.* vel venditor emptori extraneo fortè conſuetudinem loci probabiliter ignoranti perſuaſerit, rem venditam retractui obnoxiam

non

non esse, tunc enim ex fraudulenta tali persuasione meritò obligatur. Idem *Reincking. n. 169.*

Quid si autem res à consanguineo per retractum quasi evicta, sive vindicata, aut revocata postmodùm ut aliena à tertio repetatur, & per legitimas probationes evincatur, anné venditor retrahenti consanguineo ad indemnitatem obligatus est? Et, siquidem eidem recto tempore denunciatio facta fuit, dubium nullum est, quin à retrahente de evictione conveniri possit, quia retrahens subintrat in locum emptoris. Si autem emptori res tanquam aliena evicta fuisset, nemo dubitat, quin facta legitima denunciatione venditor emptori ad indemnitatem præstandam fuisset obligatus: Ergò etiam obligatus erit retrahenti. 34

Sed quid si venditor cum emptore expresse convenerit, quòd illi nullo modo velit esse obligatus, quocunque tandem casu evictio contigerit, ita ut in effectu emptor in se periculum susceperit, anné venditor nihilominùs retrahenti non obstante conventione priori de non præstanda evictione emptori retrahenti teneatur? Ratio dubitandi est, quia venditoris conventio videtur tantùm obligare emptorem, cum quo contraxit, non consanguineum retrahentem, quocum nihil actum, aut conventum est. Verùm hac in parte distinctionem adhibendam esse, non ambigimus, an scilicet consanguineus retrahens de conventione inter venditorem, & emptorem inita cognitionem habuerit, vel non. Si cognitionem habuit, & tamen jure retractûs usus fuit, utique succedit in locum emptoris, & periculum in se suscepisse censendus est: Si autem in justa ignorantia fuit, & emptor malitiose hanc contractûs quasi substantialem conditionem subticuit, ipse tenetur retrahenti de evictione, nec adversùs venditorem regressum habet, quia, ut diximus, periculum evictionis ob venditoris cautionem de non præstanda evictione in se suscepit. Probatur hæc opinio ex ijs, quæ habet *Tyraquellus. tom. 3. de retractu. §. 36. glossa. 2. n. 118.* ubi dicit: Quòd emptor consanguineo teneatur de evictione, quando res eidem fuit evicta culpâ, & facto emptoris. Sed in proposito casu, utique latissimâ culpâ, si non fraude, & dolo emptoris retrahenti evicta proponitur, cùm utique empturus non fuisset, si scivisset, emptorem periculum rei evincendæ suscepisse, & illud ex jure retractûs in se dimanare. *Reincking. loc. cit conclus. 3. n. 170.* Ut enim paulò antè diximus, quando res ex sui natura evincitur, non sufficit, generaliter de evictione stipulari, sed opus est, ut quis sibi in hunc casum expresse provideat. *l. fundum. 20. ff. de evictionibus. l. 1. §. si sub conditione. ff. ut legat. sive fideicomiss. nom. Cav. Schraderus. de feudis. part. 2. part. 9. sect. 6. n. 4.* Et hinc traditum est, venditorem obligatum esse, ut emptorem specialiter certioret, & informet de qualitate rei venditæ, nec utatur verbis tantùm generalibus obscuris, & quasi nescio quo involucro innodatis. *Reincking. loc. cit. n. 162.* Si igitur venditor tenetur emptori, quando subticuit rei veritatem, eodem modo etiam tenebitur emptor retrahenti, cùm non minùs ad eum certiorandum de vero rei statu obligatus sit. 35

Abstrahendo autem à pacto, sive conventione, quam supponimus inter venditorem, & emptorem de non præstanda evictione factam esse, si res retrahenti tanquam aliena evicta fuit sine ulla culpa, & sine facto emptoris, retrahens, ut supra diximus, directò actionem habet adversùs venditorem pro indemnitate sua, cùm subintret in locum emptoris, qui cessionem consanguineo non fecit suâ sponte, sed juris, sive consuetudinis necessitate adactus. Idem *Tyraquellus*, & *Reincking. loc. cit.* Et hæc, quæ diximus de evictione sublata in causa juris retractûs, emptori non debent cadere molesta, licèt enim ipse contra venditorem actionem de evictione non habeat, non tenetur tamen rem sibi venditam dimittere, nisi à retrahente 36

sibi

ſibi pretium cum eo, quod ſuâ juſtè intereſt, reſtituatur, de quo videatur *Reincking. quæſt. 6. per totum.*

57 Septimus caſus eſt, quando aliquis ad venditionem rei ſuæ contra voluntatem ſuam neceſſitatur, tunc enim ad evictionem nulla eſt obligatio. Pro meliori declaratione hujus reſolutionis, diſtinguamus neceſſitatem in tres claſſes: Prima claſſis eſt, quando alicui neceſſitas rei ſuæ vendendæ à ſupremo principe infertur: Secunda, quando neceſſitas infertur à privato, vel alia cauſa vim metúmque cauſante, qui in conſtantem virum cadit: Tertia claſſis eſt, ſi quis neceſſitatem vendendi habeat ratione officij.

58 Quod attinet ad neceſſitatem, quæ infertur à principe, ſcimus, quòd princeps poteſtatem habeat, ſi illud ſalus, & neceſſitas, vel utilitas reipublicæ requirat, rem unius auferendi, & alteri concedendi, cùm publicum privatorum commodo præferendum ſit. *l. 3. C. de Primipilo. l. unica. §. penult. C. de caducis tollendis.* Et hoc quidem non tantùm belli tempore, ſed etiam ex alia quavis cauſa publica. *Gail. 2. obſerv. 55. 56. & 57. Mynſing. cent. 5. obſerv. 97 Arnold. Clapmar. lib. 4. cap. 16. & 22. Latius Prugman. in tractatu de Regalibus. §. abſoluta poteſtas.* Sic non tantùm inediæ publicæ causâ ſemper poteſt quis à principe, vel magiſtratu cogi ad venditionem frumenti, & eſculentorum. *l. 1. §. 11. ff. de officio præſidis.* Sed etiam favore libertatis, & pupillaris ſubſtitutionis compellitur ſocius, ſervum communem ſuo conſocio, vel hæredi ejus vendere. *l. 1. C. de communi ſervo manumiſſo.* Sic ratione communionis, quæ diſcordias parit, *l. 14. §. 17. ff. de actionibus empti.* Sic ſævitiei gratiâ. *l. 2. de his qui ſunt ſui, vel alieni juris.* Sic religioſi operis causâ venditio invito injungitur, ſi quis V. G. in fundo communi Eccleſiam adificare. *Baldus. ad dict. l. 1. ff. de offic. præſ. argumento. l. ſunt perſonæ. ff. de religioſ. & ſumpt. fun.* Aut Eccleſiam, vel alium locum ſacrum, & DEO dicatum ampliare. *l. ſi quis. ff. eodem.* vel ad religioſorum, & monialium commoditatem novis ſeptis, & ſervitutibus munire, & providere voluerit. Quod DD. etiam ad rempublicam extendunt, utpote, ſi princeps publica utilitate ſuadente domum ſubditi ſui demoliri, aut ejus fundum urbi, & civitati propinquum pro dilatandis foſſis civitatis, vel exſtruendo propugnaculo, aut alia neceſſitate publica occupare: Item ſuburbia deſtruere, vel incendio, ne hoſtis ſe eò recipiat, conſumere velit, *l. ſi quando. & l. ædificia. C. de opere publico. l. item ſi verberatum. 14. §. 1. ff. de rei vindicatione.* Et quamvìs bono principi conveniens ſit, ut rem privati ex cauſa publicæ utilitatis auferens juſti pretij ſolutionem præſtet, ne ſubditus abſque ſua culpa invitus re, & pretio carere debeat: *l. venditor. §. ſi conſtat. ff. commun. præd. l. 2. C. in quibus cauſis ſervi pro præm. libert. &c.* tamen ſæpiſſimè fit, & etiam Monachij factum eſſe (cùm civitas muniretur) adhuc hodie publicæ querelæ atteſtantur, quòd ſolutio quidem promittatur, effectus autem non ſubſequatur, vel ſi ſubſequatur, id contingat, quod dicitur in *l. item ſi. 15. §. item. 2. ff. de rei vindicatione.* ut tantùm modicum honoris gratiâ poſſeſſori detur. Certè in tali caſu emptor, cui res à principe, vel magiſtratu publicæ utilitatis, vel neceſſitatis causâ, vel ex integro, vel pro parte ſine pretio, vel modico tantùm honoris gratiâ dato ablata eſt, adversùs venditorem de evictione nullum regreſſum habet. *l. Lucius Titius in princip. ff. de evictionibus. & dict. l. item ſi verberatum. 15. §. 2. ff. de rei vindicat.* Quia factum principis, & magiſtratûs reputatur pro caſu fortuito. *Caball. de evictionibus. §. 5. n. 56. Berlich. in deciſ. aur. deciſ. 130. per tot. Gomez. cap. 2. n. 40.*

59 Hactenùs locuti ſumus de emptore, cui res vendita principis facto ablata fuit, quid ſi autem princeps alicui rem ſuam utilitatis, vel neceſſitatis publicæ causâ auferat, antequàm illi venalis fieret, aut venderetur, & poſtmodùm quidam ſuperveniat, & hanc ipſam rem alteri ablatam pro ſua re-

petat;

petat ; quam princeps nec dimittere, nec evictionem præstare velit, annè dominus contra priorem possessorem de indemnitate actionem habet ? Et respondemus, sicut emptori actio denegatur de evictione contra venditorem, ita etiam denegatur actio vero domino rei ad indemnitatem consequendam contra priorem possessorem. Et de hoc casu propriè loquitur *l. item. si verberatum. 15. §. item. 2. ff. de rei vindicatione* : & *Caballin. §. 5. n. 56.* ubi textus proponit casum, si quis agrum ab altero tanquam alienum petat, qui militibus pro stipendio à principe fuit assignatus, an contra possessorem priori domino agri actio de evictione competat ? Et respondet Ulpianus Juris-Consultus: Illum non habere actionem contra possessorem antiquum, nisi, ut præstet id, quod fortè honoris gratiâ possessori à principe datum fuit. Cum quo textu concordat *Caballin. loc. cit.* Ubi dicit: Quòd possessor domino saltem ad illud pretium teneatur, quod à principe consecutus est.

Audivimus, quid juris sit in ijs casibus, quando princeps, vel magistratus alicui rem suam licitè aufferre, vel venalem facere potest: Quid autem dicendum est, si id fiat per injuriam ? Multi hujus opinionis sunt, si princeps abuti velit regia sua potestate, quòd ex plenitudine potestatis etiam sine justa, vel necessaria causa possit subditis suis agros, vineas, vel alia prædia aufferre, & suis servis applicare. *Emanuel Costa in 2. part. repetit.* Juxta Senecæ versiculos: Quidquid habet locuples, quidquid custodit avarus, Jure quidem nostrum est, populo concedimus usum: Anné saltem hoc in casu, quando emptori res à principe per injuriam auffertur, evictioni locus erit ? Et respondemus, longè minùs evictioni locum esse, cùm duæ causæ evictionem excludentes concurrant, nempè auctoritas principis, & injuria, sive iniquitas actionis, quarum utraque pro casu fortuito habetur, *d. l. Lucius. & l. si per imprudent. 51. ff. de evictionibus* : Quæ dicit, injuriam emptori factam non debere auctorem contingere. 40

Quando autem necessitas, ut ad secundam classem deveniamus, fuit illata à privato, habenda est illa quoque pro injuria: Quid enim venditori imputari potest, si emptor alterius potentiâ per injustum metum, aut violentiam eò adactus fuerit, ut rem fortè sine omni, aut viliori pretio, quàm ipse emerit, cedere coactus fuerit, præsertim cùm emptori contra vim metúmque inferentem alia remedia juris prodita sint, quibus se indemnem conservare possit ? 41

Idem dicendum est, si venditor, antequàm res ei fieret venalis, per vim metúmque alicujus privati potentioris adactus fuerit, ut eidem hujuscemodi rei cessionem faceret: Nam, si posteà tertius superveniat, & rem à potentiori ablatam ut suam, & alienam postulet, actionem suam contra cessionariũ instituere debet, &, si illa fuerit inutilis ob quamcunque tandem causam, contra priorem possessorem actionem non habet; Nisi fortè ad illud modicum, quod ei à potentiore honoris causâ præstitum fuit. 42

Quid si autem alia necessitas extrinsecùs superveniens venditioni locum fecerit ? V. G. ut textus in *l. item si verberatum. 15. §. 1. ff. de rei vindicatione.* habet. Si quis fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, vel, ut supplet glossa, boves morbidos, & corruptos, ne moriantur ? Annè venditor post evictionem ad omne damnum, & interesse, prout natura actionis ex empto de evictione secum fert, tenebitur ? Et respondemus cum textu citato, quòd nihil nisi pretium præstetur. Quia ista venditio facta est ex necessitate, ut proindè, si boves, vel fructus tanquam alieni evincantur, emptor adversùs venditorem non nisi pro refundendo pretio actionem de evictione habeat. 43

Tertia necessitas, quæ oritur ex officio, idem privilegium habet, ut excuset venditorem à præstanda evictione, V. G. Aliquis constituitur ex- 44

ſecutor teſtamentarius, cum hoc mandato, ut hanc vel illam rem hæreditariam diſtrahat; Certè ſi ex poſt facto res diſtracta evincatur, teſtamentarius exſecutor de evictione non eſt obligatus, quia venditionem fecit ex neceſſitate officij, etiamſi de evictione præſtanda expreſsè caverit, cùm talis cautio, ſive promiſſio non ipſum exſecutorem, qui mandatum teſtatoris implevit, ſed hæredem obliget; Cùm officium ſuum nemini debeat eſſe damnoſum. Niſi exſecutor evictionis periculum per expreſſum in ſe ſuſcepiſſet. *Caballin. de evict.* §. 5. *n. 61.*

45 Similiter tutor, vel curator de evictione non tenetur, quandó rem aliquam pupillarem, vel ad minorennem ſpectantem in cauſa neceſſitatis legitima ex decreto magiſtratûs vendit, quia facit, quod ſui officij eſt. *Caballin. loc. cit. n. 61.* ubi idem ad procuratorem quoque extendit, qui rem ex mandato domini vendit, quoniam vendendo mandatum domini implevit, & proinde non ipſe, qui fecit, quod ipſius officium requirebat, ſed dominus de evictione obligatur. *l. 1. C. creditorem evict. pignor. non debere.* Ubi etiam dicitur: Quòd creditor, qui jure creditoris rem, quam putabat eſſe debitoris, vendidit, de evictione non ſit obligatus. Salva tamen ſemper jam priùs poſita limitatione, niſi tutor, curator, procurator, creditor proprio nomine evictionem promiſiſſent, quoniam cenſentur, taliter promittendo periculum evictionis in ſe ſuſcipere.

(46 and 47 in margin beside lines as printed)

48 Addit tandem articulus circa hunc caſum ſeptimum, ne quis hac in parte utatur fraude, vel dolo. Quod intelligi poteſt tam de venditore, quàm emptore; De venditore, qui fortè fundum ſuum vendidit, quem nunquam venalem habuiſſet, niſi ſciviſſet, principem fundo ſuo inſidiari, & illum vel ſine ullo pretio, vel certè pro modico tantùm, ex certa, & juſta cauſa neceſſitatis, & utilitatis publicæ, vel etiam per injuriam occupaturum eſſe: In tali enim caſu cenſeretur emptorem fraudulenter ad contractum induxiſſe, & proinde inexcuſabilis eſſet. Similiter, ſi quis V. G. cum vicino ſuo fundos permutaverit, & pœnitentiâ ductus principem inſtigaverit, ut fundum adverſarij ſui ad opus publicum applicaret, ne & ipſe ad implementum contractûs ſit obligatus, aut fortè fundum ſuum jam traditum per condictionem cauſâ data, cauſâ non ſecutâ: *l. 1. C. de rer. permut.* repetere, vel actione præſcriptis verbis non quidem evictionem, ſed implementum contractûs, vel id, quod ſuâ intereſt, quando vicinus ſuus ampliùs poteſtatem non habet, fundo à principe occupato, contractui ſatisfactionem præſtandi, poſtulare poſſit. *l. rebus. 6. & ult. Cod. de rer. permutat.* Talibus enim fraudulentis, & doloſis machinationibus jura non ſuffragantur.

49 Octavus caſus eſt, quando res evincitur extraordinario remedio reſtitutionis in integrum, per *l. minor. 39. ff. de evictionibus.* Ubi ponitur caſus; Quòd minor 25. annis fundum ſuum cum juris ſolennitate vendiderit Titio, Titius autem ulteriùs vendiderit Sejo; Minor ex poſtfacto probavit ſe in venditione læſum, & circumſcriptum eſſe, & propterea reſtitutus eſt in integrum: Quæritur igitur, an Sejus contra Titium habeat actionem de evictione? Et licèt cit: textus dicat, quòd Sejus evictionem petendo rem juſtam poſtulet, & æquum ſit, ut ei fundo Prætoria cognitione ablato per Prætorem de evictione ſubveniatur: Tamen hunc textum communiter tantùm ſic intelligunt, ut non concedatur actio de evictione pro intereſſe totali, ſed tantùm ad pretium. *Gomez. tom. 2. cap. 2. num. 41.* Ubi pro ſingulari notari jubet, quòd privilegium reſtitutionis in integrum ſit in rem ſcriptum, & competat contra quemlibet poſſeſſorem rei, licèt cum minore nihil contraxerit: Et hoc *Oddus. de reſtitutione in integrum. part. 1. quæſt. 47. Art. 2.* rectè etiam ad civitates, multò magìs ergò etiam ad Eccleſias, & alias pias cauſas extendit.

Con-

Continuatio

SUMMARIORUM.

50. *Quid si evincatur res remediò restitutionis ex edicto majorum?*
51. *Quid si aliquis ad revocationem boni sui venditi alio speciali jure admissus fuerit?*
52. *Quid si aliquis rem alienam scienter emerit?*
53. *Quæ hujus rei rationes sint, quòd, qui rem alienam scienter emit, non habeat repetitionem pretij, sed is habeat, qui rem fideicommissariam emit?*
54. *Quid si pretium nondum fuerit solutum?*
55. *Quid si uterque tam venditor, quàm emptor in mala fide fuerit?*
56. *An emptor in conscientia tutus sit, si pretium non repetat?*
57. *Quid de illo dicendum, qui rem fideicommissariam scienter emit?*
58. *An emptor debeat specificè scire, ad quem res aliena pertineat?*
59. *An meliorationes à vero domino repeti possint?*
60. *In quibus casibus scienter emens rem alienam repetitionem pretij habeat?*
61. *Cur in casu, quo scientia supervenit post contractum?*
62. *An si venditor evictionem promisit?*
63. *Quid si pretium fuerit versum in utilitatem venditoris?*
64. *Sensus l. emptor de rei vind.*
65. *Exemplum.*
66. *Aliud exemplum.*
67. *Quid si alicui bonum de facto, & cum violentia ablatum fuerit?*
68. *An saltem repetitionem pretij habeat?*
69. *Quid si venditor emptori in omni casu defensionem promisit?*
70. *Quomodò venditor emptorem defendere debeat adversùs omnem molestiam?*
71. *Quid si molestatio originem sumpsit ex causa subsequente?*
72. *Quomodò præstetur evictio hæreditatis venditæ?*
73. *An præstetur evictio ob servitutem rei venditæ inhærentem?*
74. & 75. *Quid juris in servitute ususfructùs?*
76. *Quid in servitute usûs, & habitationis?*
77. *Quid juris sit in servitutibus prædialibus?*
78. *Quid si servitus venditori fuerit cognita?*
79. *Quid si venditor expresè dixerit, fundum venditum servitute carere?*
80. *An saltem emptor habeat actionem quanti minoris?*
81. *Quid si ipse emptor ratione prædij sui empti servitutem prætendat, & jure cadat?*
82. *An nihilominùs teneat promissio de evictione, licèt contractus fuerit nullus?*
83. *Quid si sit nullus ex capite personæ privilegiatæ?*
84. *Augmentum, vel decrementum pretij tempore evictionis, an sit periculo venditoris, vel emptoris?*
85. 86. & 87. *Quomodò distinquendum inter actionem ex empto, quæ datur ad damnum, & interesse?*
88. *Quis statuatur modus actioni ad interesse?*
89. *Quid si evincens jus suum emptori donaverit?*
90. *Quæ hac in parte differentia inter emptionem, & alios contractus?*
91. *Quid si venditor fuerit Ecclesia, vel clericus, an debeat emptorem defendere coram judice sæculari?*

Major ratio dubitandi est, an hoc etiam procedat in restitutione, quæ datur ex edicto majorum: Ob rationem, quia hæc restitutio, de qua agitur in *dict. l. minor. 39. ff. de evictionibus*, conceditur minori ex jure speciali: Quod autem minori jure speciali concessum est, non debet trahi ad 50

restitutionem majorum. Contrarium tamen affirmat *Oddus. loc. cit. quæst. 47. ampliatione unic.* per text: in *l. cùm venditor. 66. §. si is. 1. ff. de evictionibus.* Ubi dicitur: Quòd is, qui reipublicæ causâ abfuit,& completâ præscriptione per restitutionē in integrum fundum suum alienatum repetit, contra possessorem utilem pro evictione actionem habeat. Idem extenditur ad militem, qui ex militia reversus restituitur in integrum,ad rem suam alienatam à tertio possessore vindicandam, cui deinde contra venditorem actio de evictione competit: Imò in casu converso, si miles, qui emerat à non domino equum ad me pertinentem, eum in militia usucepit, ego restituor in integrum ad vindicandum equum à milite reverso, ut tamen eidem actio de evictione adversùs venditorem integra sit. Ex quibus omnibus apparet, nihil speciale esse in restitutione pupilli, vel minoris, sed simpliciter dicendum, in quacunque restitutione in integrum concedi quidem actionem de evictione, sed non nisi ad refusionem pretij, non verò ad stipulationem duplæ (quæ tamen apud nos in usu non est) aut ad omnia damna, & interesse emptoris. Nos putamus, tametsi articulus noster id non exprimat, illud, quod ibi de restitutione in integrum statuitur, non solùm de restitutione pupillorum, & minorum, sed etiam de restitutione majorum intelligendum esse. Ratio est, quia omnis restitutio in integrum contingit ex jure speciali: Atqui regula generalis est, quòd toties non debeatur evictio, quoties res evincitur jure speciali. *Gomez. dict. tom. 2. cap. 2. n. 41.* Imò major specialitas est in restitutione, quæ conceditur majori, quàm quæ conceditur minorenni, cùm minor in omnibus causis, in quibus læsus est, probata læsione ex juris dispositione restitui debeat, major autem etiam probata læsione non aliter restituitur, nisi prætori justa causa restitutionis visa fuerit.

51 Restitutioni in integrum minori, vel etiam majori ex beneficio prætoris, *Si qua mihi justa causa videbitur, &c.* competenti æquiparatur etiam, si quis per singulare privilegium ad revocationem boni venditi admissus fuerit: Ratio est, quia in tali casu evictio quoque contingit ex jure speciali, ergò neque debetur stipulatio duplæ, nec datur actio de evictione ad damna, & interesse, sed solùm, ut articulus dicit, ad repetitionem pretij. *l. si fundum. 33. ff. eodem.* E. C. Titij bona propter delictum à fisco fuerunt publicata, inter quæ fuit fundus, quem mihi locaveras. Affricanus respondit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvìs per te non stet, quò minùs id præstes. Nam, etsi vendideris mihi fundum, isque, priusquàm vacuus mihi traderetur, publicatus fuerit, teneris ex empto, quod tamen ita verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id præstes, si quid pluris meâ intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter in conductione servandum est, ut mercedem, quam præstiterim, restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: Nec ultra ex actione de conducto præstare cogeris, sunt verba ferè formalia *dict. l. 33. ff. locati.* Tametsi venditor, vel locator ex postfacto gratiam principis impetraverit, cùm gratia obtenta emptori, vel conductori jus non tribuat, ut agere de evictione possint ad id, quod suâ interest, sed tantùm ad refusionem pretij, vel mercedis, aut ut res priùs vendita, vel locata post obtentam principis gratiam restituatur in pristinum statum, *dict. l. si fundus. 33. ff. locati.*

52 Nonus casus est, quando aliquis scienter emit rem alienam, vel obligatam, emptori actio de evictione non conceditur, per textum expressum in *l. si fundum. 27. C. de evictionibus.* Si fundum, inquit textus, sciens alienum, vel obligatum comparavit Athinocles, neque quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Atque hoc quidem certum est, quòd emptor nullam actionem habeat ad damna, & id

& id, quod suâ interest, consequenda, major autem dubitatio est, an non saltem actionem habeat ad repetendum pretium, quod pro re aliena scienter expendit. Ratio dubitandi desumitur ex *l. si duobus. 3. §. emptor autem. f. C. communia de legat. &c.* Ubi expresse dicitur, quòd is, qui scienter emit rem restitutioni subjectam, illâ evictâ nullam quidem actionem habeat ad duplæ stipulationem; aut melioramenta exigenda, sed tantùm ad pretij restitutionem, cùm sufficiat ei (verba sunt textûs) saltem pro pretio, quod sciens dedit pro re aliena, sibi satisfieri. Ex quibus verbis Caballinus infert, quòd non esset ponere os in cœlum, (id est non esset soli contradicere) si quis dicat, *legem. 27. C. de evictionibus.* per *l. si duobus. 3. C. communia de legat.* esse correctam, cùm sit una ex 50. constitutionibus Justinianeis. Verùm hoc alij non admittunt, ut videre est apud *Fachin. l. 2. cap. 40. in principio.* & apud *Gomez. loc. cit. n. 42.* Plerique putant, regulam contineri in *dict. l. si fundum. 27. C. de evictionibus*: Exceptionem verò in *dict. l. si duobus. 3. §. f. C. communia de legatis.* ob specialitatem ibidem comprehensam. Quæ verò sit illius specialitatis ratio, explicat *Covar. tom. 2. var. resol. lib. 3. cap. 17. n. 2. ad f.* dicendo, quòd textus in *l. si fundum.* simpliciter loquatur de re prorsùs aliena. Lex ultima verò *C. communia de legatis.* loquatur tantùm de re fideicommissariâ, sive restitutioni subjectâ, utpote, quæ non est aliena, sed adhuc sub dominio venditoris; Sive, ut loquitur *Collegium Argentorat. ad tit. de evict. n. 6.* hæres vendendo rem fideicommissariam non vendit rem actu alienam, sed potestate tantùm alienam, & qui emit, non emit rem, quæ jam sit fideicommissarij, sed tantùm quæ futura est fideicommissarij. Verùm hæc specialitatis ratio *Fachineo. loc. cit.* & *Gomezio. num. 41.* non placet: Et rectè, quòd enim respectus dominij hac in parte nihil ad rem faciat, probatur manifestè ex *dict. l. si fundum.* Ubi clarè dicitur, quòd non tantùm is, qui scienter rem alienam emit, pretium perdat, sed etiam ille, qui scienter emit rem alteri hypothecatam, sive oppignoratam. Atqui res hypothecata, sive oppignorata non minùs est in dominio venditoris, quàm res fideicommissariæ dispositioni obnoxia: Ergò respectus dominij hac in parte nullam specialitatem parere potest. *D. Fachin. legem ultimam. C. communia de legatis.* intelligendam esse dicit de eo duntaxat casu, quando quis rem fideicommisso subjectam scienter emit, & sibi nihilominùs de evictione cavit: Quod certè fundamentum habere, ex eo videtur convinci posse, quòd textus dicat, stipulationem duplæ non habere locum, sed sufficere emptori, si repetitionem pretij habeat. Si igitur præsupponitur, stipulationem intercessisse de evictione, jam hoc ipso repetitio pretij non ex aliqua speciali causa, sed ex juris communis provisione conceditur, juxta *dict. l. si fundum. 27. C. de evictionibus*; Quæ, tametsi scienter ementi rem alienam pretij repetitionem deneget, illam tamen expresse admittit, si emptor cum venditore de evictione convenerit: Et hac explicatione supposita nulla prorsùs inter duas istas leges antimonia, sive contrarietas esset. Quia verò doctores communiter conveniunt, quòd is, qui rem prorsùs alienam scienter emit, nullâ factâ expressâ conventione de præstanda evictione amittat pretium; Ille autem, qui scienter emit rem fideicommissariam, re suo tempore evictâ habeat repetitionem pretij, aliæ rationes differentiæ quærendæ sunt. Nobis illæ maximè arrident, quas habet *Hartm. Pistor. lib. 2. quæst. 11. num. 29.* Prima est, quoniam in emente rem fideicommissariam videtur cessare ratio, ob quam in eo, qui scienter emit rem alienam, cautum esse tradunt interpretes, ut is pretium repetere non possit, eò quòd videatur illud donare: Atqui hæc conjectura in emente rem fideicommissariam, quòd pretium profundere velit, præsumi non potest, sed potiùs ea mens, quòd re fideicommissaria usque ad morten hæredis, vel conditionem fideicommissariæ restitutionis ex-

tantem frui, & exinde ſibi magnum quæſtum trahere poſſit. Secunda eſt, qui rem prorsùs alienam ſcienter emit, in effectu cenſetur dominum re ſua defraudare velle, & proindè in pœnam malæ fidei pretium amittit: Aliud eſt in emente rem fideicommiſſariā, cùm præſumi poſſit, eum hanc emptionem bona fide feciſſe, eò quòd ſciret, ſibi ſuo tempore repetitionem pretij ſalvam eſſe, intereà tamen omnes fructus rei emptæ ad ſe pertinere. Tertia ratio eſt, quòd naturalis æquitas ſuadeat, ne quis cum damno, & injuria alterius locupletetur. *l. nam hoc. ff. de condictione indebiti*: nevè pecunia aliena ſine cauſa ab alio cum alterius diſpendio detineatur. *l. ſi me. ff. ſi certum petatur. l. planè. ff. de petit. hæredit.* prout hæc omnia in materia feudali pulchrè deducit idem *Piſtor. lib. 2. quæſt. 10. n. 29. 30. & 31.* quæ aptiſſimè ad rem fideicommiſſariam extendi poſſunt.

54 Et hæc regula, quòd ſcienter emens rem prorsùs alienam actionem de evictione non habeat etiam quoad pretij tantùm reſtitutionem, DD. in tantum extendunt, ut procedat, etiamſi emptor pretium nondum ſolverit. *Ant. Gomez. loc. cit. num. 42. verſ: quod extende, &c.* cùm illud nulla exceptione retinere poſſit. Quod tamen noſtra opinione aliquas diſtinctiones admittit; Prima eſt, an venditor ſciverit, rem eſſe alienam, vel ignoraverit, ſi ſcivit, tunc ipſe, & emptor ſunt in pari dolo, & delicto, iniquum igitur eſt, ut ab emptore pretium exigat, cùm paria delicta mutua compenſatione tollantur, & ſicut emptor juſtè hanc pœnam patitur, ut pretij repetitionem amittat, ſi mala fide ad decipiendum dominum rei rem alienam ſcienter emerit, ita venditor eâdem pœnâ dignus eſt, ut exactione pretij privetur, ſi ad decipiendum rei dominum, dolosè venditionem fecerit. Si autem venditor ignoravit, rem eſſe alienam, & emptor ſolus in mala fide, & dolo fuit, tunc procedit Gomezij opinio, quòd pretij exactionem habeat, tametſi intermedio tempore ante ſolutionem res vendita emptori fuerit evicta, quia emptoris dolus privilegium retentionis non meretur, aut ullam legitimam exceptionem concedit, prout pulchrè diſcurrit *Ludov. Molin. de contractibus. tract. 2. diſput. 380. n. 22.*

55 Dices, indignum eſſe, ſi uterque tam venditor quàm emptor in mala fide, & dolo fuerit, quòd emptori pretium remaneat. Reſpondemus, æquè indignum eſſe, ut ſolvatur venditori: Auſſeratur ergò utriſque tanquam indignis, & applicetur fiſco, prout *Molin. loc. cit.* habet, quòd in Lu-
56 ſitania applicetur pro captivis redimendis. Quando autem venditor fuit in bona fide, & tamen poſt rem evictam pretij nondum ſoluti repetitionem non facit, putat P. Molina, emptorem in conſcientia tutum eſſe, ſi pretium retineat, quouſque id à venditore jure exigatur, & emptor per viam juris ad ſolutionem condemnetur. Rationem eſſe inquit, quòd perditio pretij infligatur emptori pro pœna, nemo autem ad pœnam obligetur, niſi poſt ſententiam judicis, quod Theologis diſcutiendum relinquimus. Videantur tamen dicta in *ſemicenturia noſtra ſecunda controv. 9.*

57 Quo præſuppoſito ſequitur, quòd ille, qui ſcienter emit rem fideicommiſſo ſubjectam, pretij repetitionem non amittat, cùm, ut paulò antè diximus, id facere poſſit ſine mala fide, & dolo, & conſequenter nullam pœnam mereatur, prout *Piſtorius. loc. cit.* propter bonam fidem illum excuſat, qui ſcienter emit rem feudalem, ergò ſimiliter excuſandus eſt, qui ſcienter emit rem fideicommiſſariam, cùm uterque emptor rei feudalis, & rei fideicommiſſariæ in pari conditione ſint.

58 Ad hoc autem, ut emptor pretij repetitione carere debeat, neceſſe non eſt, ut ſciat, ad quem res empta in ſpecie pertineat, ſed ſufficit, ut ſciat, rem eſſe alienam, & nullo modo venditoris propriam, idem *Gomez. loc. cit.* quia ex tali generalì notitia non minùs animus doloſus apparet, quàm ex ſpeciali, imò major, cùm emptor cogitare poſſit, quò mi-

nùs

nûs dominus ſit notus, eò faciliorem ſibi defraudandi dominum occaſionem eſſe.

Notandum eſt tamen, tametſi ſuperiùs ex dict: *l. f. C. communia de legatis.* dixerimus, emptori ad ſolum pretium, non autem ad melioramenta actionem de evictione competere, quòd id ſolummodò verum ſit in ordine actionis adversùs venditorem, non verò quoad dominum rei; Tamdiu enim rem emptam retinere poteſt, donec ei ab evincente pro melioramentis condigna ſatisfactio fiat. *Covar. loc. cit. n. 1. verſ: ea verò conſtitutio, &c.* Ubi dicit, quòd emptor poſſit meliorationes retinere, aut deducere, vel repetere ſecundùm diſtinctionem, quæ in impenſis factis à malæ fidei poſſeſſore, vel in re reſtitutioni ſubjecta, traditur in *l. domus. ff. de legatis. 1. l. in fundo. ff. de rei vindicatione. l. domum. C. eodem* Si igitur hoc malæ fidei poſſeſſori conceditur, cur non emptori rei fideicomiſſariæ, quem cum Piſtorio ſicut emptorem rei feudalis pro bonæ fidei poſſeſſore judicamus, talis deductio, retentio, aut repetitio conceſſa erit? 59

Sunt tamen quidam caſus, in quibus emptor, qui ſcientiam rei alienæ habet, nihilominùs de evictione contra venditorem agere poteſt, Utpote 1. Si ſcientia primùm poſt contractum emptionis perfectum ſupervenerit: Et ſiquidem ſupervenit, antequàm pretium fuerit ſolutum, & ſic in limine contractûs, emptor ſecundùm ea, quæ ſupra ad *Artic. 3.* diximus, ſtatim agere poteſt contra venditorem de evictione, ad hunc effectum, ut venditor ſibi fidejuſſoribus, vel pignoribus caveat: Si autem ſcientia ſupervenit primùm poſt pretium ſolutum, emptor quidem exſpectare debet, donec res vendita per ſententiam, & exſecutionem judicialem fuerit actualiter evicta; Tunc autem ſcientia rei alienæ ſuperveniens emptori nihil obſtabit, quò minùs non tantùm ad repetitionem pretij, ſed etiam ad omnia damna, & intereſſe de evictione agere poſſit, ut omnia ſupra ſufficienter explicata ſunt. 2. Emptor rei alienæ cum mala fide, præſcitu, & ſcientia tamen actionem de evictione habet, quando venditor evictionem expreſsè promiſit. *dict. l. ſi fundum. 27. Cod. de evict. in verbis:* NEQUE QUIDQUAM DE EVICTIONE CONVENIT: Ex quo *gloſſa marginalis ſub litt. G.* rectè infert, quòd emptor ſciens, & cum mala fide nihilominùs ſibi de evictione ſtipulari poſſit. Concordant textus in *l. ſi fratres. C. communia utriuſque judicij. l. apud Celſum. §. idem labeo. ff. de doli mali exceptione. Colleg. Argentorat. loc. cit. n. 6. verſ: ceſſat, ſi ſciens, &c. de evictionibus.* 3. Si pretium converſum ſit in utilitatem vendentis; Juris enim ratio non patitur, ut venditor cum alterius jactura locupletetur: Allegant ad hoc textum in *l. emptor. 65. ff. de rei vindicatione. Gomez. loc. cit. n. 41. ad f. Colleg. Argentorat. loc. cit. n. 6. verſ: vel pretium, &c.* De quo tamen valdè ſubſiſtimus: Nam comuniter dicitur, quòd emptor ſcienter emendo rem alienam cenſeatur pretium venditori donare, donatarius autem pecuniam ſibi donatam utique in ſuam utilitatem convertere poteſt. Cenſemus ergò, diſtinguendum eſſe, an venditor ſciverit, rem venditam alienam eſſe, vel ignoraverit: Si ignoraverit, pretium bona fide recipere, & in ſuam utilitatem convertere poterit, nec emptor repetitionem habet, quia ſcienter rem alienam emendo, cenſetur venditori pretium donâſſe: Si autem rem venditam alienam eſſe ſcivit, & conſequenter uterque tam emptor quàm venditor in mala fide, & dolo fuit, utique nec venditor pretium retinere, nec emptor illud recipere poteſt, ſed juxta paulò antè dicta illud ab utriſque tanquam indignis auſſerendum: & fiſco applicandum eſt, textus in *l. emptor. 65. ff. de rei vindicatione* nihil ad rem facit, nam ibi ponitur talis caſus: Ego obligavi tibi fundũ pro decem florenis, quem tu vendidiſti Titio. Si poſteà petam fundum à Titio, quæritur, an is me repellere poſſit per exceptionem, niſi reſtituam id, pro quo fundus fuit obligatus? Et reſpondetur, quòd ſic, 60 61 62 63 64

niſi

nisi Titius tantum percepisset ex fructibus. Quid igitur infertur ex hoc casu ? Id planè non intelligo ; Nam Titius emendo licitè fundum venditori obligatum utique cum ipso fundo comparavit sibi obligationem fundo inhærentem, rectè igitur à domino fundum repetente petit, ut priùs fundum ab obligatione liberet : Sicut enim venditori priùs debuisset solvere pecuniam, pro qua fundus erat obligatus, antequàm illum ad se reciperet, ita justè Titius restitutionem fundi denegat, donec liberetur ab onere hypothecæ, cum quo ad eum tanquam emptorem transivit ; Nisi fortè, ut textus ait, Titius emptor sibi ex fructibus satisfecisset, qui utique, si legitimas usuras excedant, in sortem imputandi sunt, ut suo loco videbimus. Videtur Gomez præsupponere, Titium hunc fundum tanquam alienum e-
65 misse illicitè cum mala fide, & dolo. Quod etiam glossæ ibidem *sub litt. D.* conforme esse videtur, exemplum ponamus ex *l. præses. 1. C. si vend. pign. agatur*, ubi hic casus ponitur : Si creditor lege, vel pacto assecutus jus vendendi pignus, in venditione dolum, vel fraudem comiserit, dando pro minori pretio, quàm pignus valuit, tenebitur debitori ad interesse ; Et si creditor non solvendo inveniatur, & emptor de fraude participavit, potest quidem dominus contra malæ fidei emptorem ad restituendum fundum agere, debet tamen pecuniam, pro qua fundus obligatus, sive opignoratus fuit, cum usuris refundere : Per rationem, quia pecunia in ejus utilitatem conversa fuit. Et hinc ex *dict. l. emptor. 65.* ponitur regula generalis, possessori restituendum esse pretium à domino, quod est in ejus utilitatem versum, cum usuris. Ex quo Gomez: hoc argumentum desumit, si doloso emptori pignoris debet restitui pretium, quando in utilitatem domini conversum est, ergò etiam doloso emptori rei prorsùs alienæ restitutio pretij facienda est, quando venditor illud in suam utilitatem convertit. Sed inter emptorem fraudulentum rei prorsùs alienæ, & inter emptorem rei oppignoratæ magnam differentiam esse ad oculum patet : Nam, qui rem alienam scienter emit, actum prorsùs illicitum facit, qui hanc pœnam meretur, ut amittat rei pretium. Qui verò jus pignoris emit, per se actum licitum facit, cùm nemo prohibeatur, jus crediti emere. Licèt igitur emptor pignoris in hoc peccaverit, quòd scienter, & mala fide pignus ipsum, sive potiùs rem pignoratam viliùs emerit, & proindè puniatur in hoc, ut rem emptam domino restituere debeat, quam nullo modo restituere teneretur, si emptio pro condigno pretio facta fuisset, cùm textus præsupponat, creditorem jus pignoris vendendi habuisse, adeóque venditione pro justo pretio facta dominium transferre potuisse, nihilominùs tamen dominus pretium oppignorationis restituere tenetur, cùm saltem jus pignoris justè in
66 emptorem transiverit. Pro meliori intellectu ponamus aliud exemplum. V. G. Ego tibi fundum meum obligavi pro 10. fl. Titius emit fundum meum tibi obligatum à Sempronio non domino scienter, & cum mala fide, à te autem emit jus pignoris : Ego postmodùm fundum meum vindico. Certum est, quòd Titius amittat pretium emptionis, quod Sempronio non domino cum mala fide solvit : Ego autem rem vindicando pretium oppignorationis restituere teneor non solùm ex hac ratione, quod in meam utilitatem versum sit. Sed quòd Titius jus reale pignoris emere potuerit, & proindè domino rem vindicanti exceptionem retentionis justè opponat. Et hic casus comprehendi potest sub *dict. l. si fundum. 27. C. de evictionibus* dispositione, quæ pretij repetitionem denegat, non jus reale pignoris ementi, sed ementi scienter rem alteri obligatam, & oppignoratam. Quomodò autem, & quando pignus licitè, vel illicitè vendatur, vel ematur, alibi explicabimus, interim videatur *Perez. compendiosè ad tit. Cod. si vendito pignore agatur.* Concludimus igitur, quòd emptor fraudulentus à venditore bonæ fidei re aliena evicta pretium repetere non possit, tametsi

sup-

ſupponamus, à venditore in ſuam utilitatem verſum eſſe, niſi velimus ejuſmodi malitioſum emptorem prorsùs facere impunem, & tacitum jus donationis, quod tamen omnes ferè doctores admittunt, omninò ſubvertere.

Decimus caſus eſt, quando emptori bonum venditũ de facto, & cum violentia ablatum eſt: textus eſt in *l. expulſos. 17. C. de actionibus empti*, ubi dicitur: Expulſos vos de fundo per violentiam à Nerone, quem habere jus in eo negatis, profitentes, nullam vobis adversùs eum, ex cujus venditione fundum poſſidetis, actionem competere probatis. Per rationẽ, quia, ut ſæpè diximus, injuria, quæ fit emptori, non nocet venditori. *l. ſi per imprudentiam. ff. de evictionibus.* Et talis injuſta violentia habetur pro caſu fortuito, quem venditor per venditionẽ perfectam, & rei traditionẽ, omnem in emptorem transfert. 67

Et hoc in tantum verum eſt, ut adversùs venditorem emptor violenter à poſſeſſione dejectus non ſolùm actione de evictione careat ad repetenda damna, & intereſſe, ſed etiam ad repetendum pretium, eò quòd dictus textus in *l. expulſos. 17. C. de act. empti.* expreſsè dicat: Quòd emptor nullam actionẽ contra venditorem habeat. Ex qua negativa particula (NULLAM) deducunt, etiam actionem de evictione pro conſequendo pretio excluſam eſſe, *Caballin. loc. cit.* §. *5. n. 22.* Nec emptor juſtam cauſam conquerendi habet, cùm ipſi ſuperſit contra violentum ſpoliatorem interdictum unde vi, vel remedium *l. ſi quis in tantam*, vel actio in factum, quæ datur loco cujuslibet interdicti. Gloſſa in *dict. l. expulſos.* Quæ remedia videntur pinguiora, quàm actio de evictione adversùs venditorem, cùm emptor non ſolùm rem violenter ablatam, ſed etiam omne damnum, & intereſſe conſequi poſſit, &, ſi quod jus ſpoliator in re violenter ablata habuiſſet, illud omninò amitteret, & emptori jus quietæ poſſeſſionis accreſceret. 68

Nec obeſt, tametſi venditor promiſiſſet, in omnem caſum emptorem de jure, & de facto contra quamcunque perſonam defendere, quia hæc verba non aliter intelligenda ſunt, quàm ſecundùm naturam contractûs, quòd ſcilicet emptorem defendere velit in judicio. *Caballinus. dict.* §. *5. num. 22.* 69

Dices, nos ſupra ad *Articulum 3.* dixiſſe, prout illius verba formalia ſonant: Quòd venditor, qui promiſit, emptorem defendere, & indemnem ſervare, non tantùm obligatus ſit, ſtatim, atque res litigioſa ſit, & judicialiter prætenditur, defenſionem in ſe ſuſcipere, ſed etiam quoties aliàs in: & extra judicium moleſtatur, oder ihm ſonſten darin Eintrag / vnnd Hinderung geſchicht / auſſer vnd in Gericht zuvertretten ſchuldig ſeyn ſolle: Reſpondemus, hæc verba non eſſe intelligenda de aſſiſtentia armata venditoris contra violentum ablatorem, ſed tantùm de aſſiſtentia, & defenſione juris naturalis, aut civilis licita; Cùm enim poſt denunciationem legitimè factam venditori omnes expenſæ defenſionis incumbant, rectè dicit articulus, quòd ſe ſubtrahere non debeat, ſive emptor judicialiter, ſive extrajudicialiter turbetur, aut moleſtetur. Hoc tamen articulus non dicit, quòd ad avertendam violentiam obligatus ſit manu armata ſuccurrere, cùm hoc non ſit privatorum hominum, ſed magnorum principum, quibus hanc neceſſitatem defenſionis Caballinus imponit, ſi emptori omnimodam defenſionem tam de jure quàm de facto promiſerint, & ſi hanc non præſtant, ut ſæpè fit ex reſpectu quodam, qui in jus ſtatûs incidit, eos ad actionem de evictione condemnat. Vid. *Caballin. loc. cit. n. 24.* Et hoc, quod de moleſtatione diximus, præcipuè locum habet, ſi oriatur vel ex facto venditoris, vel ex cauſa venditionem præcedente; Nam ſi moleſtatio originem ſumpſerit ex facto emptoris, vel ex cauſa venditionem ſubſequente, venditor ad defenſionem, vel evictionem non eſt obligatus, cùm futuros caſus evictionis poſt ven- 70 71

venditionem perfectam non ad venditorem, ſed ad emptorem pertinere dicat ſupra cit: famoſa *l. Lucius Titius. 11. ff. de evictionibus.* De cætero vide, quæ diximus ad caſum 7. qui cum hoc coincidit, cùm caſus 7. loquatur de venditore, qui ad rem vendendam vi metúque compulſus eſt, hic autem de emptore, qui poſſeſſione rei venditæ vi metúque viâ facti non juris deſtitutus eſt.

72 Undecimus caſus eſt, quando hæreditas vendita fuit; Sed quia de hoc caſu ad *Artic. 6.* ſufficienter diximus, non ſolùm, quid juris comunis ſit, ſed etiam, quomodò verba articuli ſatìs obſcura intelligenda, Lectorem illuc remittimus. Hoc tamen confirmat præſens articulus, in Verſ: Aiſſtens / ꝛc. quod ad prædictum *Art. 6.* deduximus, venditorem hæreditatis ad evictionem rerum particularium non teneri, tametſi de non præſtanda evictione inter partes nihil convenerit: cùm de hoc requiſito neceſſariæ ſcilicet conventionis in præſenti articulo, ubi eſt propria ſedes hujus materiæ, nullum verbum inveniatur: Quamvìs dubium non ſit, ſi ſimul conventio acceſſerit, quòd venditor hæreditatis fortiori jure teneatur, cùm præter diſpoſitionem juris liberationem à præſtanda evictione conſequatur ex ſpeciali conventione, & obligatione emptoris.

73 Duodecimus caſus eſt, ſi domus, vel fundus venditus ſervituti obnoxius ſit, quæ venditori fuit incognita, nàm hoc præſuppoſito, nullam aliam actionem habet emptor, quàm ut ſibi præſtetur, quanti minùs domum, vel fundum emiſſet, ſi de ſervitute fidelem informationem accepiſſet. Si autem venditor de ſervitute cognitionem habuit, & emptori non denunciavit, tenetur eidem de evictione ad omne damnum, & intereſſe. Et hæc eſt diſpoſitio articuli noſtri, quæ materiam continet, ut Ant: Gomez dicit, quotidianam quidem, ſed ſubtilem. Ad quam meliùs intelligendam, diſtin-
74 guamus inter ſervitutes: Quædam enim ſunt perſonales, ut uſusfructus, uſus, & habitatio: Quædam autem ſunt reales, ſive prædiales; Et hæ iterum, vel urbanæ, vel ruſticæ.

75 Quod attinet ad ſervitutem uſusfructûs, certum eſt, eo evicto venditorem teneri de evictione, per textum in *l. ſed ſi. 15. §. ſi uſusfructus. 1. ff. de evictionibus.* & in *l. vaccæ emptor. 43. ff. eodem.* Cujus rei ratio eſt, quia uſusfructus eſt pars rei, *l. uſusfructus. 4. ff. de uſufructu*, & alijs pluribus locis. Evicta autem parte rei venditæ debetur pro parte evictio, ſicut debetur re tota evicta pro integro, textus in *l. ſive tota. 1. ff. eodem.* Qui dicit: Sive tota res evincatur, ſive pars, habet regreſſum emptor contra venditorem. *Gomez. loc. ſæpè cit. tom. 2. cap. 2. n. 45.* Ita ut etiam actio de evictione ad totum intereſſe, imò etiam ad ſtipulationem duplæ locum habeat, per textum in *l. ſi ab emptore. 49. ff. eodem. D. Rath. in diſſert. Jurid. de potiſſimis juris differ. &c. aſſertione. 99.*

76 Et quamvìs *Gomez. loc. cit.* in ſervitute uſûs contrarium ſtatuat, per rationem, quòd uſus non ſit pars rei: Tamen nobis contrarium verius eſſe videtur, ut etiam uſu, & habitatione evicta detur actio emptori de evictione ad integrum intereſſe. Ratio eſt, quia non tantùm in evictione uſusfructûs conceditur emptori evictio ob hanc rationem, quia uſusfructus eſt pars rei, ſed etiam ob aliam, quia uſusfructus intervertit emptori emolumentum rei venditæ, atqui etiam uſus, & habitatio impedit dominum uti, & frui re ſuâ, cùm emolumentum cedat uſuario, vel inquilino, ſive ſervitutem uſûs, & habitationis habenti, &c. Et hæc ratio eſt, quòd articulus noſter tantùm loquatur de ſervitutibus prædialibus urbanis, aut ruſticis, convenienter ad *l. penult. ff. de evictionibus.*

77 Ubi quintus Mucius, & Sabinus exiſtimant, venditorem ad evictionem teneri non poſſe, ſi venditionem tacitè ſervitutes prædiorum ſecutæ ſint, & vindicentur ab alio. *D. Rath. loc. cit. litt. C.* Ubi evictionem ſervitu-

vitutis prædialis propterea à jure denegari dicit, quòd servitus prædialis non sit pars fundi, sed tantùm qualitas ei accessoriè cohærens. *l. 1. ff. de usufruct. legat. l. pecoris. ff. de servit. rustic. præd.* Nec NB. impediat dominum fundi, emolumentum capere, quia, etsi V. G. alius eat jure servitutis per fundum meum, ego tamen quoque jure dominij ire possum, & fructus aliásque comoditates percipere; Quod in usufructu, usu, & habitatione aliter evenit, siquidem usufructuarius, usuarius, & inquilinus jus utendi, & fruendi proprietario aufferens efficit, quò minùs rem emptori pleno jure habere liceat, quod tamen actio empti requirit. *l. qui rem. 3. Cod. de evictionibus.*

Hanc autem regulam, quòd in servitutibus prædialibus tam urbanis quàm rusticis non debeatur evictio, articulus noster restringit, si res vendita ejusmodi servituti inscio venditore fuit obnoxia: Nam si illius cognitionem habuerit, & emptorem non sufficienter certioraverit, de evictione ad omne interesse tenebitur, *l. 1. §. 1. l. Julianus. 13. l. quæro. 39. ff. de action. empti.* Diximus, sufficienter certioraverit, cùm non sufficiat, de servitutibus tantùm in genere aliquam mentionem facere, sed debeat fieri in specie, cùm inter servitutes amplissima sit distinctio, ita ut una domino fundi onerosior sit quàm altera. *D. Balthasar. tit. 8. resolut. 7. n. 16. ad f.* Idem est, si à venditore dictum fuerit, fundum venditum servitute carere, vel, ut textus in *l. penult. ff. de evictionibus.* loquitur, optimum maximúmque esse promiserit. Nam, tametsi id ignorans fecerit, tenetur tamen emptori ad omne interesse, quia perindè habetur, ac si rem ab omni servitute liberam esse, expressè promisisset. *dict. l. penult. ff. de evictionibus. Gomez. cit. cap. 2. n. 45.* 78 79

80 Illud autem, quod nunc diximus, venditorem ignorantē, & inscium non teneri de servitute prædiali evicta, sic intelligendum est, quòd emptor nec actionem ad repetitionem pretij, nec ad consequendum id, quod suâ interest, habeat, sed tantùm actionem quanti minoris rem empturus fuisset, si de servitute cognitionem habuisset. *dict. l. sed si quid. ff. de evictionibus.* & *dict. l. Julianus. 13. in princ. ff. de act. empti.* Quæ tamen actio quanti minoris eidem denegatur, si ipse de servitute notitiam habuit, & prædium nihilominùs emit. *l. 1. §. venditor. 1. ff. de act. empti, & vendit.* Si enim emptor perdit actionem de evictione contra venditorem, quando scienter emit rem alienam obligatamvè, etiam quoad repetitionem pretij, ut supra diximus, multò magis debet amittere actionem quanti minoris, cùm dici non possit, quòd minoris empturus fuisset, quia præsupponimus, ipsi servitutem cognitam fuisse, & pretij diminutionem non petijsse, per quod utique actioni quanti minoris renunciâsse præsumitur.

81 Decimus tertius casus est, si emptor alicujus prædij ratione illius servitutem adversùs vicinum prætendit, quæ tamen ipsi specialiter vendita non fuit, tunc, si emptor in lite succumbat, nullam adversùs venditorem actionem de evictione habet. *l. penult. ff. de evictionibus.* Ubi textus dicit: Si verò emptor petat viam, vel actum, Quintus Mucius, & Sabinus existimant, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter, vel actum, tunc enim venditor tenebitur. *Gomez. cap. 2. n. 45.* Non actione quanti minoris, sed actione ex empto quanti emptotis interest, glossa ad dict: *l. penult. sub litt. R.* Ex quibus ita propositis apparet, quænam differentia sit inter casum 12. & casum 13. quia in duodecimo casu agitur de prædio serviente, in casu verò decimo tertio de prædio vendito dominante. In prædio serviente accessoriè venit, in prædio dominante venit principaliter: Et proindè venditor prædij servientis propter servitutem evictam tenetur tantùm actione quanti minoris, in servitute autem evicta

 prædij

prædij dominantis, tenetur actione ex empto ad intereſſe. Et hæc de juribus evictionum ſecundùm articulum noſtrum octavum ſufficiant, reliqua facilè inveniuntur apud Burgundum, Caballinum, & alios de hac materia ſubtili ſcribentes: Quia tamen promiſimus, pro meliori explicatione aliquas ſpeciales quæſtiunculas apponere, ideò ſequitur brevis

APPENDIX.

82 Et primò quidem quæritur, an promiſſio facta de evictione teneat, ſi contractus venditionis, ſuper quo promiſſio facta eſt, fuit nullus? Et videtur, quòd non, quia reſciſſo contractu principali reſcinditur etiam acceſſorium, ſive, ut Baldus dicit: Si principalis contractus non tenet, quia contra legem eſt, etiam promiſſio de evictione nulla eſt. *l. non dubium. 5. C. de legibus.* Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos volumus ſubſecutũ, qui contrahunt lege contrahere prohibente, inquit textus in cit: *l.* & propiùs accedit *lex. 46. ff. de fidejuſſoribus.* quæ dicit: Cùm lex venditionibus occurrere voluerit, fidejuſſor quoque liberatur, eò magìs, quòd per ejuſmodi actionem ad reum pervenitur. Ubi gloſſa inquit: Fidejubens pro contractu per legem reprobato non tenetur. Similiter igitur reſciſſo contractu venditionis videtur etiam reſcindi pactum evictionis: Et comune proverbium eſt, quòd eadem ratio, quæ
83 vitiat principale, vitiet etiam acceſſorium. In hac tamen quæſtione diſtinguit *Fabianus de Monte in tract. ſuo de emptione. quæſt. 6. principal. num. 55.* an perſona alienans ſit comunis, vel privilegiata: Perſonam comunem vocat, quæ jus vendendi, & alienandi habet; Perſonam autem privilegiatam, cujus favore prohibetur alienatio à lege, ut Minor, Mulier, &c. Si perſona privata, & comunis de evictione promiſſionem facit, Fabianus eam tanquam perſonaliter obligatam ad evictionem obligat: Si autem perſona, cujus favore prohibetur à lege alienatio, promiſſionem de evictione fecerit, nullam exindè obligationem oriri dicit. Ex quo etiam infert, quòd, ſi maritus vendiderit rem dotalem, tamen obligetur de venditione, tametſi venditio nulla ſit, quia tantùm intelligitur nulla eſſe in præjudicium mulieris, non in præjudicium mariti.

84 Secunda quæſtio eſt, ſi intermedio tempore, quo res fuit vendita, & ab evincente emptori ſublata, pretium ejus fuerit auctum, vel diminutũ, an emptor actione ex empto de evictione primum pretium, vel intermedio tempore auctũ, aut diminutum petere poſſit? E. C. Equus venditus tempore venditionis conſtitit 100. taleris, tempore verò evictionis tantùm 50. taleris, vel ècontra tempore venditionis valuit 50. taleris, tempore autem evictionis 100. taleris: Et reſpondemus, actionis ex empto de evictione duplex caput eſſe, ut in explicatione præcedentis articuli ſæpè repetivimus.
85 Primum caput eſt, quo repetitur pretium pro re evicta tempore venditionis conventum: Alterum caput eſt, quod datur ad damna, & intereſſe. Primum caput actionis ex empto de evictione eſt ſtabile, & invariabile, ita ut venditor ſemper refundere debeat pretium in actu venditionis conventum, tametſi illud intermedio tempore plus, aut minùs ultra quadrantem, trientem, dimidium, aut ampliùs fuerit diminutum: Ratio per ſe clara eſt, quia emptor debet ſervari indemnis, indemnis autem non eſſet, ſi pro toto pretio, quod expendit, quadrantem, trientem, dimidium, aut adhuc minus reciperet. Deindè nulla ratio apparet, quare venditor potiùs, qui rei venditæ non fuit dominus, & nihil juris in ea habuit, cum jactura alterius dimidium, aut reliquas partes pretij diminuti lucrari, quàm emptor, ſi non doloſè, & malitioſè ſaltem re ipſa deceptus, ſuum,
86 quod fideliter expendit, recuperare debeat. Alterum caput eſt actionis ex empto de evictione, quod tendit ad refuſionem omnis damni, & intereſſe,

juxta

juxta *Art. 1. h. Tit.* Ex quo altera quæstio surgit, an pretio rei venditæ intermedio tempore aucto, V. G. si equus, quem tempore venditionis pro 50. taleris æstimatum accepi, tempore evictionis constet centum taleris, ex secundo capite actionis ex empto de evictione sub nomine quanti meâ interest, non tantùm 50. taleros, sed integrum pretium auctum nempè 100. taleros consequi possim? Et respondet *D. Rath. in disput. sua Juridic. de evictionibus. assert. 4.* Quamvis id dubio non careat, verius tamen esse, 87
augmentum ad emptorem pertinere, & sub nomine, quanti ipsius interest, à venditore exigi posse; Ubi jura, & textus allegat. Ex quibus postmodùm infert, quòd, si servus mihi venditus hæres ab extraneo fuerit institutus, & postmodùm mihi evictus, à venditore non tantùm pretium servi, sed etiam hæreditatis æstimationem actione ex empto de evictione consequi possim: Item si fundo mihi vendito per alluvionem tantum accesserit, ex quo tempore evictionis pretiosior fuit, quòd venditori præstatio augmenti incumbat. Ne autem emptor sine modo, & fine suum interesse in infinitum prætendat, statuit Justinianus in *l. unica. Cod. de sententia, quæ pro eo, quod interest, &c.* id quod interest, quantitatem dupli excedere non posse, 88
neque in damno emergente, aut in lucro cessante; De quo tamen videatur *Perez. ad dict. tit. Cod. ubi. n. 4.* addit, hanc moderationem Justiniano tribuendam non esse, siquidem veteres eam jam priùs approbaverint. *l. 13. §. 26. ff. de actionibus empti & vend. l. 9. l. 15. l. 44. ff. de usuris. & l. 4. ff. de nautico fœnore.* Ulteriùs ex modò dictis infert *D. Rath. loc. cit. n. 7.* Si fundus tempore venditionis in viliori moneta valuerit 1000. fl. & tempore evictionis etiam valeat 1000. fl. in meliori, & pretiosiori moneta, quòd emptor restitutionem pretij in meliori moneta justè petat. V. G. Ponamus, pecuniam nostram adulterinam, quâ totum Imperium scatet, melioribus, ut spes est, temporibus redeuntibus quarta parte diminuendam esse, prout reverà diminui debet, cùm moderni nostri floreni maxima ex parte dimidio talero Imperiali vix correspondeant, certè mutato pecuniæ valore tempore evictionis rectè petit mille florenos in nova moneta meliori. Quorum omnium ratio est, quia emptor actionem habet non solùm ad pretiũ, quod expendit, sed etiam quanti suâ interest, quod sibi rem habere non liceat. Tanti autem suâ interest, quanti pretium successu temporis melioratum est, quia præsupponimus, fundum tempore evictionis adhuc pro pretio mille florenorum in meliori moneta vendi posse. An autem hoc, quod de actione empti ob evictionem dictum est, etiam locum habeat in stipulatione duplæ, examinare supersedemus, cùm, ut dictum, stipulationes duplæ apud nos in usu non sint, videatur tamen idem *D. Rath. loc. cit. num. 11. & 12.*

Quæritur tertiò, si evincens jus suum emptori donaverit, annè nihilominùs adversùs venditorẽ actionem de evictione habeat. Et respondemus, 89
distinguendum esse, an donatio facta fuerit lite adhuc pendente, vel eâ per sententiam jam finitâ, & re venditâ evincenti adjudicatâ. In primo casu, emptori actio de evictione ad repetitionem pretij non conceditur. Ratio est, quia evictioni locus non est, quamdiu præsupponitur, rem non esse judicialiter evictam. Postquàm autem judicialiter evicta est, leges non prohibent evincenti, quin rem legitimè evictam titulo gratuito in emptorem transferre possit, ita, ut nihilominùs pretij repetitionem à venditore habeat; Quia bonitas evincentis contra ejus intentionem non debet venditori esse lucrosa, sed emptori, in cujus favorem facta est. *l. habere. & l. emptori. ff. de evict. Cujac. ad tit. Cod. in princ. eodem.* Diximus notabiliter 90
de emptore, quòd ipse actionem de evictione non habeat, quando durante lite evincens illi donationem rei fecerit, Secus est in alijs contractibus, in quibus dandi obligatio consurgit. V. G. In permutatione, vel simili:

Si enim mihi exempli causâ domum tuam pro certo fundo meo comutaveris, domus autem tua fiat litigiosa, ego contra te actionem de evictione habeo, tametsi durante processu evincens mihi domum donaverit. Ratio est, quam jam supra innuimus, quia in emptione, & venditione venditor non tenetur dominium rei venditæ transferre, & hinc non oritur obligatio de evictione, antequàm res vendita, & tradita actualiter evincatur in judicio: In permutatione verò, aut simili contractu, cui dandi, & dominium transferendi necessitas incumbit, actio de evictione statim locum habet, simul atque notorium est, rem permutantis, aut contrahentis non esse, sed evincentis, à quo igitur ante litis exitum donationem rectè recipere possum. *l. cùm quis. §. qui homine. ff. de solut. l. f. C. de condict. causâ datâ, &c. D. Rath. loc. cit. assert. 19.*

91 Quæritur quartò, si Clericus, Ecclesia, Monasteriū, aut alia pia causa rem laico vendiderit, quæ postmodùm fiat litigiosa, & ut aliena repetitur, an clericus, vel Ecclesia ad laudationem emptoris litem possit trahere ad judicem Ecclesiasticum? Casus est quasi quotidianus, & frequens, sed notoria praxis, quòd clericus, vel Ecclesia, &c. denunciatione sibi legitimè facta teneatur emptorem defendere in loco, ubi lis agitur, id est in foro emptoris, non in foro proprio clerici, vel Ecclesiæ, textus est clarus in *l. venditor. 49. ff. de judiciis*, ubi dicitur: Venditor ab emptore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit, se privilegium habere sui judicis. Quæritur, an possit litem ab eo judice, apud quem res inter petitorem, & emptorem cœpta est, ad suum judicem revocare? Paulus respondit, venditorem emptoris judicem sequi solere. Non potest igitur se juvare privilegio sui judicis, nam, cùm emptor possideat, & contra ipsum possidentem non clericum, aut Ecclesiam actio instituatur, clericus, aut Ecclesia eidem assistens non dicitur litigare coram sæculari judice, nec de ejus foro esse, cùm non accedat ut principalis, sed ut persona accessoria; Quemadmodùm fiscus, qui, etsi ex privilegio peculiarem habeat judicem, sequi tamen debet judicem illius, quem defendit. *Covar. tom. 2. pract. quæst. c. 8. n. 3. Perez. ad tit. C. de evict. n. 35. D. Rath. loc. cit. assert. 31.* Nec hac in parte quidquam interest, utrùm clericus, vel Ecclesia exceptionem fori opponat ante, vel post litis contestationem, nam si actor adversùs emptorem laicum, prout ordo judicii requirit, & fieri debet, libellum pro re evincenda semel in judicio proposuerit, lis jam est cœpta, ut coram illo judice tractari, & clericus, vel Ecclesia defensionem emptoris suscipere debeat.

Sed quid si possessor rei alienæ non sit emptor, qui, ut supra probavimus, possidet rem sibi venditam proprio nomine, sed possideat nomine clerici, vel Ecclesiæ, & sic alieno nomine. V. G. Si sit comodatarius, conductor, inquilinus, &c.? Tunc necesse est, ut dominum suum denominet, qui, si clericus, Ecclesia, aut alia privilegiata, & exempta persona est, lis remitti debet ad forum privilegiatum. Ratio est, quia tunc clericus, Ecclesia, vel alia quævis privilegiata causa, aut persona consideratur ut principalis. *D. Rath. loc. cit. assert. 32.* Ubi etiam de colonis mentionem facit, quod si intelligit de colonis Emphyteuticis, vel perpetuam, vel modalem, aut temporalem Emphyteusin ad dies vitæ habentibus, huc applicari non potest, cùm ipsi habeant jura realia, & quoad dominium utile propria; quorum causa quotidiè in dicasteriis laicalibus conveniuntur, jure tamen assistentiæ, & defensionis directis dominis suis clericis, aut aliis Ecclesiasticis personis semper salvo, prout pleniùs explicavimus ad *Processum nostrum Summarium Tit. 6.* ferè per totum.

Deß

Deß IX. Tituls

Von der Verjährung oder Ersitzung Nutz vnd Gewehr.

Erster Articul.

WElcher Kauffer sein erkaufft Guet / es sey aigen oder Lehen / doch aigen für aigen / Lehen für Lehen / wider die im Land fünff Jahr / vnd die ausser Lands / zehen Jahr / ohne rechtlich Ansprach jnn hat / vnnd den Kauff mit Brieffen / oder Zeugen / wie recht ist / beweisen kan / Der hat nach den Land-Rechten in Bayrn vollkommnen Nutz vnd Gewehr ersessen / vnnd solch Guet vor weiterer Ansprach durch Verjährung gesichert. Wo auch alsdann jemand hernach käme / der zu den verkaufften Gütern rechtliche Sprüch vnd Forderung zuhaben vermainte / demselben soll der Verkauffer / vnd nicht der Kauffer zeantworten schuldig seyn / auch kein Richter dem Kauffer / so bald er den Kauff / vnd die gemelte Zeit beygebracht / ainiche weitere Antwort aufferladen.

SUMMARIA.

1. *Quomodò usucapio germanicè vocetur?*
2. *An non de jure antiquo Bavarico fuerit solummodò annalis inter præsentes, & biennalis inter absentes, & quæ successu temporis mutatio supervenerit?*
3. *De qua præscriptione loquatur hic Artic: rerum mobilium, vel immobilium?*
4. *Quæ requirantur ad hanc præscriptionem?*
5. *An etiam bona fides?*
6. *An bona fides non præsumatur, & quando?*
7. *An prædicta requisita etiam requirantur in bonis feudalibus præscribendis?*
8. *An non aliud sit, præscribere feudum contra dominum, & contra extraneum?*
9. *Qui in præscriptione habeantur pro præsentibus, vel absentibus?*
10. & 11. *An subditi superioris Palatinatus in Bavaria habeantur pro præsentibus, vel absentibus?*
12. *Quid dicendum de subditis superioris, & inferioris Bavariæ?*
13. *An præscriptio reguletur de provincia, in qua partes domicilium habent, vel ubi res sita est?*
14. *Exemplum.*
15. *An actio realis institui possit in loco domicilij?*
16. *Quid si res quidem sita sit in eadem provincia, sed valdè remotè?*
17. *Quid si quis conveniatur de facto in loco rei sitæ?*
18. *Quid si quis in pluribus provincijs domicilium habeat?*
19. *Quid si diversæ provinciæ sint valdè vicinæ?*
20. *Quid de civitatibus dicendum, quæ nullam provinciam habent?*
21. & 22. *Quid de vagabundis?*
23. *Cui incumbat probatio, vel absentiæ, vel præsentiæ?*
24. *Quomodò actiones reales extinguantur per præscriptionem?*
25. & 26. *Quare Art: noster actionem reservet, & qualem?*

VSucapio, sive præscriptio in statutis nostris Bavaricis germanicè vocatur, die Ersitzung Nutz vnd Gewehr; Terminus est antiquissimus, & in effectu hanc significationem habet, quòd per possessionem certi temporis 1

acquiratur dominium, adeóque jus ſtabile utendi, & fruendi, atque excludatur omnis evictio: Paſſim in Germania uſucapio, & præſcriptio vocatur, ein Verjährung / quaſi jus annoſitate acquiſitum.

2 De hoc igitur jure ampliſſimo ſecundùm tituli hujus brevem methodum pauca dicemus. Et inprimis certum eſt, quòd ex antiquiſſimo jure Bavarico juxta editionem Anno 1384. omnis præſcriptio, & uſucapio inter præſentes ſpatio unius anni, & diei, inter abſentes verò ſpatio duorum annorum, & duorum dierum complementum acceperit: Wir wöllen auch / inquit textus, *cap. 16.* Wer aigen Verkauffet in dem Land / der ſoll nit länger Gewehrſchafft thuen / dann Jahr vnd Tag für Erben in dem Land: Für Erben auß dem Land zwey Jahr vnd zwey Täg. Ferè ad ſimilitudinem legis duodecim tabularum, in qua conſtitutum fuit, ut res mobilis bona fide, & juſto titulo quæſita uno anno continuo ubique locorum, imobilis autem biennio non quidem ubique ſed in Italico tantùm ſolo uſucaperetur. *DD. ad princ. tit. Inſtit. de uſucapionibus.* In ordinatione, der Bayriſchen Lands-Ordnung / de Anno 1553. hoc tempus uſucapionis, ſive præſcriptionis inter præſentes ad 5. annos, & inter abſentes ad 10. annos extenſum: In reformatione verò de Anno 1588. *Tit. 23. Art. 5.* iterum abbreviatum, ſive diminutum, & inter præſentes ad 3. annos, inter abſentes verò ad 6. annos reſtrictum eſt. Noſter articulus reformationem de Anno 1588. iterum reformans tempus inter præſentes ad quinquennium, & inter abſentes ad decennium reduxit; Quo jure nunc paſſim utimur: Et quia de jure comuni tempus duplicatum eſt, ita ut uſucapio, ſive præſcriptio inter præſentes decennio, inter abſentes verò primùm viginti annis abſolvatur. *l. unica. Cod. de uſucap. transform. & in principio. Inſtit. tit. de uſucapionibus*,

Diff. ideò apparet, hac in parte inter jus comune, & jus noſtrum ſtatutarium differentiam eſſe. Sicut igitur Juſtinianus inhumanum eſſe cenſuit, ut homo tam anguſto tempore ſuis caderet poſſeſſionibus, ut loquitur in dict: *l. unica. C. de uſucap. transform.* & propterea tempus uſucapionis, & præſcriptionis extendit: Ita legislator noſter ècontrario inhumanum eſſe cenſuit, ut poſſeſſor tamdiu in incerto rei ſuæ ſtatu permaneat: Præſertim cùm divitiæ in patria noſtra tam amplæ non ſint, ut quis non intra quinquennium, aut decennium ſuarum poſſeſſionū, & facultatum poſſit capere ſufficientem informationem, & notitiam.

3 Notandum autem eſt, quòd iſte articulus propriè loquatur de præſcriptione rerum imobilium, quia de uſucapione rerum mobilium ſubſequitur *Art. 6.* Et quamvìs articulus noſter de titulo, & bona fide tanquam duabus principaliſſimis conditionibus, & requiſitis uſucapionis, & præſcriptionis nihil ſpecificè dicat, illa tamen in omni præſcriptione tam rerum imobilium quàm mobilium neceſſaria eſſe, ex eo deducitur, cùm articulus loquatur de emptore, adeóque de poſſeſſore cum titulo, & articulo tertio diſponatur, quòd abbreviatum tempus uſucapionis, & præſcriptionis in nullis alijs contractibus quàm in emptione, & venditione locum habeat, quo utique ipſo facto innuit, ſolum temporis curſum quinqueñij, aut decennij, vel decennij, aut viginti annorum non ſufficere, ſed requiri titulum ad

4 transferendum dominium habilem, & idoneum: Quod attinet ad bonam fidem, ipſa ratio naturalis ſuadet, illam omninò neceſſariam eſſe, eò quòd uſucapio, ſive præſcriptio non ideò introducta ſit, ut malitijs hominum indulgeatur, vel ad delinquendum, contrectandúmque res alienas occaſio detur, ſed ut is, qui ignorans ex bona fide, & juſta cauſa poſſeſſionem nactus eſt, aliquando in ſecuritate conſtituatur: Nullum igitur dubiū eſt, quin hic articulus, de quinquennali, vel decennali poſſeſſione diſponens, intelligi debeat de poſſeſſione juſta, plena, & perfecta, quæ titulum habeat, hoc eſt legitimā poſſidendi cauſam, & bonam fidem, id eſt ſincerā,

& il-

& illæsam conscientiam, quâ putet, sive credat, se rem suo jure tanquam dominum possidere, & eum, à quo illam accepit, fuisse dominũ, & jus alienandi habuisse. *C. possessor de R. J. in sexto. cap. 5. cap. 17. extra de præscriptionibus.* Et licèt de jure civili sufficiat, ab initio intervenisse bonam fidẽ, etiamsi posteà alienæ rei scientia superveniat. *l. si aliena. 10. ff. de usurpationibus, & usucap. l. unica versic. hoc tantummodo. C. de usucap. transform.* Tamen de jure canonico bona fides toto præscriptionis tempore requiritur, juxta regulam: Possessor malæ fidei nullo unquam tempore præscribit. *dict. C. possessor de R. J. in 6.* Ita ut oporteat, eum, qui præscribit, in nulla temporis parte habere scientiam rei alienæ. *C. f. extra de præscriptionibus. Manz. ad princ. tit. 6. Inst. de usucapionibus.* Imò, tametsi jura civilia in odium ne- 5
gligentium res suas in præscriptione 30. vel 40. annorum bonam fidem non requirant, illam tamen tam de jure canonico, quàm de jure nostro statutario etiam in tricennali, vel quadragenaria præscriptione necessariam esse, omninò credimus, cùm jura nostra statutaria se in ijs, quæ conscientiã, & salutem animæ concernunt, sacris canonibus conforment, quæ volunt, tantò graviora esse peccata, quò diutiùs infelicem animam detinent alligatam. *C. f. extra. de consuetud. glossa. in verbo: Generata. §. penult. Inst. de gradibus cognat.* Interim non negamus, quin in præscriptione longissimi tem- 6
poris 30. vel 40. annorum bona fides præsumatur, si autem constet de mala fide possessoris, tam parùm de jure canonico longissimi temporis præscriptio ordinaria 5. vel 10., aut 10. vel 20. annorum; Imò nec præscriptio temporis imemorialis effectum habet ullum, quando de possidentis mala fide constat. *Manz. ad princip. Tit. 6. Institut. de usucapionibus. num. 38. & 39.*

Præsuppositis igitur his tribus principijs, quòd ad præscriptionem ordi- 7
nariam rerum imobilium vi hujus articuli requiratur titulus, bona fides, & inter præsentes tempus quinque: inter absentes verò tempus decem annorum; Quæritur 1. An hoc non solùm in allodialibus, sed etiam in bonis feudalibus locum habeat? Et respondemus, ex principio articuli constare, quòd feudalia bona æquè ac allodialia cum titulo, & bona fide intra tempus quinquennij, aut decennij præscribantur, juxta verba: **Welcher Kauffer sein erkaufft Guet / es sey aigen oder Lehen / doch aigen für aigen / vnd Lehen für Lehen / wider die im Land fünff Jahr / vnnd die ausser Lands zehen Jahr / ohne rechtliche Ansprach jnn hat / der hat nach den Land-Rechten in Bayrn vollkommnen Nutz vnd Gewehr ersessen.** Nos de præscriptione rerum feudalium, uti supra etiam de evictione promisimus, alio loco plura dicemus, cùm hæc materia indigeat aliquibus distinctionibus: Nam aliud est, 8
præscribere contra dominum, & aliud contra extraneum: Item aliud est, præscribere rem feudalem pro allodiali, & aliud est, præscribere rem pro feudali, id est utile dominium rei feudalis contra tertium contradictorem. De ultimo solùm casu articulum nostrum loqui, manifestum est, in verbis: **Doch aigen für aigen / vnnd Lehen für Lehen.** Id est, si quis emit feudum ab alio, qui jus vendendi non habuit; Ille enim contra verum vasallum tempore quinquennij inter præsentes, & tempore decennij inter absentes utile feudi dominium accedente titulo, & bona fide præscribit. Et hoc significant verba: **Lehen für Lehen /** quasi textus dicere velit, quòd præscriptionis in rebus feudalibus ut feudalibus non minor effectus sit, quàm in rebus allodialibus. Quatenùs autem feudum ab ipso vasallo, vel extraneo præscribatur contra dominum ut allodiale, ad explicationem hujus articuli non pertinet, suo loco tamen dicemus, quid juris sit, & qui in patria nostra abusus irrepserint.

Quæritur 2. quinam habeantur pro præsentibus, & qui habeantur pro 9
absentibus? Et benè respondet *D. Rath. in dissertat. sua de potiss. diffe-*

rent. &c. assert. 70. præsentes censeri, qui in eadem provincia domicilium habent, non item, qui eidem Principi subsunt, ne aliàs Indi, Belgæ, & Hispani utpotè uni Regi subjecti inter se præsentes reputentur, contra *l. f. C. de præscriptione longi temporis. & l. unicam. C. de usucap. transform.* Item Ungari, Bohemi, Styrenses, Tyrolenses: Bavari, & Palatinatus superioris incolæ: Neopalatini, & Juliacenses, similésque incolæ in diversis territorijs ad unum principem pertinentibus habitantes.

10 Recordamur, aliquando in consilio aulico dubitatum fuisse, an subditus superioris Palatinatus habeatur in Bavaria pro extraneo, ita ut in judicijs satisdare cogatur, tametsi in Palatinatu bona imobilia possideat, ubi maximè ab advocato hoc argumentum urgebatur, quòd nullum dubiũ sit, quin adversùs subditum Palatinatus superioris tanquam præsentem in Bavaria præscriptio non currat, cùm reverà sit separata Provincia, quæ antiquitus suos proprios Principes habuit, & etiamnum hodie sub Serenissimo Electore Bavariæ separatim suos proprios mores, leges, & consuetudines retinet.
11 Quamvìs autem collegium Aulicum judicaverit, quòd subditus superioris Palatinatus, qui in Bavaria litigat, non teneatur ad satisdationem fidejussoriam, si in Palatinatu superiore bona imobilia possideat, eò quòd in satisdationibus sufficiat, si litigantes sub eodem Principe bona imobilia habeant. *Wesenbec. in parat. ff. qui satisdare cogantur. n. 11. ad f. Rosbach. in praxi civil. tit. 45. n. 1. & 2.* Per rationem, quòd satisdatio propterea tantùm introducta sit, ut, si contingat, actorem causâ cadere, & deprehendatur reus iniquè in judicium tractus, judex habeat exsequendi modos, quibus reo expensas, & damna litis resarciri faciat. Idem *Rosbach. loc. cit.* Quod autem non de inferiori judice, sed superiori intelligendum est, ita ut, si actor aliquis extraneus cum reo convento sub uno comuni Principe, vel judice superiore prædia possideat, liberetur ab onere satisdationis, cùm Princeps, sive judex ille superior possit pro expensis, & damno litis in temerarium litigatorem exsecutionem decernere, maximè si unus judex inferior alteri inferiori ad litteras mutui compassus auxilium, sive brachium suum judiciale pro exsecutione deneget. Attamen omnes DD. assessores aliud statuendum esse in usucapionibus, & præscriptionibus censuerunt, eò quòd in illis non habeatur respectus ad comunem Principem, sed ad diversitatem provinciarum. *l. cùm in longi. 12. C. de præscriptionibus longi temp.* Nec obstat, quòd hodierno tempore Provinciæ non habeant ampliùs suos certos terminos, & fines. Nam ad hoc respondet *D. Rath. de usucap. cap. 5. assert. 24.* Principem ipsum suo arbitrio Provinciam unam in plures dividere, aut vice versa ex pluribus unam constituere posse: Vel certè recurrendum est ad comunem usum, observantiam, & consuetudinem, quâ hæc, vel illa Provincia ex vulgi opinione habetur pro diversa, & separata, tametsi ad unum Principem pertineant; Ut de Superiori Palatinatu certum esse diximus, quòd sit, & habeatur pro Provincia separata, quæ proprijs legibus regitur, & in hac ipsa materia usucapionis, & præscriptionis abbreviatum tempus quinquennij, vel decennij non agnoscit, sed se juri communi conformat.

12 Aliud est dicendum de superiore, & inferiore Bavaria, quæ, licèt antiquitus fuerint diversæ Provinciæ, & regerentur etiam diversis legibus, & juribus, tamen, postquàm in unam coaluerunt, & per primogenituram sibi invicem incorporatæ sunt, reguntur nunc ijsdem constitutionibus, &, ut quotidiana praxis habet, in usucapionibus, & præscriptionibus omnes incolæ ubicunque domicilium habeant, reputantur pro præsentibus, ut apparet ex præfatione, der erklärten Lands-Freyheit. §. Wann aber / ubi dicitur, daß alle Ständt in den Fürstenthumben Ober- unnd Nider-Bayrn das

neue

neue Land-Recht / wie es anjetzo in mehr weg vermehrt vnd verbessert publiciert worden ist / durchgehendt einhellig angenommen.

Quid si autem actor, & reus domicilium habeant in eadem Provincia, 13
V. G. in Bavaria, & res, de cujus præscriptione agitur, sit sita in alia Provincia, V. G. in Austria, anné præscriptio secundùm constitutiones, ubi litigantes habitant, vel ubi prædium litigiosum situm est, regulari debet? Et respondemus, respectum habendum esse ad Provinciam, in qua ambo litigantes domicilium habent. *l. f. C. de præscriptio. longi. tempor.* Nihil enim prohibet, ait Justinianus ibidem, sive in eadem Provincia res constitutæ sint, sive in alia, super his controversiam in Provinciali judicio moveri: Quid enim prodest, in ipsa Provincia esse possessionem, an in alia? Concordat textus in *l. f. C. ubi in rem actio. & l. si res mobilis. 10. cum seqq. ff. de rei vindicatione.* Præsentes igitur dicuntur, quando præscribens, & is, contra quem præscribitur, sunt ejusdem Provinciæ, nec requiritur præsentia rei præscriptibilis. *Rath. in dissertat. de potissim. different. assert. 71. litt. A.*

Ex quo sequitur, quòd in proposito casu, si duo in Bavaria domicilium habentes litigant de re vendita in Austria sita, adstricti sint ad dispositionem articuli nostri, tempus usucapionis, sive præscriptionis inter præsentes ad quinquennium reducentis, licèt fortè in Austria observetur jus commune, & inter præsentes spatium decem annorum requiratur. Vid. *D. Bassus in decisionibus Justinianeis. decis. 46. n. 2.* ubi dicit, præsentiam rerum neutiquam spectandam esse, adeóque tanquam inter præsentes rem etiam trans mare sitam præscribi posse. Et quamvìs *decis. 4. n. 9. cum seqq.* prorsùs neget, actionem realem institui posse in loco, ubi reus conventus domicilium habet, sed tantùm in loco rei sitæ: Attamen *D. Rath. loc. cit.* contrarium tenet, quòd in casu *l. cùm in longi. 12. C. de præscriptione longi temporis:* in arbitrio actoris sit, an reum convenire velit in loco rei sitæ, vel in loco, ubi domicilium habet; quod verè *dict. l. 12.* convenientius est; Et id nec ipse Dominus Bassus diffiteri videtur, cùm *decis. 46. n. 2.* rei vindicationem adversùs præsentem præscribentem admittat, siquidem alter ad locum rei sitæ non provocet, ergò in effectu agnoscit jurisdictionem judicis, ubi reus conventus domicilium habet, fundatam esse. Quamvìs *decis. 4. n. 10.* gratìs eam in jurisdictionem prorogatam retorqueat. 14 15

Hactenùs locuti sumus de casu, quando res præscriptibilis sita est extra Provinciam. Sed quid dicendum, si sita sit in eadem Provincia, sed non in loco, ubi præscribens, & is, contra quem præscribitur, domicilium habent, sed in alio ejusdem quidem Provinciæ loco, at valdè remoto, V. G. præscribens, & is, contra quem præscribitur, habitant Ingolstadij, res autem litigiosa sita est Scherdingæ, poteritné actor uti beneficio hujus *l. 12. C. de præscript. longi temp.* & suum adversarium convenire coram judice Ingolstadiensi, ubi ambo præsentes sunt? Et respondemus, id neutiquam fieri posse, cùm in Patria nostra opinio D. Bassus recepta sit, ut actio realis nullibi nisi in loco rei sitæ institui possit, juxta textû, der Land-Recht / *Tit. 11. Artic. 1.* ubi dicitur: Es soll niemand sein aigen noch Lehen schuldig seyn zuverantworten / dann in dem Gericht / darinn es gelegen ist / & *Tit. 3. Artic. 1.* deß Gand-Proceß / ubi dicitur: So jemand auff einen Hauß / Hof / Hueben / Acker oder Wisen / oder anderen ligenden Stuck / oder Grund / oder auff einer Gerechtigkeit / so einer auff einem Guet hat / als Lehen / Erb-Recht / Leib-Geding / oder dergleichen ein Gült / oder andere rechtmässige Schuld-Forderung: vnd ordentlich verschriben special Underpfandt hätt / die Bezahlung aber in der Güte / von dem Innhaber desselben in rechter Zeit nit bekommen kundte / so soll er jhn vor der Obrigkeit / vnder welcher das Underpfand ligt / beklagen. Ex quibus verbis clarè apparet, causas, & actio- 16

nes reales privativè ad illum judicem pertinere, sub quo bonum onere reali affectum situm est, prout hoc ipsum ad prædictum *Artic. 1. Tit. 3.* deß Gandt-Proceß / fusiùs deduximus.

Dices, cùm jura nostra statutaria in actione reali actorem ad illum judicem remittant, ubi res sita est, sine distinctione, an in, vel extra Provinciam sita sit, quòd consequenter in proposito casu actor ad Austriacum forum dimitti debeat. Sed respondemus, præsupposita opinione comuni, quòd dispositio *dict. l. 12. C. de præscript. longi temp.* actori liberum arbitrium relinquat, præscribentem in loco domicilij, vel rei sitæ conveniendi, quòd certè statutorum nostrorum intentio non fuerit, hoc arbitrium, vel hanc libertatem ei adimendi, & suis subditis causam duriorem faciendi, cùm utique sub extraneo judice difficilius sit litigare, quàm coram proprio, & domestico. Confirmat hanc nostram opinionem *Tit. 19.* der Land-Recht / *Artic. 9.* ubi subditis inhibetur, ne se invicem extra Provinciam arrestare, sed jure, & jurisdictione Provinciali contenti esse debeant. Nullo modo igitur credendum, quòd ulla cogitatio legislatoris fuerit, suos subditos ad aliquod forum extraneum privativè obligandi, quod tamen jura comunia ipsis disiunctivè, vel in loco domicilij, vel in loco rei sitæ concedunt; prout reverà, si casus contrarius contingeret, ut actor, & reus domicilium haberent in Austria, & res sita esset in Bavaria, Austriaci ne somniarent quidem, litem ad locum rei sitæ remittere.

17 Sed quid si actor reum non conveniat in Bavaria, ubi ambo litigantes domicilium habent, sed conveniat eum in loco, ubi prædium litigiosum situm est, id est in Austria, & ibi judicetur secundùm consuetudinem Provinciæ Austriacæ, ita ut rem cum titulo, & bona fide per integrum quinquennium quietè possidens nihilominùs ad restitutionem condemnetur, ex eo capite, quòd secundùm jus Austriacum decennium præscriptionis inter præsentes requisitum non adimpleverit? Respondemus, inprimis certũ esse, quòd possessor rei extra Provinciam sitæ de jure comuni etiam in loco domicilij conveniri possit, *dict. l. f. C. de præscript. longi temp. & l. f. C. ubi in rem actio.* ut consequenter possessor, si ab adversario ejusmodi præventionem metuat, & diffamationem probare possit, eum ex *l. diffamari, &c.* ad judicium in Bavaria suscipiendum adigere possit. Deinde, licèt actio realis, rei scilicet vindicatio, publiciana, vel alia in rem scripta institui possit in loco, ubi res sita est, tamen judex rei sitæ in hac materia præscriptionis judicare debet secundùm consuetudinem loci, ubi litigantes domicilium habent. Ratio est, quia possessor cum titulo, & bona fide non tantùm præscribit rei dominium, sed etiam actioni rei persecutoriæ, id est, vindicationi, publicianæ, vel alteri cuicunque in rem scriptæ. *Francis. Balbus. 1. part. 4. princ. quæst. 1. n. 3. Schneidew. de speciebus præscriptionum. num. 7.* Si autem præsupponamus, litigantes in Bavaria domicilium habuisse, & consequenter rem litigiosam secundùm consuetudinem Provinciæ legitimè præscriptam fuisse, judex alterius Provinciæ per actionem rei vindicatoriam, publicianam, vel aliam quamcunque in rem scriptam legitima præscriptione jam extinctam actori nihil adjudicare, vel si per injuriam faciat, de syndicatu conveniri, vel possessor contra iniquum vindicatorem, sive actorem sibi de alijs remedijs in Bavaria, ubi comune domicilium habent, vigilare potest, de quibus hîc plura dicere, cavendæ prolixitatis studium inhibet. *D. Rath. de usucapionibus. cap. 5. assert. 25.* Ubi *Donellum. lib. 17. comentar. juris civil. cap. 17.* & *Wesenbec. ad tit. C. ubi de hæreditate agitur.* in contrarium allegat: Ut proindè consultum sit, ne possessor judicium in loco rei sitæ subeat, sed illud omni, quo potest, meliori modo declinet, & litem ad locum domicilij derivare studeat, ne ibidem iniquè condemnatus causam suam sibi duriorem faciat.

Quid

Quid si autem quis in diversis Provincijs domicilium habet? In omnibus pro præsente habetur, quia ex domicilio præsentia æstimatur, gloss: in dict: *l. ult. C. h. t. Zæsius. ad h. t. 33. C.* Et is, qui aliquot annis fuit præsens, aliquot verò absens, habetur quoad usucapionē, vel præscriptionem pro præsenti, ita tamen, ut tempus absentiæ duplicetur, id est, ut quinquennio temporis adjiciatur duplum temporis, quo abfuit. V. G. Præsens fuit tribus annis, & absens duobus, duo igitur anni absentiæ duplicandi sunt, ita ut contra talem primū septem annis præscriptio longi temporis compleatur. *Auth: quòd si quis. C. de longi temp. præsc. & Nov. 119. c. 8. Rath. de usucapionibus. c. 5. assert. 27.* 18

Dices, cùm diversæ Provinciæ sint subinde valde vicinæ, una autem eadémque satìs ampla, & lata, videri satìs durum, & absonum, ut remotior breviore tempore præscribat, quàm vicinior. V. G. Civis Ingolstadiensis contra civem Scherdingensem ferè 20. milliaribus distantem præscribat 5. annis. Et civis Ingolstadiensis contra civem Neopurgensem vix duarum horarum spatio dissitum non nisi 10. annis. Respondemus, hoc per accidens accidere; licèt enim DD. comuniter distinctionem inter absentes, & præsentes huic rationi adscribant, quòd præsentes rebus suis citiùs adesse, eásque à possessoribus revocare possint, quàm absentes, *Perez. ad tit. C. de præscript. longi temp. n. 10.* tamen hæc non est ratio finalis, sed tantùm motiva, quia plerumque extra Provinciam existens difficiliorem sua indagandi, & persequendi conditionem habet; Placuit igitur Justiniano in designatione Provinciarum certam methodum figere, licèt per accidens subinde vicinior longiore spatio securitatem rei possessæ consequatur, quàm remotior. 19

Quæres, quid dicendum sit de civitatibus, quæ in aliqua certa Provincia sitæ sunt, nullam tamen ipsæ Provinciam annexam habent, ut V. G. Ratisbona, quæ est in media Bavaria sita: Et respondet glossa ad dict: *l. f. C. de præscript. longi temp. sub litt. E. & glossa supermarg. sub litt. B.* quòd quælibet civitas Provincia appellari possit, cùm singulæ civitates habeant sua regimina, ut olim singulæ Provinciæ; Quod ad civitates Imperiales applicari potest, quia eandem jurisdictionem habent, quam olim habebat præses Provinciæ, quæ tamen municipalibus civitatibus non conceditur. 20

Quid autem dicendum, si aliquis prorsùs nullum domicilium habeat, sed vagabundus sit, prout de Socrate dicitur, qui se mundanum nominavit, eò quòd nullibi certam, & stabilem sedem, sed totum mundum pro domicilio habuerit? Et respondent DD. quòd ubique locorum habeatur pro præsente. *D. Rath. loc. cit. cap. 5. assert. 26.* annotationes ad *Zæsium. tit. C. de præscript. longi temp.* Si enim vagabundus ubique potest conveniri, censetur ubique habere domicilium, qui autem ubique habet domicilium, ubique habetur pro præsente, ita argumentatur *Balbus. de præscript. 1. part. 4. principij. vers: sed pace salva ad finem. n. 4.* 21

Dices, quomodò is, qui vagabundus est, possessionem rei alienæ retinere possit? Respondemus, eum animo possessionem rei immobilis retinere, & ideò ubique ad illam dimittendam conveniri posse. *Perez. ad tit. Cod. de præscript. longi temp. n. 10.* 22

Cui autem in casu controverso, an quis fuerit absens, vel præsens, probatio incumbat, nobis tanta difficultas non apparet, prout eam *D. Rath. in tractatu de usucap. cap. 5. n. 28.* facit: Sicut enim actor tenetur probare intentionem actionis suæ, quòd scilicet sit dominus rei, vel quasi, ita possidens pro elidenda actoris intentione exceptionem legitimæ præscriptionis docere debet: Si ergò se defendit possessione temporis quinquennalis, utique illi incumbit, ut actoris quinquennalem præsentiam doceat, cùm 23

cuilibet parti alleganti assertionis suæ fundamentum probare incumbat, nec necessarium sit, hac in parte ad conjecturas, & præsumptiones recurrere, an scilicet illæ stent pro absentia, vel præsentia.

24 Additur denique in hoc articulo, quòd, postquàm possessor rei venditæ cum titulo, & bona fide inter præsentes quinquennale, & inter absentes decennale possessionis spatium absolvit, dominus rei nullam ampliùs actionem habeat, sed possessor ab omni ulteriori conventione: Von aller weiterer Anspruch / liber, & securus, ac dominus, si quod jus sibi superesse putet, ad venditorem remittendus sit. Ex quo apparet, verum esse, quod paulò antè diximus, actionem rei vindicatoriam, publicianã, & aliam quamcunque in rem scriptam per præscriptionem quinquennij, vel decennij extingui. Convenit hæc dispositio cum *Art. 1.* præcedentis *Tit. 8.* ubi dicitur, quòd venditor de evictione solumodò tamdiu obligatus sit, donec emptor rem venditam legitimè præscripsit, prout ibi fusiùs explicavimus: Nam, cùm emptor per præscriptionem legitimam ipso jure tutus, & securus sit, actione de evictione contra venditorem ampliùs non indiget.

25 Oppones, nos dixisse, quòd completo legitimo præscriptionis tempore extinguatur actio rei vindicatoria, cùm tamen articulus domino rei, actionem adversùs venditorem reservet. Respondemus, hanc reservationem de actione rei vindicatoria, aut publiciana intelligi non posse: Nam, cùm usucapio, aut præscriptio definiatur, quòd sit acquisitio, seu adjectio dominij per continuationem possessionis temporis lege definiti. *l. 3. ff. de usurpationibus, & usucap.* & quidem non tantùm dominij utilis, sed etiam directi adeóque pleni, & absoluti dominij. *l. possessores. C. de fundis. patrim. lib. 11. Caspar. Denichius. in disput. jurid. de usucapionibus. cap. 1. assert. 3.* Sequitur manifestò, quòd antiquus dominus nullam ampliùs actionem realem contra venditorem habere possit, utpotè cùm duo non possint esse unius rei domini in solidum. *l. si ut certo. §. si duabus. 15. ff. comodati. Mynsing. 4. observ. 25. n. 5. & cent. 5. observ. 66.*

26 Inquies, quare ergò articulus antiquum rei dominum ad venditorem remittit, quando illi nulla ampliùs actio competit, utpotè dominio in præscribentem translato? Respondemus, vel venditor fuit bonæ fidei possessor, vel malæ fidei. Si fuit bonæ fidei possessor, non est dubium, quin cum titulo, & bona fide rem similiter præscripsisset, sicut emptor, si venditio facta non fuisset; Et in tali casu utique excluditur omnis actio: Si autem præsupponamus, venditorem rei alienæ notitiam habuisse, & per venditionem dolo malo possidere desijsse, utique antiquo domino adversùs ipsum duplex actio competit, scilicet actio de dolo, vel actio rei vindicatoria: Actio rei vindicatoria propterea, quia, qui desijt dolo possidere, perindè habetur, ac si adhuc possideat, cùm dolus pro possessore sit. *l. qui dolo. 131. & l. 150. ff. de R. J.* Et quia hoc remedium ordinarium est, actio de dolo tamdiu excluditur, quamdiu huic remedio rei vindicationis, vel publicianæ adhuc locus est. Per rationem, quòd actio de dolo sit remedium extraordinarium, & subsidiarium, & proindè non competat, nisi alia actio deficiat. *l. 16. in princ. ff. de minoribus, &c. Wesenbec. in paratit. n. 5. ff. de dolo.* Si autem præsupponamus, actioni rei vindicatoriæ, vel publicianæ ex quacunque tandem imaginabili causa locum esse non posse, certè actio de dolo dabitur, quia dolus suus nemini debet patrocinari. *l. 1. §. 1. ff. de doli exceptione. cap. 15. extra de rescriptis.* & ei tantùm nocere, qui eum admisit, non alteri. *l. is qui. 9. ff. quæ in fraud. credit.* Potest etiam casus dari, ut post præscriptionem apud tertium possessorem completam adhuc actio personalis adversùs venditorem competat, isque ex *l. mater. 3. C. de rei vindic.* Ubi Alexander Imper. hunc casum ponit, mater tua, vel maritus fundum tuum invita, vel ignorante te vendere jure non potuit, sed

rem

rem tuam à possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. Sin autem posteà de ea venditione consensisti, vel alio modo proprietatem ejus amisisti, adversùs emptorem quidem nullam habes actionem, adversùs venditorem verò de pretio negotiorum gestorum actionem exercere non prohiberis. Præsupponuntur enim mater, & maritus rem sine dolo alienâsse, & sic amisso dominio per præscriptionem, cùm nec rei vindicatio, nec actio de dolo locum habeat, dicendum est, ad actionem negotiorum gestorum recurrendum esse, pulchrè *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 19. per totum.* Ubi etiam de creditore pignus vendente pulchrè discurrit, & tandem ibidem concludit, post præscriptionem rei pignoratæ à creditore venditæ contra creditorem actionem pignoratitiam ad restitutionem pretij debitori competere, juxta *l. servos. 2. C. si vend. pign.* de quo vide *Art. 8. Tit. 15.* der Land-Recht/ & quæ ibidem diximus.

Cæterùm nos in hoc articulo agimus tantùm de præscriptione ordinaria rerum imobilium inter præsentes, vel absentes, propterea abstinemus de reliquis præscriptionum speciebus maximè de præscriptione actionum personalium, & jurium incorporalium 30. vel 40. annorum, vel de præscriptione imemoriali, aliisque privilegiatis cujuscunque temporis majoris, vel minoris aliquid in medium afferre: Suis tamen locis plura de illis recurrent, maximè verò de tricennaria, & quadragenaria, & etiam de imemoriali præscriptione, ad quæ benevolum Lectorem remittimus, ne comentarius noster nimium excrescat.

Der Andere Articul.

Hat auch jemandt auff dem verkaufften ligenden Guet Underpfandt / vnd spricht den Kauffern / nach dem jhme das erkaufft Guet eingeantwortet worden / innerhalb fünff Jahren / wann der / welcher das Underpfandt hat / im Land ist / oder da er ausser Lands / in zehen Jahren vmb die Schuld / darumb jhme das Guet verpfändt ist / nit an / So hat der Kauffer ebenfals / gegen jhme in solcher Zeit Nutz vnd Gewehr ersessen / vnd ist fürterhin das erkaufft Guet von der Verpfändung ledig / doch dem andern hierdurch vnbenommen / den Haupt-Schuldner vmb sein Schuld vnd Spruch fürzenemmen; Es wer dann daß jemand das Aigenthumb seines Guets verkauffet / vnd jhme dabey ein Stifft / wie die wäre / vorbehielt / also er hierdurch / oder auch sonsten in anderweg / bey Besitzung deß verkaufften Guets verblibe; Oder da deß Schuldners Erb / durch Mittel der Erbschafft / vnd nit etwann durch Kauff auff das Guet wäre kommen; Oder da der Verkauffer / vnerachtet er vom Guet abgetretten / seinem Glaubiger / welcher der Abtrettung kein Wissenschafft gehabt / dannoch die jährliche Gült / oder andere Raichnuß bezahlt hätte; Item auch da der Glaubiger dem Schuldner / auff sein Bitten / die Gülten auff etliche Jahr porgete / entzwischen aber der Schuldner das Guet haimblich verkaufft: vnd der Glaubiger innerhalb der fünff oder zehen Jahren / die Verkauffung nicht gewüst hätte. Dann in disen vieren Fällen kan der Kauffer Nutz vnnd Gewehr / wider das Underpfandt nicht ersitzen.

SUM-

SUMMARIA.

1. Quo tempore præscribatur pignori, vel hypothecæ?

2. Quare Artic: tantùm loquatur de emptione?

3. A quo tempore incipiat præscriptio contra pignus, & hypothecam?

4. Quare à tempore traditionis, & an etiam à tempore traditionis fictæ?

5. Quatuor casus excepti.

6. & 7. Quid si hæres debitoris non medio hæreditatis, sed titulo emptionis, à debitore consecutus fuerit?

8. & 9. An hæc distinctio, quæ locum habet in ordinaria præscriptione, etiam extendatur ad præscriptionem longissimi temporis?

10. & 11. An hæres debitoris de jure Bavarico, nec longo, nec longissimo tempore jure hypothecæ præscribere possit?

12. Quid si debitor rem oppignoratam vendat, & inscio creditore in emptorem clandestinè transferat, nihilominùs tamen creditori annuos census solvat?

13. 14. & 15. Quid si hic casus non in venditione, sed alio titulo contingat?

16. Quid si debitori pro annuis pensionibus dilatio data fuerit?

17. An per hos quatuor casus præscriptio non omninò eludi possit?

18. Quid si tempore dilationis debitor se de dilapidatione suspectum faciat?

19. An hæc etiam locum habeant in præscriptione longissimi temporis?

20. Quid si emptor distractionem scivit, & tertium ulteriorem emptorem in mala fide non constituit?

21. An verum sit, quòd tempus præscriptionis non incipiat currere, nisi priùs facta excussione bonorum debitoris?

22. An hæc præscriptio nostra Bavarica etiam locum habeat in rebus Ecclesiæ?

23. An quoque in rebus Monasteriorum, & collegiatarum Ecclesiarum?

1 DIsponit hic articulus, quomodò, & quali temporis spatio illi, qui rem quidem non alienam, sed alijs oppignoratam, vel hypothecatam emunt, pignori, vel hypothecæ præscribere possint. Et inprimis ponitur regula generalis, quòd emptor rei oppignoratæ, vel hypothecæ contra creditorem præsentem in Provincia quinque annis, vel contra absentem, & extra Provinciam existentem decem annis æquè præscribat, ac priùs diximus de præscriptione ipsarum rerum imobilium. Videbatur enim legislatori absonum, ut plenum rei dominium quinquennij, vel decennij spatio præscribi possit, & non etiam per possessionē tanti temporis ab onere hypothecæ, vel pignoris liberari.

2 Notanter autem articulus loquitur de emptore tantùm, nam, cùm abbreviatum tempus ordinariæ præscriptionis longi temporis in præscribendo dominio restrictum sit ad solum contractum emptionis, & venditionis, ut sequitur in *Artic. 3.* etiam in præscribenda liberatione ab onere pignoris, vel hypothecæ ad solam emptionem, & venditionem restrictum fuisse intelligi debet: Quare autem hæc restrictio legislatori placuerit, causa est, quòd iste contractus sit cæteris frequentior, & in exuberantia bonæ fidei consistat, ut consequenter, quod pro abbreviandis litibus in restringendo termino pro consequenda securitate statutum est, ad alios contractus fortè omninò stricti juris, vel non tam exactæ bonæ fidei, aut certè minùs frequentes derivari, necesse non sit.

3 Deindè tempus ad præscribendum contra pignoratitium, vel hypothecarium creditorem juxta dispositionem hujus articuli incipit non à die emptionis, & venditionis perfectæ, sed à die traditionis: **Nachdeme dem Kauffer das erkaufft Guet eingeantwort worden.** Ratio hujus rei est, quia posses-

sio

ſio initium eſt præſcriptionis, oportet igitur, ut ad contractum emptionis, & venditionis traditio accedat: Vel ut emptor loco traditionis tacita voluntate venditoris poſſeſſionem ipſe apprehenderit. §. *interdum. Inſtit. de rerum diviſ. l. 2. C. de acquir. poſſ.* Nam qui rei emptæ poſſeſſionem ſine traditione, & permiſſione domini invadit, uſucapere non poteſt. *l. nec ex vera. C. de acquir poſſ.* non ſolùm ex traditionis defectu, ſed quia ejuſmodi emptor rem invito domino improbè retinet, cujus dominium in ſe necdum translatum eſſe ſcit, adeòque in mala fide verſatur, dict: *l. nec ex vera. C. de acquir. poſſ.* An autem requiratur vera, & realis traditio, aut apprehenſio, vel an etiam ſufficiat traditio ficta per titulum conſtituti, meritò dubitari poteſt, per rationem, quia, cùm præſcriptio currat etiam contra ignorantem, videtur utique requiri realis rei translatio in emptoris poteſtatem, & poſſeſſionem, ne aliàs per clandeſtinos ejuſmodi contractus emptionis, venditionis, & conſtitutæ poſſeſſionis creditor decipiatur? Ad quod reſpondemus, quamvìs *Vaſquius. lib. 2. Illuſt. controv. cap. 57.* cenſeat, naturalem poſſeſſionem, ex qua & dominium cœpiſſe dicitur. *l. 1. §. 1. ff. de acquir. poſſeſſ.* veluti corpoream, & evidentem multò favorabiliorem eſſe, quàm civilem, plerumque occultam, ſubdolam, fallacem, & machinationibus plenam, aut certè expoſitam, & valdè obnoxiam, tamen communiter receptum eſt, etiam civilem poſſeſſionem ad præſcriptionem idoneam eſſe, ita ut quidem bonum ſit, ſi utraque poſſeſſio tam naturalis, quàm civilis concurrat, ſi autem naturalis deficiat, præſcriptionem non minùs compleri per civilem poſſeſſionem ſolam, quàm per utramque concurrentem docet *D. Rath. de uſucap. & præſcript. cap. 5. aſſert. 5. & 7.* Et filius ejus *Ignatius Rath. lib. 2. tit. 6. Inſt. de uſucap. n. 892.* Nos in caſu noſtro propoſito diſtinctionem aliquam neceſſariam eſſe arbitramur: An ſcilicet venditor rei oppignoratæ, vel hypothecatæ ſciverit, illam fuiſſe oppignoratam, vel hypothecatam, aut neſciverit: Si ſcivit, fortè quia ipſe creditorem in re vendita aſſecuravit, nihilominùs tamen eam clandeſtinè alienavit, & propterea per titulum conſtituti tantùm poſſeſſionem tranſtulit, ne malitia ipſius adverteretur, tunc enim ipſe malitioſus venditor nihilominùs priori creditori manet obligatus, quia dolus pro poſſeſſore eſt, ut mox ſequetur: Si autem neſcivit, fortè quia hypotheca à priori domino rei venditæ conſtituta fuit, & tunc certum eſt, quòd emptor rei venditæ cum bona fide titulo conſtitutæ poſſeſſionis non minùs præſcribat, quàm ſi naturalis quoque poſſeſſio, & traditio acceſſiſſet: Ratio eſt, quia ipſe venditor manendo in poſſeſſione præſcriptionem legitimo tempore compleviſſet, ergò etiam emptor, in quem poſſeſſio per conſtitutum translata eſt, præſcribere poteſt, plura de hoc paulò poſt ſequentur, maximè, ſi venditor fuerit in mala fide, & ut fraudem doloſæ venditionis tegeret, ſolverit creditori annuas penſiones. 4

Denique ſtatuit articulus, tametſi creditor poſt curſum reſpectivè quinquennij, vel decennij jus ſuum adversùs emptorem agendi amittat, nihilominùs ei adversùs debitorem ſuum actio perſonalis remaneat; In priori articulo deduximus, quòd etiam poſt præſcriptionē completā alicujus rei quoad plenum dominium, ſi fortè venditor dolo deſijt poſſidere, vero domino illius, vel actio rei vindicatoria, vel actio de dolo competat, hæc tamen in alienatione pignoris, & hypothecæ adeò neceſſaria non eſt, cùm creditor plerumque cum actione pignoratitia, vel hypothecaria ſimul etiam aliam actionem ex mutuo, vel alio contractu perſonalem habeat, quæ poſt præſcriptam liberationem à pignore, & hypotheca integra, & in ſalvo manet. 5

Ab hac autem generali regula de præſcribenda liberatione à pignoris, vel hypothecæ nexu per quinquennium, aut reſpectivè decennium excipit

articulus noster quatuor casus : Primus est, si quis rem ad se pleno jure pertinentem alteri oppignoret, & nihilominùs postmodùm eandem non pleno jure tertio vendat, sed sibi jus aliquod reale, V. G. Emphyteusin perpetuam, modalem, vitalitium, vel, ut articulus loquitur, annuum quendam canonem reservet, & sic ex ejusmodi jure retento, sive reservato in possessione boni venditi permaneat. Ratio est, quia venditor sibi reservando jus aliquod ejusmodi reale, utique creditori, cui res pleno jure dominij fuit hypothecata, aut oppignorata, manet obligatus, &, cùm venditor plenum dominium rei taliter alienando non voluerit, nec potuerit in emptorem transferre, sequitur, quòd creditor non solùm adversùs venditorem, qui adhuc in possessione rei venditæ est, sed etiam adversùs emptorem actionem pignoratitiam, vel hypothecariam etiam post tempus quinquennale, vel decennale elapsum in salvo habeat, non quidem contra emptorem pro utili dominio sibi vendito, quod præsupponimus ab emptore justo emptionis titulo, & bona fide legitimo tempore possessum, & præscriptum esse : Sed pro annuis præstationibus à venditore sibi reservatis.

6 Secundus casus est, si hæres debitoris non medio hæreditatis, sed titulo venditionis, & emptionis aliquod bonum à debitore consecutus fuerit. Hic casus singularem patitur difficultatem, ad quam meliùs intelligendam, sciendum est, quòd antiquissimo jure, si debitor, vel ejus hæredes rem hypothecatam, vel oppignoratam non tantùm ordinario tempore longæ præscriptionis, sed etiam longissimo tempore possederint, & creditor adversùs illos actionem pignoratitiam, aut hypothecariam non instituerit, tamen exceptionem præscriptionis opponere non potuerint, donec Justinianus Imperator in *l. cùm notissimi. in princ. & §. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annorum*, statuit certum terminum omnibus actionibus, nempè 40. annorum peremptorium, qui præteriri non possit, ita ut specialiter hic terminus ad actionem hypothecariam contra ipsos debitores, & hæredes eorum primos, vel ulteriores, ne possessores ejusmodi propè im̃ortali timore teneantur, extensus fuerit, quod tamen postmodùm jure Canonico iterum correctum fuit,cùm,ut supra diximus, cum mala fide nulla præscriptio, sive longi, sive longissimi temporis, sive 30., sive 40. annorum, sive centenaria, sive im̃emorialis procedat, ut priùs jam allegavimus, per *cap. ult. x. de præscr. cap. possess. de R. J. in sexto.* Et hoc *Ant. Faber in C. suo ad tit. 10. lib. 7. def. 1.* in tantum extendit, ut,licèt præscriptio (secundùm statuta nostra) quinquennij inter præsentes,& decennij inter absentes prodesse possit tertio possessori, qui titulum possessionis suæ habet cum bona fide,tamen prodesse non possit hæredi debitoris, utpotè qui tertius non sit, quandoquidem eadem cum defuncto persona esse existimetur, & in omnia defuncti vitia succedat : Adeò ut non magìs, quàm ipse debitor spatio temporis quantumcùnque longissimi tueri se jure Pontificio possit, non solùm si reali, sed etiam, quod magìs mirum est, si personali actione conveniatur. Et hoc quidem juri com̃uni convenienter, quia res vendita transit cum onere suo. *l. alienatio. 77. ff. de contrah. empt.* nec venditor, qui ante venditionem rem suam oppignoravit, plus juris in alium transferre potuit, quàm ipse habuerit, quare, sicuti ipse venditor contra oppignorationem à se factam, indéque resultantem actionem præscribere nullo modo potest, ita nec hæres ejus, qui cum defuncto una, & eadem persona esse reputatur, præscribere poterit : Quam sententiam articulus noster approbat in verbis, oder da deß Schuldners Erb durch Mittel der Erbschafft / vnnd nit etwann durch Kauff auff das Guet kommen wäre.

7 Distinguit igitur articulus, an hæres in possessionem rei alteri hypothecatæ, vel oppignoratæ titulo emptionis, antequàm sibi hæreditas delata fuerit, vel an in possessionem venerit mediante hæreditaria successione : In priore casu conceditur illi jus præscribendi, sicuti cuivis extraneo, nempè spa-

tio quinquennij inter præsentes, & spatio decennij inter absentes : In posteriori casu denegatur illi præscriptio, prout hæc conclusio ex argumentatione à contrario sensu necessariò sequitur, inferendo, debitoris hæres potest præscribere, quando ad possessionem rei oppignoratæ titulo emptionis, & non quando pervenit titulo hæreditatis sibi delatæ, ergò ipsi tantùm conceditur præscriptio ut emptori ex titulo singulari, & non ut hæredi, & successori ex titulo universali.

Cæterùm hîc duplex oritur difficultas, & quæstio : Prima est, cùm 8 articulus hic tantùm loquatur de præscriptione longi temporis, quinquennij scilicet inter præsentes, & decennij inter absentes, an idem dicendum sit de præscriptione longissimi temporis 30. vel 40. annorum ? Et Respondemus, jure civili inspecto idem de præscriptione longissimi temporis dicendum esse; Nam quia, ut diximus, hæres de jure civili in omnia defuncti vitia succedit, non magìs quàm ipse debitor, ullius temporis quantumvis longissimi præscriptione se jure Pontificio tueri poterit, quia tenetur exonerare conscientiam defuncti. *cap. vigilanti. x. de præscript.* cùm mala fides antecessoris noceat semper successori universali.

Sed ex hoc statim exsurgit secunda quæstio, cùm in *Artic. 7.* expresè 9 statuatur, si hæres bonum aliquod titulo hæreditatis ad se delatum cum bona fide pro suo, sive ut Artic: inquit pro proprio bono tanto tempore possederit, quantum ad completam præscriptionem, aut usucapionem necessarium est, quòd dominium acquisierit, tametsi ex postfacto palàm fiat, quòd defunctus prædictum bonum cum mala fide habuerit, modò hæres nolit uti accessione temporis, quo defunctus rem mala fide possedit, annon id, quod diximus de hærede præscribente liberationem ab onere hypothecæ, vel pignoris, per hunc articulum correctum sit, ita, ut si hæres nolit uti accessione temporis, quo res mala fide à defuncto possessa fuit, etiam per quinquennium, vel decennium juri pignoris, vel hypothecæ ex propria possessione legitima juri pignoris, vel hypothecæ præscripserit ? Et certè affirmativam sententiam videntur efficaciter suadere sequentes rationes. 1. Quia tritum juris adagium est, quòd una lex debeat ex alia declarationem, & interpretationem sumere, & maximè obscurior, & generalis à clariore, magìs specifica, & expressa, tametsi igitur præsens noster articulus nihil dicat de hærede, qui in præscribenda liberatione à jure pignoris, vel hypothecæ nolit uti tempore sui antecessoris, tamen, cùm *Art. 7.* expresè hanc distinctionem ponat, quòd hæres quidem præscribere non possit, computato tempore, quo antecessor rem mala fide possedit, possit verò præscribere, si proprio nomine rem cum bona fide spatio quinquennij, vel decennij possederit, omninò dicendum esse videtur, hanc distinctionem etiam in hoc articulo supplendam esse : Præsertim 2. Cùm in *Artic. 7.* agatur de præscribendo pleno jure dominij alicujus certæ rei cum bona fide possessæ, in nostro verò articulo agatur tantùm de præscribenda liberatione à nexu pignoris, & hypothecæ, quod utique minus est, statutum autem in majori utique etiam statutum esse præsumi debet in minori : Maximè 3. Quando de contrario non expresè constat, sed tantùm lex obscurior, & generalis, per clariorem, & magìs specificam declaranda venit : Accedit 4. Tametsi Serenissimo Legislatori benè cognitum fuerit, quòd de jure communi antiquitus juri pignoris, & hypothecæ nullo tempore, ex constitutione Justinianea verò non nisi 40. annis præscribi potuerit (de quo à Consiliarijs suis ad hoc negotium deputatis singulariter monitus, & informatus fuit) nihilominùs tamen statuerit, ut præscriptio pro liberatione à nexu pignoris, & hypothecæ eodem tempore procedat, sicut procedit in præscribenda re quavis imobili, nempè tempore quinquennij inter præsentes, & tempore decennij inter absentes, atqui præscriptio rei imobilis pro-

cedit, si hæres nolit uti accessione sui antecessoris, sed computare solum tempus, quo ipse titulo emptionis cum bona fide in possessione fuit, ergò etiam juri hypothecæ, & pignoris præscribere poterit, si abstinere velit à computatione temporis sui antecessoris, quod sanè argumentum est valdè urgens, & efficax. Vid. *D. Rath. de usucap. & præscript. cap. 2. assert. 49. sub litt. D.* Ubi dicit, si hæres potest non obstante defuncti mala fide dominium præscriptione, jure statutario inspecto, sibi comparare, cur non multò magìs extinguere hypothecam? Et in *dissert. Jurid. de potiss. different. &c. assert. 73.* Ubi dicit, probabiliter ex constitutionibus nostris Bavaricis inferri posse, si hæres rem à defuncto pignoratam possedit per decennium, & debiti à defuncto contracti nullam habuit scientiam, juri hypothecæ præscripsisse: Esto, actione personali ad debitum persolvendum rectè compellatur, quia illa tenet hæredem non minùs ac defunctum. E contrario *D. Balthasar. in pract. suis Resol. tit. 9. Resol. 2. n. 2. vers: verùm,* attestatur. Anno 1650. in Con-
10 silio Aulico in quadam causa Edictali decisum esse, quòd etiam de Jure Bavarico hæres debitoris nec longo, nec longissimo tempore juri hypothecæ præscribere possit, etiamsi tempus ad præscribendum inchoare ex sua persona velit: Ubi citat eundem *D. Rath. loc. modò alleg.* Sed planè D. Rath in istis duobus locis prorsùs contrarium tenet, uti benevolo Lectori ex aspectione eorum clarè patebit, in parenthesi tamen addit, D. Rath in alia quadam dissertatione *assert. 73.* contrarium tenuisse. Sed, quam dissertationem putet, nec intelligere, nec in libris meis invenire potui, cùm tamen putem, mihi ex scriptis D. Rath, vel omninò nihil, vel parùm deesse: Interim ex alijs meis Collegis intellexi, verum esse, quòd quarto die Januar: Anno 1650. taliter judicatum fuerit, ut D. Balthasar vir planè fidelis, & exactus *loc. cit.* retulit, ex quibus rationibus autem, indagare non potui, nec de propria scientia aliquid attestari possum, cùm primùm post dimidium annum à die hujus præjudicij ex Regimine Straubingano ad Consilium Aulicum avocatus fuerim.

11 Licèt igitur D. Rathij opinioni libenter adhærerem, quoniam planè allatæ rationes fortiter stringunt, tamen me præjudicio altissimè memorati Consilij Aulici libenter submitto, cùm etiam pro negativa opinione prægnantes rationes subsint. 1. Quòd correctio juris comunis non sit admittenda, nisi de contraria lege statutaria expresse constet. 2. Quòd etiam jus nostrum statutarium (quæ est mea principalis, & palmaris ratio) præscriptionem rei imobilis, & præscriptionem liberationis à jure pignoris, sive hypothecæ non simpliciter adæquet; Quamvis enim quoad tempus quinquennij, & decennij, quoad rerum imobilium possessionem, sibi invicem assimilentur, tamen, ut jam supra diximus, in præscriptione rerum mobilium juxta *Art. 6. hujus Tit.* præscriptio rei mobilis, & præscriptio à liberatione rei mobilis oppignoratæ, & hypothecatæ non adæquantur, cùm rem mobilem simpliciter possim præscribere triennio, rem mobilem autem oppignoratam, vel hypothecatam non aliter, nisi quinquennio inter præsentes, & decennio inter absentes: Ex quo apparet, legislatorem præscriptionem rei, & rei pignoratæ diverso jure censuisse, cùm illam admiserit spatio triennij, hanc verò non nisi spatio quinquennij, vel decennij; Moderno quidem tempore præjudicia supremorum judiciorum passim vilipenduntur, & ferè quilibet graculus scientiâ suâ aquilam supervolare contendit, apud nos tamen in tali veneratione sunt, ut ab ijs non facilè recedendum, sed tutius esse credamus, cum multis errare, quàm proprio judicio nimium fidere. Ratio autem, quare existimemus, dispositionem *Art. 7.* de præscriptione dominij loquentem non esse extendendam ad præscriptionem liberationis à nexu pignoris, & hypothecæ, fundamentalis hæc est, quia creditor pignoratitius, vel hypothecarius præter actionem realem etiam habet actionem per-

ſonalem, deſcendentem ex contractu videlicet mutui, emptionis, & venditionis, permutationis, aut ſimili, in quo contrahens ſibi pro ſecuritate juris ſui hypothecam reſervat, cui de jure non aliter niſi ſpatio longiſſimi temporis, ſive 30. aut 40. annis præſcribitur, non eſt igitur mirum, quòd noſtra jura ſtatutaria præſcriptionem quoad jus hypothecarium, vel pignoratitium, præſcriptioni dominij, quæ, ut ſupra diximus, extinctionem actionis realis poſt ſe trahit, ita ſimpliciter, nudè, & crudè noluerit aſſimilare. Vid. ſupra cit. *Ant. Faber. ad C. tit. ſi adverſ. cred. præſc. oppon. defin. 1.* Ubi hanc ipſam differentiam advertit, quòd in actione reali vitia poſſeſſionis faciliùs tranſeant in ſucceſſorem, quàm in actione perſonali.

Tertius caſus eſt, ſi debitor ignorante creditore rem oppignoratam, 12 vel hypothecatam vendat, & in emptorem poſſeſſionem clandeſtinè transferat, nihilominùs tamen creditori annuam penſionem, ſive cenſum ſingulis annis perſolvat. Hic caſus præteritis belli temporibus frequentiſſimus fuit; Obærati enim debitores bona alijs oppignorata, & hypothecata ſæpiùs clandeſtinè vendebant, & creditoribus ſuis nihilominùs annuas penſiones exactè ſolvebant, ad hunc ſolum effectum, ut viderentur eſſe ſolvendo, ne ad ſubhaſtationem, & flebile, ac miſerabile ceſſionis beneficium devenirent. Dum igitur ejuſmodi clandeſtinis alienationibus honori ſuo, & familiæ ſuæ parcere volebant, per tales machinationes ſibi ipſis cultrum ad jugulum poſuerunt, & nihilominùs bonæ fidei emptorem manifeſto periculo ſubjecerunt, dupliciter peccantes, cùm ex ſubſtantia rei clandeſtinè venditæ cenſus ſingulis annis recurrentes ſolverent, & nihilominùs creditori ignoranti manerent obligati, ipſe verò tertius emptor bonæ fidei periculo reſtitutionis maneret ſubjectus, cùm vi hujus articuli contra creditorem ignorantem, & ſingulis annis ſuam penſionem, ſive cenſum annuum recipientem præſcribere non potuerit.

Duo tamen ſingulariter hìc notanda ſunt: Primum eſt, quòd articu- 13 lus noſter loquatur tantùm de venditore, **von dem Verkauffer /** & ſecundò de abbreviata ordinaria præſcriptione in Patria noſtra, ſcilicet quinquennij inter præſentes, & decennij inter abſentes: Quid igitur dicendum eſt, ſi res hypothecata, vel oppignorata non titulo emptionis, & venditionis, ſed alio, V. G. permutationis, vel ſimili in tertium poſſeſſorem bonæ fidei tranſierit: Reſpondemus, juxta articulum ſubſequentem certum eſſe, quòd abbreviata præſcriptio quinquennij inter præſentes, & decennij inter abſentes locum non habeat, quia hoc privilegium ſoli emptioni, & venditioni ob frequentiam hujus contractus, & exuberantiam bonæ fidei, ut priùs diximus, conceſſum eſt, in reliquis autem contractibus remittitur negotium ad diſpoſitionem juris comunis, **dann in anderen Contracten** (inquit *Art. 3.*) **wird es bey Verordnung gemainer Keyſerlichen Rechten gelaſſen.**

Quæritur igitur, quid de jure communi dicendum ſit, ſi debitor rem 14 oppignoratam, vel hypothecatam titulo permutationis, dationis in ſolutum, vel ſimili in tertium poſſeſſorem dimittat, nihilominùs tamen creditori ſuo hypothecario ſingulis annis præſtationem, ſive penſionem debitam exactè ſolvat, annè tertius ille poſſeſſor, in quem rei poſſeſſio alio, quàm venditionis titulo delata eſt, ſpatio longi temporis, id eſt decem annis inter præſentes, & viginti annis inter abſentes præſcribere poſſit? *D. Arnoldus Rath. in diſſert. Jurid. de potiſſ. differ. aſſert. 72.* Affirmativam: *D. Balthaſar. tit. 9. reſol. 2. n. 1. verſ. ſextus caſus.* Negativam defendit: Uterque claſſicos auctores pro ſe habet, utpotè *D. Rath. Felic. à Solis de Cenſibus. lib. 3. cap. 4. n. 12.* Et *Joan. Fabrum. ad l. 1. Cod. de bon. matern.* & *D. Balthaſar Caſſanæum. in Conſuet. Burgund. rubr. 11. §. 2. n. 36. & ſeqq.* Et *Frid. Martini. de Cenſibus. cap. 8. n. 171.* Ubi rationes pro, & contra enucleatè traduntur, quò Lectorem remittimus, pro noſtra opinione hoc ſolum addentes,

 quòd

quòd negativa opinio nobis videatur probabilior, & juri noſtro Bavarico conformior, cùm enim emptor ex titulo emptionis, & venditionis, qui reliquis favorabilior, & frequentior eſt, propter exuberantiam bonæ fidei in caſu, quo ſingulis annis creditori cenſus debitus legitimè ſolutus eſt, præſcribere non poſſit, ergò multò minùs præſcribere poterit, qui rem accepit titulo minùs favorabili permutationis, vel dationis in ſolutum.

15 Dices, articulum noſtrum tantùm loqui de privilegiata, & abbreviata Patriæ noſtræ præſcriptione, ſcilicet quinquennij inter præſentes, & decennij inter abſentes, ergò nullo modo extendendum ad ordinariam præſcriptionem juris communis, ſcilicet longi temporis per decennium inter præſentes, vel vicennium inter abſentes. Reſpondemus, nos hanc extenſionem non facere à ſimilitudine contractuum, ſed à paritate rationum, omnes enim rationes, quæ de jure communi præſcriptionem longi temporis impediunt, quando creditori annua penſio, ſive annuus cenſus à debitore exactè ſolutus eſt, militant etiam in alijs contractibus, ut D. Balthaſar pulchrè deducit, ergò debet etiam obtinere eadem juris diſpoſitio, nec admitti poteſt, quod *Joan. Faber. loc. cit.* ſuſtinet, ſaltem ignoranti creditori, cui annuatim ſolutio censûs facta eſt, reſtitutionem in integrum concedendam eſſe, cùm nec jura communia, nec jus noſtrum ſtatutarium in præſcriptione legitimè completa reſtitutionem in integrum admittant, juxta ea, quæ dicemus ad *Art. 8. hujus Tit.* nec illâ opus ſit, cùm argumenta pro negativa ſententia adducta probent, contra creditorem ſingulis annis penſionem, ſive cenſum recipientem nullam præſcriptionem incipere, multò minùs compleri potuiſſe.

16 Quartus caſus huic ſimillimus eſt, quando ſcilicet creditor ad inſtantiam debitoris eidem ad ſolutionem annuarum penſionum, ſive cenſuum ex benevolentia, & amicitia certam dilationem concedit, intereà tamen rem hypothecatam, vel oppignoratam clandeſtinè vendit, verba ſunt articuli noſtri, in Verſ: item auch. Breviùs *Neguzant. membr. 2. part. 6. princ. n. 9.* Caſum ita ponit, ſi creditor debitori pactum de non petendo annuos cenſus in certos annos faciat, V. G. ad quinquennium, vel decennium, intra quod tempus, ut ſupra diximus, aliàs ab emptore oneri hypothecæ, vel pignoris præſcribitur, quæ tamen interpoſito tali pacto non procedit: Rationes, quæ in priori tertio caſu militant, & *D. Balthaſar* ex *Caſſanæo*, & *Frider. Mart. loc. cit. verſ: itáque. & ſeqq.* in compendium collegit, etiam in hoc quarto caſu prævalent, quarum præcipua eſt, quòd non valenti agere non currat præſcriptio. *l. 1. §. ſi quis. ff. de itin. actu. priv. l. 1. in fine. Cod. de Annali Except.* Si autem creditor, vel annuarum penſionum ſolutionem exactè recepit, vel debitori dilationem in certos annos conceſſit, nullam actionem movere poteſt, ergò etiam contra illum nulla poteſt currere præſcriptio.

17 Dices, tali modo præſcriptionem emptoris tanquam tertij poſſeſſoris, quam tamen eidem articulus noſter tam ſollicitè pro liberatione rei venditæ à nexu pignoris, vel hypothecæ concedit, eludi poſſe, cùm facilè unus ex his quatuor caſibus ad præſcriptionem impediendam intervenire poſſit: Reſpondemus, cùm de jure communi antiquo tertius poſſeſſor, ut jam ſupra allegavimus, juri hypothecæ, vel pignoris nullo unquam tempore, ex conſtitutione verò Juſtinianea non niſi 40. annis præſcribi potuerit, non debere abſonum videri, ſi præſcriptio longi temporis, & quidem etiam abbreviati, & inter præſentes ad quinquennium, inter abſentes verò ad decennium reſtricti in juſtiſſimis his quatuor Cancellis fuerit coarctata, legimus in doctiſſimis monitis, à præcipuis Juris-Conſultis, & Conſiliarijs tempore conditarum conſtitutionum noſtrarum Provincialium diligentiſſimè collatis, quòd legislatori ſuaſum fuerit, ut iſtam præſcriptionem pro liberatione pi-

gnoris,

gnoris, & hypothecæ prorsùs expungeret, utpotè quæ sinistrâ censurâ apud jurisperitos carere non possit, qua admonitione tamen neglecta placuit legislatori, dispositionem factam, sed ad hos quatuor casus restrictam permanere, ut tandem aliquando emptor bonæ fidei securitatem rei venditæ consequi possit.

Ad hunc tamen quartum casum, de dilatione debitori à creditore amicabiliter facta, unam limitationem notabilem adferunt, nisi debitor ex post facto se de dilapidatione faciat suspectum, vel, si priùs tempore pacti de non petendo pensiones annuas intra quinquennium, vel decennium jam dilapidator, & non solvendo extiterit, ipsius tamen dilapidatio, sive prodigalitas creditori incognita fuerit, tunc enim non obstante pacto dilationis ad consequendas annuas pensiones agere potest, ut ex *Neguzantio dict. loc. n. 9.* benè infert *D. Balthasar. loc. cit. tit. 9. resol. 2. n. 2. in fine*: Quæ limitatio tamen potiùs personam ipsius debitoris, quàm emptoris, aut tertij possessoris concernit. 18

Et hoc, quod pro tertio, & quarto casu, de debitore, qui post alienationem rei hypothecatæ, vel oppignoratæ annuos census solvit, vel creditori in certos annos dilationem concedit, modò diximus, non tantùm locum habet in præscriptione longi temporis, sed etiam temporis longissimi 30. vel 40. annorum, semper enim rationes à Doctoribus pro impedienda præscriptione allatæ locum habent, sive agamus de præscriptione ordinaria, sive de præscriptione extraordinaria, si ergò ponas, venditorem rei hypothecatæ creditori hypothecario venditionem ignoranti per 30. integros annos solvisse annuas pensiones, sive creditorem ex ignorantia rei venditæ debitori dilationem in triginta annos concessisse, tertius possessor bonæ fidei non præscribit juri pignoris, vel hypothecæ, prævalentibus ijsdem rationibus, quæ præscriptionem etiam in præscriptione longi temporis tantùm impediunt, ut benè advertit idem *Balthasar. loc. cit. vers: itáque in eo.* 19

Notabiliter tamen articulus solummodò loquitur de creditore distractionem, vel alienationem pignoris, aut hypothecæ ignorante, nam, si scivit, & tertium emptorem in mala fide non constituit, videtur possessionem juris pignoratitij, vel hypothecarij dimittere, ut contra ipsum præscriptio tertij possessoris rectè procedat, & hæc est substantia hujus articuli satìs difficilis, duæ tamen adhuc quæstiones examinandæ restant. Prima est, quid dicendum sit de illa opinione, quam plurimi Doctores tenent, quòd tempus præscriptionis non incipiat currere à die, quâ res ad tertium possessorem cum bona fide pervenit, sed primùm, quâ facta fuit excussio in bonis debitoris, & ipse inventus est minus habens. Nos Respondemus, hanc sententiam non esse probabilem, tametsi enim actio hypothecaria hodie in effectu non detur contra tertium possessorem nisi excusso debitore principali. *Auth: hodie Cod. de pignor.* adeóque ante illud tempus non debeat creditori, utpote impedito, sive agere non valenti, currere præscriptio, *dict. leg. 1. in fine. Cod. de ann. except.* tamen, cùm in potestate creditoris sit, agere, sive debitorem principalem excutere, quando voluerit. *l. purè. §. fin. ff. de except. dol. mal.* Excussio debitoris necessaria non est, cùm ipse creditor impedimentum pro suo arbitrio removere possit, &, si illud non facit, impeditus dici non potest. *l. qui potest facere. 13. ff. de R. J. Pinell. ad auth. tricennale. Cod. de bon. matern. n. 410. D. Rath. cit. dissert. Jurid. de potiss. differ. assert. 74. per totum*, & hæc opinio cum jure nostro statutario omninò convenit, quod in hoc articulo de Excussione principalis debitoris nec verbo mentionem facit, sed simpliciter, ut jam priùs exsplicatum est, statuit, ut præscriptio, sive die Ersitzung Nutz / vnnd Gewehr / incipiat à die,

(margin: 20 beside "Notabiliter tamen articulus solummodò loquitur de creditore distra-"; 21 beside "dicendum sit de illa opinione")

die, à quo emptori traditio rei venditæ facta fuerit, **nachdem jhme das erkauffte Guet eingeantwortet worden.**

22 Altera quæstio est, an hæc privilegiata, & abbreviata præscriptio, de qua in primo, & *2. Art. hujus Tit.* sermo est, tam quoad acquisitionem dominij, quàm quoad liberationem à nexu obligationis pignoris, & hypothecæ etiam locum habeat in rebus Ecclesiasticis? Illud equidem clarum est, quòd statutum laicale sacris Canonibus præjudicare non possit, maximè quoad dispositionem de rebus Ecclesiæ non alienandis, aut præscribendis. *Auth. Cassa. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* An autem illud etiam ex-
23 tendi debeat ad monasteria, & Ecclesias Collegiatas ad status Provinciales pertinentes, aliquando dubitatum fuit, ex ea ratione, quòd Prælati, Abbates, & Abbatissæ, nec non præpositi collegiatarum Ecclesiarum constituant primum, & principalem statum Provincialem in Provincijs nostris Bavaricis, cum quorum consensu, & approbatione statuta nostra Provincialia erecta fuerunt, ut consequenter ex proprio consensu, & approbatione ad hujus legis observationem videantur esse obligati, juxta ea, quæ allegata sunt in *2. semicent. controv. nostrar. controv. 15. n. 13.* Sed verius, & Catholicum esse judicamus, hoc statutum nostrum Provinciale Ecclesiastico statui Prælatorum, & Præpositorum nihil præjudicare. Ratio satis manifesta est, quia privilegium de non alienandis, & præscribendis rebus Ecclesiæ (saltem præscriptione ordinaria longi, vel longissimi temporis) non concessum est ipsis personis, sed Ecclesijs, *cap. significâsti. x. de foro. Compet.* Sicut igitur quilibet Prælatus, vel Præpositus, Abbas, vel Abbatissa eidem in particulari, & separatim contravenire non potest, ita nec omnes contravenire possunt conjunctim, & in corpore, de qua materia ad *Art. 4. & 6.* sermo redibit.

Der Dritte Articul.

WAs in den nechst vorgehenden beeden Articuln / von der Verjährung vnd Ersitzung Nutz vnd Gewehr geordnet ist / vnd die Zeit der Verjährung abkürtzet würdet / ist allein in den Käuffen / vnd nit auff andere Contráct zuverstehn / dann in andern Contrácten wird es bey Verordnung gemainer Kayserlichen Rechten gelassen.

SUMMARIUM.

1. Quæ præscriptio in permutatione, & alijs contractibus extra emptionem, vel venditionem locum habeat?

1 ISte articulus in præcedentibus jam satis exsplicatus est, cùm privilegium præscriptionis abbreviatæ soli contractui emptionis, & venditionis utpote frequentiori, & in bona fide magis exuberanti, non autem reliquis contractibus, qui vel omninò stricti juris sunt, vel certè in bona fide non ita exuberant, sicut emptio, & venditio, concessum est, ex quo sequitur, quòd, si titulo permutationis, in solutum dationis, vel simili in me aliquam rem transtuleris, ego illam non aliter præscribere possim, quàm decem annis inter præsentes, & viginti annis inter absentes: Similiter, si talis res alteri jure pignoris, aut hypothecæ fuerit obligata, quòd eam non nisi quadragenaria præscriptione ab hoc onere liberare possim, præsupposita semper bona fide, quæ quidem in quadragenaria præscriptione præsumitur, si autem de contrario, & mala fide constet, de jure Canonico nec quadragenaria præscriptio, nec immemorialis sufficit, ut omnia jam satis exsplicavimus.

Der

Der Vierdte Articul.

Welches Closter oder Gottshauß eines Guets / so nit Lehen / noch sonsten von einem Grundt-Herrn / demselben verstifft / sonder jhme zu einem Seelgeraith geben worden / im Innhaben ist / Soll es ebenfahls Nutz vnd Gewehr ersitzen / aller massen es jhme wäre verkaufft worden.

SUMMARIA.

1. & 2. Quid sint, die Seelgeraith?

3. Quo tempore selgeraidæ, de quibus hîc sermo est, præscribantur?

4. Loquendo de præscriptione Ecclesiæ, cui relictæ sunt?

5. An distinquendũ etiam sit inter contractum emptionis, & alios?

6. Quid si monasterio, vel pio loco notum fuerit, rem pro salute animæ datam, alienam esse?

7. 8. & 9. Quid si res feudalis pro salute animæ in selgeraidam fuerit data?

10. Quid si feudum impropriũ, seu bursaticum in selgeraidam detur?

11. Quid in curia nostra feudali moris sit?

12. An res Emphyteuticæ in selgeraidam dari possint?

13. Quid si res hypothecata, vel pignori data in selgeraidam concedatur, an, & quo tempore pignori præscribatur?

14. An supradicti 4. casus etiam impediant præscriptionem selgeraidæ?

15. An, quæ hîc de Emphyteusi dicuntur, etiam intelligenda sint de vitalitio, & precario alterato in selgeraidam dato?

16. Quomodò selgeraida ab alio tertio possessore pro libera præscribi possit?

17. Quanta præscriptio requiratur contra Ecclesiam Romanam, & in rebus Monasteriorum S. Benedicti, & Cistercienslum?

18. Quomodò una Ecclesia contra aliam præscribat?

VErbum, Seelgeraith / de quo articulus noster inscribitur, nihil aliud significat, quàm rem, quæ alicui Ecclesiæ, vel Monasterio pro salu- 1
te animæ conceditur, vel relinquitur, habemus quidem alium titulum, in 2
der Lands-vnd Pollicey-Ordnung / *Lib. 3. Tit. 9.* qui inscribitur, von den Seelgeraithen / quæ ibidem aliud nihil sunt, quàm expensæ, quæ tempore funerum, nuptiarum, & similium festivitatum, vel pro administrandis Sacramentis, &c, ut vocant, juribus stolæ solvuntur Parochis, aliisque ministris Parochialibus, in quarum exactione, ut jam alibi conquesti sumus, contra conventionem cum ordinarijs locorum solenniter initam, ferè ubique locorum pro lubitu ministrorum Ecclesiæ omni conventione, præscriptione, antiqua observantia, & consuetudine sus déque habita intolerabiles ferè excessus fiunt, qui maximè his turbulentis temporibus, ubi miseri subditi aliàs satis gravati sunt, severam castigationem merentur. Remedia communiter vocant, quæ reverà propter exorbitantiam remedio opus habent. Sed de his hic loci sermo non est, fortè alibi rediturus. De prioribus selgeraidis
quæritur, quo tempore præscribantur? Et Respondemus, quæstionem du- 3
plicem esse, prima est, quo tempore Ecclesia, Monasterium, vel alius quivis locus pius rem alienam præscribat, quæ sibi pro salute animæ data, vel relicta est; Altera quæstio est, si res pro salute animæ data, vel relicta in manus alicujus tertij possessoris justo titulo, & bona fide devenerit, quo tempore talis possessor, contra Ecclesiam, vel alium pium locum præscri-
bat? De prima quæstione loquuntur propriè statuta nostra Bavarica. Et 4
quidem antiquiora de Anno 1588. *Tit. 23. Artic. 8.* statuunt, quod quælibet Ecclesia, vel Monasterium, sein Seelgeraith / id est rem pro salute a-

nimæ deputatam intra annum, & diem, & insuper sex septimanas præscribat, quæ præscriptio jam habetur in antiquissimis statutis Bavariæ de Anno 1384. *cap. 25. vers. tertiò.* Articulus verò præsens præscriptionem hanc privilegiatam reduxit ad tempus abbreviatæ præscriptionis ordinariæ, nempè ad quinque annos inter præsentes, & decem annos inter absentes.

5 Illud autem notandum est primò, quòd, licèt statutaria nostra abbreviata præscriptio per superiùs dicta tantùm locum habeat in contractu emptionis, & venditionis, tamen præscriptio hæc statutaria datorum, vel relictorum pro salute animæ, in omni alio contractu oneroso, vel gratuito, imò etiam in actibus ultimæ voluntatis obtineat, prout verba id clarè innuunt; Quia nihil aliud requirunt, quàm accedente bona fide cum titulo quietam possessionem quinque annorum inter præsentes, & decem inter absentes, quibus elapsis præscriptio completa est, ut verba sonant, quasi res per emptionem, & venditionem ad Ecclesiam devenisset: Ratio hujus rei est, quia, si in datis, & relictis pro salute animæ Constitutiones nostræ Provinciales tantùm voluissent admittere titulum emptionis, & venditionis, ista dispositio favorabilis pro pijs causis facta, ferè nunquam sortita fuisset suum effectum, cùm ea, quæ pro salute animæ dantur, rarò in contractum emptionis, & venditionis, aut alium onerosum, sed plerúmque tantùm in contractum, & actum gratuitum, V. G. donationis inter vivos, vel mortis causâ, legatum, fideicommissum, vel similes deducantur, ut ita, quod priùs favore exuberantis bonæ fidei ad solum contractum emptionis, & venditionis restrictum fuit, hìc favore piæ causæ ad omnes alios contractus, & actus inter vivos, & mortis causâ extensum fuerit. Vid. *Tyraquell. de privil. piæ causæ in præf. vers: item relictum pro anima.*

6 Quid si autem Monasterio, vel Ecclesiæ, aut alteri cuivis pio loco cognitum fuerit, quòd res pro salute animæ data sit aliena, anne nihilominùs præscriptio statutaria procedit? Ratio dubitandi est, quia antiqua statuta Bavarica loco citato, ex quibus hic articulus desumptus est, nihil aliud, quàm quietam possessionem per annum, & diem, & alias desuper sex hebdomades requirunt, præsertim, cùm verus rei pro salute animæ datæ dominus contra illum, qui rem pro salute animæ constituit, regressum habere possit. Sed respondemus, nudam possessionem per quinquenniũ inter præsentes, vel decennium inter absentes non sufficere, sed ex parte piæ causæ etiam requiri titulum, & bonam fidem: Ratio est, quia in omni præscriptione longi temporis, ut supra deduximus, titulus, & bona fides requiritur, & quidem ex parte piæ causæ eò magis, quò illa ad exonerandam conscientiam, & vitandum peccatum, quod ex mala fide oritur, ad constitutiones Canonicas magis, quam laici, & profani obligata est.

7 Excipitur tamen ab hac præscriptione primò, si res feudalis pro salute animæ data fuerit, quia feuda præscribi non possunt, etiamsi pro salute animæ relicta sint sine permissione dominorum, ad quos feuda spectare dignoscuntur, textus est clarus in *cap. 1. de prohib. alien. feud. per Frider. in usibus feud.* Ubi disponitur, quòd ejusmodi alienationes sint illicitæ, & prorsùs irritæ nullius temporis præscriptione confirmandæ, per rationem ibidem appositam, quòd tractu temporis non convalescant, quæ ab initio de jure non valuerunt. Additur in *dict. l. Friderici*, quòd tabellio, qui ejusmodi instrumentum scribere præsumit, cum infamia privari debeat officio, & manum amittat.

8 Dices, in *Art. 1. hujus Tit.* dictum esse, quòd quilibet emptor privatus bonum sibi venditum, sive allodiale, sive NB. feudale sit, præscribere possit contra præsentes quinquennio, & contra absentes decennio, ergò etiam, & multò magis Ecclesia, Monasterium, vel alia pia causa bonum

feuda-

feudale eodem ſpatio temporis abbreviati præſcribere poterit : Reſpondemus , textum in *Artic. 1. hujus Tituli*, ut ibidem exſplicavimus, loqui de præſcriptione tertij privati poſſeſſoris contra alium privatum , qui rem jure dominij prætendit , non de præſcriptione contra dominum feudi , de qua alio loco dicemus. Hic autem articulus ex *l. Friderici*, in uſibus feudorum agit de re feudali contra dominum impræſcriptibili : Ratio differentiæ clara eſt, quia in caſu *Art. 1.* domino feudum non intervertitur , ſed per præſcriptionem quinquennij inter præſentes, & decennij inter abſentes tantùm alius vaſallus ſurrogatur , quod adhuc tolerabile eſt , caſus autem præſentis articuli longè diverſus eſt, cùm quæſtio in eo conſiſtat, an res feudalis Eccleſiæ, Monaſterio , vel alteri pio loco data tanquam allodiale præſcribi poſſit contra dominum , ſine cujus præſcitu quocunque actu , ſive contractu inter vivos , vel mortis causâ pro ſalute animæ inſcio domino translata eſt ; Et hoc negat præſens articulus noſter convenienter conſtitutioni Friderici , ubi in ſpecie prohibitionem alienationis rei feudalis etiam pro anima ſine permiſſione domini improbat in verbis , *vel pro anima judicare*, quod verbum *judicare* gloſſ: *ſub litt. B.* exſplicat pro verbo *alienare*, de qua materia, ut promiſimus, alibi fuſiùs dicemus.

Inſtabis, ſi cuilibet privato rem feudalem ſibi venditam permiſſum eſt, 9
præſcribere quinquennio inter præſentes, & decennio inter abſentes, modò , ut ad *Art. 1.* explicavimus , tertius privatus poſſeſſor non præſcribat rem , ut allodialem , & propriam , ſed ut feudalem , ita ut domino feudi nihil decedat , ſed ſolum jus vaſallagij in aliam perſonam tranſeat , cur non idem etiam de Eccleſia , Monaſterio , vel alio quovis pio loco dici poſſit , quòd domino nihil decedat , ſi ijſdem bona feudalia pro ſalute animæ relinquantur. Reſpondemus , Eccleſias , Monaſteria , & alia loca pia feudorum eſſe 10
incapacia, ita ut, ſi feudum equeſtre pro ſalute animæ detur , illa ſervitia equeſtria præſtare non poſſint , ſi autem feuda impropria , & burſatica , die Beütel-Lehen / pro ſalute animæ ad locum pium ſine permiſſione domini transferantur , talis translatio , ſive conceſſio propterea non tenet , quia talia bona feudalia deveniunt ad manus mortuas , ex quibus nulla eſt redemptio. Niſi *Articulus 1.* expreſsè ſtatuiſſet , quòd tertius poſſeſſor bonæ fidei rem feudalem , ut feudalem contra vaſallum privatum alienatorem reſpectivè tempore quinquennij , vel decennij præſcribere poſſit , illud planè ex conſtitutione Friderici judicaviſſemus prorsùs nullum, & illicitum , cùm noſtra ſtatuta Provincialia actum alienationis rerum feudalium ſine præſcitu , & conſenſu domini factum æquè prorsùs irritent , & annullent , quàm conſtitutio Friderici , cum qua optimo jure dicere poſſemus , quod ab initio de jure non valuit , convaleſcere non potuit.

In curia noſtra feudali hoc moris , & conſuetudinis eſt, ut ſemper de- 11
negetur conſenſus domini , quando petitur pro alienatione feudi non tantùm in Eccleſias , Monaſteria , & alia pia loca , ſed etiam in univerſitates , vel communitates, ex prædicta ratione, quòd ſint manus mortuæ, & cauſa domini reddatur deterior, eò quòd tale feudum nunquam fiat apertum, imò rariſſimè caducum ; Quia pia loca , univerſitates , & communitates ferè ſemper reſtituuntur in integrum. Imò, ſi bonum aliquod feudale per ſucceſſionem ab inteſtato , vel ex teſtamento defertur ad locum pium , vel communitatem , non conceditur illis inveſtitura , ſed aſſignatur breve tempus , intra quod rem feudalem in perſonam capacem alienent, & pecuniam inde redactam in ſuam utilitatem impendant.

Notandum eſt ſecundò , tametſi Reformatio Bavarica de Anno 1588. 12
Tit. 23. Art. 8. tantùm loquatur de rebus feudalibus exceptis , quòd tamen nova ſtatuta noſtra Bavarica in præſenti articulo etiam rei Emphyteuticæ translationem pro ſalute animæ improbent. Ratio eſt , quia feudalia , &

Emphyteutica bona in hoc æquiparantur, ut, ſicut feudum ſinè præſcitu, & conſenſu domini alienari non poteſt, ita nec Emphyteuſis; Si igitur Emphyteuſis pro ſalute animæ Eccleſiæ, Monaſterio, vel alteri pio loco quocunque titulo, ignorante & diſſentiente domino concedatur, vel relinquatur, inutilis eſt talis translatio, nec domino præjudicare poteſt, tametſi ordinario, imò etiam longiſſimo præſcriptionis tempore res Emphyteutica poſſeſſa fuerit, de quo tamen alibi ſuſiùs diſputabimus.

13 Circa hanc materiam autem de præſcriptione rerum pro ſalute animæ conceſſarum, vel relictarum adhuc duplex quæſtio oritur: Prima eſt, cùm articulus tantùm loquatur de præſcriptione rei, quæ pro ſalute animæ data eſt, non autem de præſcriptione juris pignoris, & hypothecæ, ſi res in Selgeraidam conceſſa tali affecta ſit, an etiam pia loca ſe præſcriptione quinquennij inter præſentes, vel decennij inter abſentes ab ejuſmodi nexu pignoris, vel hypothecæ liberare poſſint? Et putamus, quòd ſic: Ratio eſt, quia articulus notabiliter dicit, quòd in ſelgeraida procedat præſcriptio in favorem piorum locorum, ſicut procedit ex jure noſtro ſtatutario in re per contractum emptionis, & venditionis in alium translata, atqui præſcriptio quinquennij, vel decennij non tantùm pro ipſo dominio rei venditæ, ſed etiam pro illius liberatione à nexu pignoris, vel hypothecæ procedit, ergò etiam ſic procedere debet in præſcriptione ſelgeraidæ à nexu pignoris, vel hypothecæ liberandæ.

14 Altera quæſtio eſt, an etiam ſupradicti quatuor caſus impediant præſcriptionem in ſelgeraida à jure pignoris, vel hypothecæ liberanda? Et putamus, quòd ſic, quia rationes, quæ militant in præſcriptione privatæ alicujus perſonæ, illæ etiam militant in præſcriptione piorum locorum: Non eſt igitur mirum, ſi in utroque æquale jus ſtatuamus, &, ſicut ultima verba hujus articuli, **allermaſſen es jhme wäre verkaufft worden** / hactenùs in favorabilibus pro pijs cauſis in præſcriptione ſelgeraidæ exſplicavimus, ita etiam pati debent, ut reciprocè ſic argumentemur, in re vendita nexu pignoris, vel hypothecæ affecta in allegatis quatuor caſibus præſcriptio pro liberatione locum non habet, ergò etiam non habet in præſcriptione rei in ſelgeraidam datæ: Sufficere debet pijs cauſis, ut id, quod ſolùm in emptione, & venditione pro abbreviatione temporis indultum fuit, pijs cauſis ex ſpeciali privilegio etiam ad reliquos contractus extenſum fuerit.

15 Et hæc, quæ dicta ſunt de Emphyteuſi, etiam de alijs juribus realibus, quibus coloni, & ruſtici gaudent, intelligenda ſunt, ſcilicet de Emphyteuſi modali, **der veranlaithen Frey-Stifft / oder Herrn-Gunſt** / de jure vitalitio, **dem Leib-Recht** / ſive Emphyteuſi ad dies vitæ, quia in omnibus his jurium realium ſpeciebus, ubi dominium directum manet penes concedentem, & Emphyteuta, ſive colonus obligationem habet, dominiũ ſuum utile, **ſein Gerechtigkeit** / non niſi cum conſenſu domini directi alienandi, ergò eadem prohibitionis ratio ſubeſt. Hactenùs dicta concernunt primum membrum noſtri articuli, quando nimirum agitur de præſcriptione piæ cauſæ pro re aliena in ſelgeraidam conſtituta.

16 Alterum membrum adhuc ſupereſt, quomodò res, quæ pro ſalute animæ in ſelgeraidam loco pio data eſt, iterum ab alio tertio poſſeſſore pro libera præſcribi poſſit? Et hæc quæſtio dependet ab ea, quam jam examinavimus ad *Artic. 2.* ubi generalis Regula conſtituta eſt, quòd contra Eccleſiam, vel quemvis alium pium locum (non contra clericum, aut aliam perſonam Eccleſiaſticam. *Tyraquell. de præſcr. §. 1. gl. 10. in f.*) in bonis ac rebus immobilibus minor præſcriptio non admittatur, quàm quadraginta annorum, *cap. neque decennij. cauſa. 19. quæſt. 4. Auth: quas actiones. Cod. de Sacroſanct. Eccleſ. & alijs pluribus locis*, videatur *Covar. in relectione. cap. poſſeſſor. part. 2. §. 2. n. 3. de R. J. in 6. Tyraquell. præſcript. gl. 10.* Quæ præſcri-

ſcriptio in quibuſdam alijs cauſis, & locis pijs etiam ulteriùs extenſa eſt; V. G. in Eccleſia Romana, contra quam nulla alia præſcriptio currit, niſi centenaria, *cap. cùm vobis. x. de præſcript. Auth: quas actiones. Cod. de Sacroſ. Eccleſ. Covar. loc. cit. n. 6. & 9.* In rebus ad Monaſteria ordinis San- 17
cti Benedicti pertinentibus, in quibus ſexagenaria præſcriptio requiritur, & in rebus ordinum mendicantium, qui gaudent privilegio Eccleſiæ Romanæ, ut non niſi centenaria præſcriptio ipſis officiat, quæ etiam ſucceſſu temporis ad Monaſteria ordinis S. Bernhardi Ciſtercienſium per communionem extenſa eſt: De quibus videri poteſt *Joan. Baptiſt. Confertius. in privil. ord. frat. mend. & non mendic. tit. 12.* Quem allegat *D. Rath. in tractatu de uſuc. cap. 5. aſſert. 35.* Et quamvìs aliquæ exceptiones, & limitationes contra modò poſitam regulam admittantur, ut videri poteſt apud *Franciſc. Balb. de præſcript. 1. part. 5. princ. quæſt. 1. ferè per totum*, de illis tamen uberiùs diſputare nolumus, cùm articulus noſter harum exceptionum, ſive limitationum nullam mentionem faciat: Duo ſolùm addentes, quòd nec Eccleſia, Monaſteriũ, vel pia cauſa, hodierno jure contra aliam, minore tempore præſcribat, niſi quadraginta annis, *cap. illud. x. de præſcript. Rath. de uſucap. cap. 5. aſſert. 33.* Et quòd privatus rem cum Eccleſia communem, 18
& indiviſibilem poſſidens, etiam privilegio Eccleſiæ gaudeat. *Balb. loc. cit. quæſt. 4.* Sicut etiam in eo, qui contra privatum præſcribere incepit, dominio poſtmodùm ad Eccleſiam delato ſuperfluo tempore præſcriptio Eccleſiaſtica requiritur. *Everh. in topicis loco. à toto ad partem. 8. n. 5.*

Der Fünffte Articul.

Wo Geschwistergith ungethailt seyn / unnd under jhnen jhrer aines Nutz und Gewehr innen hat / das soll den andern Kinderen an jhrem Vätter- und Mütterlichen Erb unschädlich seyn.

SUMMARIA.

1. *An unus ex pluribus liberis hæreditatem communem contra alios præſcribere poſſit?*
2. *Quid ſi quis neſciat, ſibi fratrem, vel ſororem契 ſupereſſe?*
3. *Quomodò intelligenda ſit l. recuſari. 95. ff. de aquir. vel ommitt. hæredit.*
4. *Quanto tempore præſcribatur actioni fam. hercíſ.*
5. *An poſt centum annos diviſio locum habeat, ſi hæredes ſemper in communione fuerint?*
6. *Quid ſi autem unus poſſidens hæreditatem ſemper putaverit, ſe ſolum eſſe hæredem, & nihil de fratribus ſciverit?*

PRoponitur in hoc articulo quæſtio, ſi pluribus liberis relinquatur hæreditas, an unus ex ijs hæreditatem poſſidens contra reliquos fratres, vel ſorores præſcribere poſſit? Deſumptus eſt hic articulus ex Reformatione de Anno 1588. *Tit. 23.* de verbo ad verbum tam quoad rubrum, quàm quoad nigrum; Et quia in nigro verba expreſsè ſonant, das ein Geschwistert wider das ander Nutz / und Gewehr nit ersitzen mög / ſatìs clarum eſt, quòd agatur de præſcriptione: Aliud enim eſt dicere, Nutz / und Gewehr ersessen / & aliud, in Nutz/ und Gewehr sitzen / prius præſupponit, rem eſſe præſcriptam, poſterius, aliquem in conditione præſcribendi conſtitutum eſſe, cùm ergò articulus dicat, unum ex liberis hæredibus non poſſe contra reliquos in bonis paternis, & maternis, Nutz/ und Gewehr ersitzen / clarè innuit, liberis inter ſe quoad hæreditatem paternam, & maternam, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato delatam præſcriptionem non competere: Et licèt videatur articulus tantùm loqui de præſcriptione ordinaria, ſive longi 1

 tem-

temporis, tamen idem dicendum eſt de præſcriptione longiſſimi temporis, quando quis hæreditatem ſolus poſſidet, & ſcit, ſe alios fratres, & ſorores habere, quos cohæredes admittere debet, ſive in partes æquales, ſive ad minimum pro legitima, qui eſt in mala fide, & ſic de jure Canonico nullo unquam tempore præſcribit.

2 Dices, poſſe contingere, ut quis neſciat, ſe fratrem, aut ſororem habere, & proindè in bona fide ſit: V. G. Si parentes peregrè profecti longo, vel longiſſimo tempore abſint, & ignorante filio domi relicto unum, vel plures filios alibi ſuſceperint, qui poſt mortem parentum in Patriam reverſi diviſionem hæreditatis paternæ, vel maternæ cum fratre ſuo domi relicto petant, annè frater ijſdem præſcriptionem objicere poſſit? Ad quod paulò poſt reſpondebimus, quando hanc quæſtionem examinaturi ſumus, an, & quo tempore actioni familiæ herciſcundæ præſcribi poſſit: Interim non malè auguramur, quòd articulus noſter non ſolùm prohibitionem præſcriptionis complecti, ſed etiam excludere voluerit præſumptionem, de qua agitur in *l. recuſari. 95. ff. de acquir. vel ommitt. hæred.* In qua diſponitur, quòd recuſatio hæreditatis delatæ non tantùm verbis expreſſis, ſed etiam re, aut alio quovis judicio voluntatis fieri poſſit: Si enim fratres, & ſorores unum ex liberis ſolum in longa, vel longiſſima quieta poſſeſſione hæreditatis, ſine provocatione ad judicium diviſionis, ſive familiæ herciſcundæ permittant, quid aliud præſumi, vel judicari poteſt, quàm quòd portionibus ſuis hæreditarijs renunciare voluerint? Sed cùm renunciatio tam parùm præſumatur, quàm donatio, quia nemo niſi inſanus præſumitur ſuum jactare velle, maximè quando agitur de magno præjudicio, amiſſione ſcilicet paternæ, vel maternæ hæreditatis, ideò videtur articulus noſter ſimul, & præſcriptionem, & vanam donationis, ſive renunciationis præſumptionem improbare.

3 Quod in *dict. l. recuſari.* dicitur, repudiationem hæreditatis non modò verbis, ſed etiam re, & quovis indicio voluntatis fieri poſſe, id in ſano ſenſu ſic intelligendum eſt, ut talis actus poſitivus interveniat, ex quo nulla alia conjectura oriri poſſit, quàm quòd hæres voluerit ſe abdicare hæreditate patris, & matris ſuæ; Sola autem negligentia, aut diuturna patientia fratrum, aut ſororum, talis actus poſitivus non eſt, qui neceſſariò renunciationem, aut amiſſionem juris ſibi competentis importet; Nam taciturnitate, & patientia nemo ſibi præjudicat, aut beneficio competenti renunciat, *l. cùm oportet. 6. §. cùm autem. 3. Cod. de bonis, quæ liberis.*

4 Nunc redeundo ad priorem quæſtionem, an ergo, & quo tempore actioni familiæ herciſcundæ præſcribi poſſit? Reſpondemus, titulum pro hærede circa rem, quæ in hæreditate invenitur, bona fide à defuncto poſſeſſam, juſtam & legitimam cauſam uſucapiendi præbere, quod enim defunctus potuit, ejus quoque hæres uſucapere poteſt, cùm ſit eadem cum defuncto perſona, idémque jus habeat: *tot. tit. Cod. de uſucap. pro hæred.* At uſucapio, ſive præſcriptio ſub titulo pro hærede non competit contra cohæredem neceſſarium, *l. nihil. 2. Cod. eod.* Ubi dicitur, nihil pro hærede poſſe uſucapi ſuis hæredibus exiſtentibus, magìs obtinuit; Ergò, quando negotium eſt inter fratres, & ſorores, unius poſſeſſio adversùs alterum non proficit, cùm enim omnes hæredes neceſſarij ſint, & quaſi cum patre vivo jam rerum paternarum domini. *l. 2. §. quod vulgò. ff. de uſucap. pro hærede*, &, ut *Perez.* dicit *ad tit. Cod. pro hærede. n. 4.* dominium bonorũ patris in ſuos, & neceſſarios hæredes continuetur, ut nulla videatur hæreditas fuiſſe, nec hæredes novum titulum poſt mortem patris videantur conſequi, qui eo vivo quodamodò domini cenſebantur. Ideò mortuo parente, antequàm actualiter dividant, in communione manent, durante autem communione

nulla

nulla currit præscriptio, nec longi, nec longissimi temporis. *Balb. de præscript. 4. part. 4. princ. quæst. 13. n. 2.* Et huc respexisse videtur articulus noster, qui fratribus, & sororibus sub titulo pro hærede nullam præscriptionem admittit, cùm enim omnes æquali jure succedant, & ante divisionem quasi in communione, & societate sint, tam parùm unus contra alium præscribere potest, quàm parùm socius contra socium, quia, qui in possessione est, non solùm suo, sed etiam cohæredum nomine possidet, & ideò, si divisio per 30. annos, & plures non fuit petita, nulla præscriptio facta est, sed judicium familiæ herciscundæ, sive divisorium semper adhuc intentari potest, cùm unus possidens etiam cœteris cohæredibus in communione existentibus jus suum in salvo retinuerit.

Non ita pridem consultus fui inter cœtera, an, si hæredes plures in 5
communione alicujus boni ultra centum annos, & quasi ab immemoriali tempore constituti fuerint, habend pro indiviso besessen / possint adhuc ad judicium divisorium provocare? Causam dedit diversitas hæredum stantium in communione, quia quarta pars illius boni fuit feudalis, tres autem reliquæ partes, quæ ad alios agnatos pertinebant, erant allodiales. Respondi, non obstante tempore immemoriali provocationi ad divisionem locum esse: Ratio est, quia, quamdiu plures stant in communione alicujus boni, unus recognoscit alterum in socium, ergò impossibile est, quòd currat præscriptio. *l. cùm notissimi juris. 7. & l. malè agitur. 2 Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Ubi dicitur, quòd is, qui possidet alijs, non præscribat sibi, deinde præscriptio est inducta ad lites tollendas, & dirimendas. *l. fin. ff. pro socio.* Sed, si per longissimam, centenariam, vel immemorialem præscriptionem talis possit induci communio, ut quis ampliùs divisionem petere nequeat, præscriptio operaretur effectum contrarium, quia lites non tolleret, sed augeret, cùm proprium sit communionis, & societatis, ut lites, & discordias pariat. *l. cùm pater. 77. §. dulcissimis fratribus. 20. ff. de legatis. 2.* Cùm homines ad dissentiendum naturaliter sint faciles. *l. idem. 17. §. principaliter. 6. ff. de Recept.* Et naturale vitium sit, negligi, quod commune est. *l. 2. §. naturale. Cod. quando, & quibus quarta, &c.* Deinde in præscribendis juribus negativis non currit præscriptio nisi à tempore contradictionis. *l. qui luminibus. ff. de servit. urb. præd. & l. 1. Cod. de serv. & aqua.* Atqui sola communio non parit contradictionem, sive adversarium, ergò etiam non parit præscriptionem. Et hinc est, quòd doctores velint, quòd pactum de nunquam dividendo etiam juratum non valeat, nec testatoris dispositio, ut ejus hæredes perpetuò stent in communione, si ergò non potest induci per pactum, vel ultimam voluntatem, ut nunquam fiat divisio, ergò nec per præscriptionem. Manet igitur firma resolutio, quòd unus ex filijs, quamdiu hæreditas non est divisa, illam præscribere non possit, quia cum reliquis suis confratribus, & sororibus in communione est, & hæreditatem communi nomine possidet.

Dices, hactenùs dicta tantùm hoc probare, quòd is, qui scit, se fra- 6
tres, & sorores cohæredes habere necessarios, non tantùm ex capite malæ fidei præscribere non possit, sed, cùm unus solus possidens censeatur omnium cohæredum nomine possidere, illis semper liberum sit, nullo etiam longissimi, vel immemorialis temporis cursu obstante ad divisionem provocare, sed quòd ille, qui in bona fide est, & nescit, se fratres, & sorores cohæredes habere, possidendo hæreditatem præscribere non possit, id rationes à nobis allatas non convincere. Respondemus, quòd titulus pro hærede solummodò habilis sit ad præscriptionem rerum singularium in hæreditate repertarum, non ad præscribendam ipsam hæreditatem, sive jus universale hæreditatis contra legitimos, & necessarios cohæredes in pari conditione constitutos, *Wesenb. in parat. ad tit. 5. ff. pro hæred. Colleg. Argent. ibid. n. 9.*

qui

qui igitur putat, falsa opinione seductus, se fratrem, & sororem non habere, sed solum hæredem esse, verum titulum non habet, sed solùm erroneam existimationem, Idem *Colleg. Argent. ad dict. tit. n. 1.* quæ ad præscriptionẽ inutilis est, deficit etiam ipsa possessio, & consequenter omnis præscriptio, quia sine possessione nemo præscribit: Deinde præsupponimus, filium domi relictum possedisse patrimonium paternum, & maternum parentibus adhuc in vivis, sed peregrè existentibus, pro hærede; At præscribere tamdiu nemo potest, quamdiu is, de cujus hæreditate agitur, defunctus non est, nec sufficit præscribendi hæc falsa opinio, quòd parentes præmortuos putaverit, cùm ad justam possessionis apprehensionem ejusmodi imaginaria impressio nihil contribuat. *l. 1. ff. pro hærede*, ubi Pomponius dicit, pro hærede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortuũ rem fuisse existimaverit, ubi glossa dicit, titulus putativus pro hærede non sufficit ad usucapiendum, si adhuc vivit, cujus se possessor hæredem gerit. Concludimus ergò, unum ex fratribus, vel sororibus hæreditatem paternam, vel maternam solum possidentem, cœteris confratribus, & sororibus neque præscriptione longi, neque longissimi temporis præjudicare posse, tam ob defectum bonæ fidei, quàm justi tituli, & legitimæ possessionis, sed ipsis semper liberum esse ad divisionem provocare.

Der Sechste Articul.

WElcher fahrende Haab mit guetem Glauben vnd Titul für sein Aigen jnn hat drey Jahr / der hat gegen männiglich jnner vnnd ausser Lands / Nutz vnd Gewehr ersessen / vnnd soll darumb jemandt zeantworten weiter nit schuldig seyn; Wann aber solche fahrende Haab einem anderen verpfändt ist / so ersitzt der Innhaber Nutz vnd Gewehr wider die Verpfändtung bälder nit / dann in fünff Jahren gegen dem / der im Land ist / vnd in zehen Jahren gegem dem / welcher ist ausser Lands.

SUMMARIA.

1. *Quanto tempore præscribantur res mobiles?*
2. *Quæ sit ratio, quòd citiùs præscribantur, quàm immobiles?*
3. *An in præscriptione mobilium distinctio sit inter præsentes, & absentes?*
4. *An etiam res mobiles Ecclesiarum, & piarum causarum triennio præscribantur?*
5. *An etiam mobilia Ecclesiæ Romanæ?*
6. *An deficiente titulo in rebus mobilibus locum habeat præscriptio 30. annorum?*
7. *An triennio in re mobili præscribatur pignori?*
8. *An triennium pro præscriptione dominij imputetur etiam pro præscriptione pignoris?*
9. *Quare jura nostra Patria abbreviaverint præscriptionem in immobilibus, & non etiam in mobilibus?*
10. *Et quare in mobilibus non fiat distinctio inter absentes, & præsentes?*

1 EGimus hactenùs de præscriptione longi temporis rerum immobilium, & juri pignoris, vel hypothecæ ijsdem inhærente: Nunc agit articulus noster de præscriptione rerum mobilium inverso aliquo modo ordine, cùm aliàs de jure communi rerum mobilium præscriptio sit quasi prima, cùm sit reliquis brevior: Sicut igitur de jure communi res omnes mobiles cum titulo, & bona fide præscribuntur triennio, ita etiam de jure nostro statutario tempus triennij cum titulo, & bona fide requiritur. Quare autem

tem in rebus mobilibus brevius ſpatium temporis ſufficiat, quàm in rebus immobilibus, Ratio non deſumenda eſt ex pretioſitate rerum, cùm ſæpiſſi- 2
mè res mobiles, utpotè gemmæ, margaritæ, cleinodia, vaſa aurea, & argentea longè pretioſiora eſſe poſſint, quàm unius, vel alterius fundi, aut juris cujuſdam incorporalis æſtimatio; Sed propterea, quia mobilia plerúmque conſervantur domi ſub uno tecto in hac, vel altera ciſta, immobilia autem bona in diverſis locis diſſipata ſunt, ut in ijs conſervandis, & luſtrandis tanta diligentia, & opportunitas in promptu non ſit, ſicut in mobilibus pretioſis domi præſentibus, & quaſi quotidianis oculis, ſi non etiam quotidiano uſui expoſitis, nulla igitur ratio habenda eſt pretioſitatis, nam, quia duæ cauſæ ſunt juſtificandæ præſcriptionis, prima, ut aliquando ſit litium finis, & poſſeſſor de re ſua ſecurus, deinde ut puniatur negligentia illius, qui ſtatum rerum ſuarum non exactè obſervat, utique dominus magìs culpoſus, & negligens eſt, qui rei mobilis, quæ quotidiè ob oculos verſatur, abſentiam, & defectum non obſervat, quàm rei immobilis longiùs diſſitæ: Quamvìs & hæc ratio imbecillis ſit, cùm res mobiles, quò pretioſiores ſunt, eò magìs occultentur, & domino jus ſuum perſequendi difficilius reddatur. Sufficere igitur nobis debet, ita jure conſtitutum eſſe, *§. 1. Inſt. de uſuc. l. un. Cod. de uſuc. transform.*

In præſcriptione autem rerum mobilium nulla diſtinctio facienda eſt 3
inter præſentes, & abſentes, ſed illa ſimpliciter procedit, ſive quis in patria verſetur, ſive extra patriam ſit, juxta verba, **der hat gegen Männiglich Inner, oder auſſer Lands Nutz / vnd Gewehr erſeſſen.**

Sed an hæc præſcriptio triennalis etiam in rebus mobilibus Eccleſiæ lo- 4
cum habeat? Diverſa eſt inter Doctores opinio, pleríſque id negantibus. Videatur *Azor. Inſt. moral. part. 3. lib. 1. cap. 22. Hoſtien. in cap. 1. x. de in integr. reſtitut. Leſſius. de Juſt. & Jur. lib. 2. cap. 6. dub. 7. n. 22. Covar. ad cap. poſſeſſor. part. 2. §. 2. n. 5. de R. J. in 6. Laiman. Theol. Moral. lib. 3. tract. 1. cap. 8. n. 13. Perez. ad tit. Cod. ne rei domin. n. 4.* Ubi dicit, res & actiones pijs locis competentes gaudent beneficio quadraginta annorum, nec diſtingui res ſoli à mobilibus, nec actiones in rem, ab ijs, quæ ſunt in perſonam, quoniam Canones diſtinctionem nullam faciunt; Sed, cùm Auth: *quas actiones. Cod. de Sacroſanct. Eccleſ.* ab hoc privilegio præſcriptionis quadragenariæ contra Eccleſias, & alia pia loca conceſſo præſcriptionem triennij per expreſſum excipiat, & textus in *Can. jubemus. §. de præſcript. 16. quæſt. 3.* ab hac authentica non videatur differre, puto, alios non malè ſentire, qui generalitatem. *cap. illud. 8. x. de præſcriptionibus.* ad ſolas res immobiles reſtringunt, cùm ibidem tantùm improbentur Canones, qui quadragenariam Eccleſiæ præſcriptionem in triennalem tranſmutârunt, de triennali autem rerum mobilium præſcriptione, *cap. illud. 8. x. de præſcript.* nihil dicit. Videatur *Molina de Juſt. & Jur. tract. 2. diſput. 68. n. 2. Dennich. de uſuc. cap. 2. aſſert. 18.* Quam opinionem *Argent. in tract. de Appropri. art. 266. num. 7.* etiam ad alias præſcriptiones triennali minores, V. G. ad præſcriptionem actionis redhibitoriæ, quanti minoris, &c. extendunt. *Rath. de uſuc. & præſcript. cap. 5. aſſert. 14. ſub litt. C. ad finem.* Et hanc ſententiam graviſſimi doctores etiam ad Eccleſiam Romanam exten- 5
dunt, ut ſcilicet contra ipſam in mobilibus triennio præſcribatur. *Paul. Laiman. in Theol. Moral. lib. 3. tract. 1. cap. 8. n. 13.* Et *Ludov. Molina. dict. diſput. 68. n. 2.* Quamvìs *D. Rath. loc. cit. aſſert. 15.* cum *Leſſio. lib. 2. cap. 6. dub. 7. n. 22.* diſſentiat, eò quòd *cap. cùm dilecta. x. de Confirmat. util. & cap. cum nobis. x. de præſcr.* multò generaliora ſint, quàm *cap. illud autem. 8. x. de præſc.* quod de alijs Eccleſijs, & non de Romana Eccleſia loquitur.

6 Sed quid si possessor rei mobilis alienæ nullum titulum habeat, prout articulus noster expresse requirit, in verbis, mit rechten Glauben/ vnd Titl / anne illam nihilominus tempore longissimo nempe 30. annis præscribere possit? Et Respondemus affirmative, cum enim res immobilis 30. annis sine titulo præscribi possit, cur non etiam res mobilis? Et quia modo diximus, Ecclesias, Monasteria, & alia pia loca in triennali præscriptione rerum mobilium nihil præcipui habere, ideo non male inferunt quidam, quod etiam in præscriptione triennali rerum mobilium sine titulo nihil præcipui habeant, & proinde sufficiat, si quis rem Ecclesiasticam mobilem triginta annis possideat, quod alij etiam, qui Romanæ Ecclesiæ in præscriptione triennali nullam singularitatem concedunt, ad eandem extendunt, ut scilicet possessio triennalis sine titulo Ecclesiæ Romanæ in rebus mobilibus præjudicet. *Molina cit. disput. 68. n. 4.*

7 Sciendum tamen est, quod, licet rei mobilis dominium triennali usucapione acquiratur, tamen ex dispositione hujus articuli finali, pignori in tali re mobili constituto non aliter, nisi quinquennio inter præsentes,& decennio inter absentes præscribatur. Ratio desumitur ex *l. 7. Cod. de pignor.* ubi Imperator inquit, conventionem pignoris usucapio non extinguit, sive, ut Juris-Consultus in *l. justo. 44. §. 5. ff. de usuc.* inquit. Usucapio superveniens non mutat, quo minus pignoris persecutio salva sit, quia nulla societate dominij conjungitur, quasi dicat, quamvis possessor rei mobilis, qui usucepit, dominium acquisierit, non tamen ideo creditor jus pignoris amisit, dominio enim per usucapionem translato, alter dominus esse desijt, quia duo ejusdem rei domini in solidum esse non possunt, *l. si ut certo. 5. §. fin. ff. Commodati* per mutationem autem dominij creditor non desinit esse creditor, sed retinet jus pignoris, & hypothecæ, donec eidem quoque legitime præscribatur, ad quam præscriptionem jura nostra statutaria quinquennium inter præsentes, & decennium inter absentes requirunt; Cujus rei ratio est, quod juxta præcedentem *Art. 2.* pignori, & hypothecæ rebus immobilibus inhærenti hoc tempore, scilicet quinquennij inter præsentes, & decennij inter absentes præscribatur, ergo multo magis pignori, vel hypothecæ præscribi poterit in re mobili constitutæ, ut igitur inter pignus, & hypothecam in rebus immobilibus, vel mobilibus quoad præscribendam liberationem de jure nostro Patrio nulla sit differentia, prout jam supra ad *Tit. 8. Art. 1.* der Land-Recht / innuimus. Videatur *D. Rath. de usuc. cap. 5.*
8 *assert. 16. & in dissert. de potiss. differ. assert. 64.* Optime tamen monet *Dominus Balthasar.* hoc loco *resol. 5. ad finem*, quod præscriptione rei completa non requiratur nova præscriptio respective quinquennij, vel decennij pro pignore, vel hypotheca, sed quod triennium pro dominio præscribendo constitutum possit ad extinguendum pignus, vel hypothecam inter præ-
9 sentes adhuc biennio, & inter absentes septennio continuari. Duo quidem hic paradoxa videri possunt. 1. Quod statuta nostra Bavarica tempus præscriptionis quoad immobilia pro dimidio abbreviaverint: & tamen præscriptionem in rebus mobilibus in antiquo statu juris communis reliquerint.
10 2. Quod pignori, vel hypothecæ in rebus immobilibus constituerint pro tempore præscriptionis quinque annos inter præsentes, & decem inter absentes, & tamen id pignori, vel hypothecæ in rebus mobilibus constitutæ non diminuerint, sed adæquaverint: Ad hoc tamen facile responderi potest, quia ita legislatori placuit, deinde pignus, vel hypotheca in re mobili, sive immobili constituta semper ejusdem naturæ est, nemini igitur mirum videri debet, si ejusdem præscriptio eodem tempore constringatur: At de his minutijs disputandum non est.

Der

Der Sibendte Articul.

Wann ein Erb ein Guet / welches er durch Erbschafft bekommen / mit guetem Glauben / für sein aigen Guet / so vil Zeit jnngehabt / als vil zu einer vollkommnen Verjährung vnd Ersitzung Nutz vnd Gewehr vonnöthen ist / So ist das Guet verjährt / vnd hat er Nutz vnnd Gewehr ersessen / vneracht hernach offenbar wurde / daß der Verstorben solch Guet nit mit guetem Glauben jnnen gehabt. Hätte aber der Erb für sein Persohn das Guet so lang nit jnnen gehabt / als zu der Verjährung nothwendig ist / So mag er die Zeit / in welcher der Verstorben / deß Guets Jnnhaber gewesen / nit darzu rechnen / Es seye dann der Verstorben ebenfals in guetem Glauben gewesen / so lang er solch Guet in seinem Gewalt gehabt hat. Ein gleiche Mainung hat es auch mit deme / der ein Guet kaufft / oder durch andern sonderbaren Titul / von einem andern bekommen.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit distinctio inter successorem universalem, & successorem singularem?*
2. & 3. *An de jure communi mala fides antecessoris noceat successori universali?*
4. & 7. *An etiam successori singulari?*
5. *Quid in præscriptione 30. vel 40. annorum?*
6. *Quæ quæstiones circa præscriptionem in patria nostra inutiles sint?*
8. *Quid si singularis successor nolit uti accessione temporis sui antecessoris?*
9. *Quare loquamur de possessore emptore?*
10. *An mala fides antecessoris singularis noceat singulari successori in præscribenda actione in pignore?*

Nota est distinctio apud Doctores inter successorem universalem, & singularem. Universalis dicitur, qui est hæres, & succedit in universum jus defuncti, sive ex toto, sive pro parte: Singularis est, qui succedit in re particulari ex titulo ad dominium transferendum habili, ut in emptione, donatione, permutatione, & similibus alijs. Tametsi igitur rubrum hujus articuli tantùm loquatur de successore universali, sive hærede, quomodò is bonum aliquod per hæreditatem ad se delatum bona fide ex propria persona præscribere possit, licèt ipsius antecessor prædefunctus fuerit in mala fide, tamen in nigro etiam alter casus ponitur, quomodò singularis possessor rem ex titulo singulari ad se delatam usucapere possit, quando ipse possessor in bona fide est, antecessor verò rem tenuit mala fide. Quid sit bona, & mala fides, jam exsplicavimus ad *1. Articulum hujus Tit.* 1

Quod autem ad substantiam hujus articuli attinet, de jure communi regula certa, & indubitata est, quòd successori universali, hæredi scilicet, vel bonorum possessori, sive ab intestato, sive ex testamento succedenti mala fides defuncti ita noceat, ut nec ex sua persona, aut possessione propria præscriptionem inchoare, aut complere possit. *l. cùm hæres. ff. de diver. tempor. præscript. l. si mala fide. Cod. commun. de usuc.* Ratio est, quia hæres, qui vel in totum, vel pro parte succedit, in totum, vel pro ea parte, pro qua succedit, personam defuncti repræsentat, eique quoad omnia surrogatur, ac proinde juris interpretatione quasi una censetur possessio defuncti, & hæredis, quæ, cùm vitiosum initium habeat, tota possessio inju- 2 3

ſta, & ad uſucapionem inſufficiens reputatur. *l. hæres. 22. ff. de uſucap.* Indiſtinctè igitur jure communi inſpecto mala fides defuncti nocet hæredi, tametſi tempus præſcriptionis à ſuæ ſolùm poſſeſſionis initio computare, nec quidquam de acceſſione temporis ſui anteceſſoris admittere velit: Nec eſt in ejus arbitrio poſt hæreditatem ſemel aditam, an velit defunctum repræſentare, vel non, quia ipſo jure, ut ſupra jam diximus, vitia anteceſſoris in eum derivantur.

4 Verùm hoc in articulo noſtro correctum eſt, diſtinguitur enim, an ſucceſſor univerſalis, hæres nimirum, vel bonorum poſſeſſor velit uti acceſſione temporis ipſius defuncti, vel non? Si poſterius, ex propria perſona, non attenta mala fide anteceſſoris, legitimo tempore præſcribere poteſt: Si prius, mala fides anteceſſoris vitiat præſcriptionem ſucceſſoris: Et hæc eſt *Diff.* notabilis differentia inter jus noſtrum ſtatutarium, & jus commune. De Jure Communi in ordinaria præſcriptione longi temporis hæc Regula, quòd mala fides anteceſſoris noceat ſucceſſori univerſali, ſive præſcriptionem à ſua 5 propria perſona, ſive à perſona anteceſſoris ſui incipere voluerit, infallibilis fuit, ſed an id etiam de jure communi in præſcriptione 30. vel 40. annorum obtineat, inter Doctores adhuc indeciſa controverſia eſt; Rationes in utramque partem adducit *D. Rath. de uſuc. cap. 2. aſſert. 51.* Et *D. Balthaſar.* ad hunc locum *Tit. 9. reſol. 6.* Plura videri poſſunt apud *Covar. in dict. cap. poſſeſſor. part. 2. §. ab initio.* Et apud *Ant. Gabriel. commun. concluſ. lib. 5. tit. de præſcript. concluſ. 5. num. 1. & 2.* Sed de jure noſtro ſtatutario hoc dubitationem nullam habet: Si enim hæredi, vel bonorum poſſeſſori non nocet mala fides anteceſſoris in præſcriptione longi temporis, quando acceſſione temporis anteceſſoris mala fide poſſidentis non utitur, multò minùs nocebit in præſcriptione longiſſimi temporis, cùm vitia anteceſſoris per curſum longiſſimi temporis utique leviora fiant, ut in ſucceſſorem tranſire minùs poſſint, quàm ſi tantùm longo tempore poſſediſſet. Et hoc clarum eſt ex articulo noſtro, qui loquitur de omni præſcriptione, & dicit, ſi hæres aliquod bonum, per hæreditatem ad ſe delatum pro proprio bona fide tanto tempore poſſederit, quantum ad completam præſcriptionem, vel uſucapionem neceſſarium ſit, **So iſt das Guet verjährt / vnd hat er Nutz / vnd Gewehr erſeſſen / ohnerachſt hernach offenbahr wurd / daß der Verſtorben ſolch Guet nit mit guetem Glauben jnngehabt**: Ex quibus verbis apparet, articulum noſtrum de omni præſcriptione, ſive longi, ſive longiſſimi temporis loqui.

6 His præſuppoſitis, conſequens eſt, in noſtra Patria inutile eſſe diſputare, an hæres ex propria perſona præſcribere poſſit, quando alium titulum habet, præter titulum hæredis, vel, ſi non ſit hæres immediatus, ſed mediatus, id eſt hæres hæredis, vel ſi ſuccedat defuncto non jure hæreditatis, ſed jure dignitatis, vel beneficij, aut ſimili, cùm enim hi reſpectus etiam de jure communi malam fidem anteceſſoris excludant, multò magis excluſa eſſe cenſebitur in Patria.

7 Quod attinet ad ſucceſſorem ſingularem, præſupponendum eſt, de jure antiquo digeſtorum ſucceſſorem ſingularem cum titulo potuiſſe rem aliquam particularem præſcribere, tametſi auctor ipſius poſſederit illam cum mala fide. *l. an vitium. 5. ff. de divers temp. præſcript.* Verba ſunt textûs, an vitium auctoris, vel donatoris, ejúſve, qui mihi rem legavit, mihi noceat, ſi fortè auctor meus juſtum initium poſſidendi non habuit, videndum eſt; Et puto, neque nocere, neque prodeſſe, nam denique, & uſucapere poſſum, quod auctor meus uſucapere non potuit, modò, ut ſupplendum eſt ex *l. Pomponius. 13. §. cùm quis. 1. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* acceſſione ſui auctoris uti nolit, nam, cùm quis utitur adminiculo ex perſona auctoris, uti debet cum ſua cauſa, ſuiſque vitijs. Sed hoc jus à *Juſtiniano in*

Novell.

Novell. 119. cap. 7. & in Auth: malæ fidei. Cod. de præscript. longi temp. posteà correctum, & statutum est, quòd malæ fidei possessore alienante cesset longi temporis præscriptio, si verus dominus ignoret jus suum, & alienationem factam esse, *D. Rath. de usuc. cap. 2. n. 44. & 45.* Cùm igitur articulus noster exprefsè disponat, quòd singularis successor bonæ fidei non minùs, ac hæres rem sibi venditam, vel ex alio contractu speciali, aut titulo ad se delatam longo tempore præscribere possit, non obstante mala fide auctoris, dummodò accessione temporis sui antecessoris uti nolit, sed initium præscriptionis computet à propria possessione sua, ideò apparet, quòd hæc sit altera differentia juris nostri statutarij à jure communi in hoc articulo comprehensa, cùm abrogata dispositione *Auth: malæ fidei.* statuta nostra Bavarica ad jus antiquum digestorum redierint. Et his ita præsuppositis, inutilis est ulterior disputatio, an *Auth: malæ fidei.* etiam de præscriptione rei immobilis intelligenda sit, & quomodò intelligenda verba, si verus dominus ignoret jus suum, & alienationem factam: An computatio debeat fieri à tempore scientiæ, vel etiam imputetur prius tempus ignorantiæ: Quid dicendum de secundo bonæ fidei possessore, qui præscriptionem suam ab immediato bonæ fidei auctore, & non à primo inchoare vult, &c. sublata enim dispositione *Auth: malæ fidei*, & regressu per statuta nostra Provincialia ad jus antiquum Digestorum revocato, simpliciter semper dicendum est, quòd successor cum titulo singulari ex propria persona secluso antecessorum suorum tempore semper legitimè præscribat. *Diff.*

Sed quid dicendum, si singularis successor, V. G. emptor rem alteri oppignoratam, vel hypothecatam longo tempore cum bona fide possederit, nec uti velit accessione temporis sui antecessoris, anné juxta articulum secundum quinquennio inter præsentes, & decennio inter absentes liberationem à nexu pignoris, vel hypothecæ præscribat? Diximus studiosè, de emptore, ut convenienter prioribus articulis loquamur, cùm ex solo titulo emptionis, & venditionis abbreviata præscriptio longi temporis non solùm quoad dominium rei per venditionem translatæ, sed etiam quoad pignus, vel hypothecam ei inhærentem jura nostra statutaria possessori concedant, & in reliquis contractibus jura præscriptionum tam quoad proprietatem, quàm quoad pignora, & hypothecas ad dispositionem juris communis remittant. Ratio dubitandi est, quare subsisti possit, an etiam mala fides antecessoris singularis non noceat singulari successori in præscribenda liberatione à nexu pignoris, & hypothecæ: Quia articulus noster tantùm loquitur de præscriptione alicujus rei, sive boni: Dispositio autem recedens à jure communi strictissimè semper intelligenda est in terminis, in quibus loquitur, & nullo prætextu ad casus non expressos extendenda. Sed nos sine omni hæsitatione firmissimum esse credimus, quòd *Articulus 2.* qui admittit præscriptionem juri pignoris, & hypothecæ emptori intra quinquennium, vel decennium, sit etiam intelligendus de casu, quo venditor fuit in mala fide constitutus. Ratio manifesta est, quia Doctores dispositionem *Auth: malæ fidei*, utpotè correctoriam juris antiqui Digestorum in præscribendo juri pignoris, vel hypothecæ properea non admittunt, cùm cit: *Auth: & Novell. 119.* tantùm loquantur de præscriptione rei, & non pignoris, vel hypothecæ: Si igitur de jure quoque communi præscriptio liberationis à nexu pignoris, vel hypothecæ *Auth: malæ fidei, & Novell. 119.* subjecta non est, multò minùs de jure nostro statutario subjecta esse potest, quoniam, ut diximus, jus nostrum statutarium sublatâ dictâ Auth: & Novellâ simpliciter disponit, ut mala fides antecessoris successori singulari initium præscriptionis à propria possessione sumenti accedente bona fide nihil noceat, prout igitur *Articulus 2.* præscriptionem rei, & liberationis à jure pignoris, vel hypothecæ omninò æquiparat, ita etiam in hoc articulo æquiparata

8

9

10

parata

parata censeri debent, ut neutri mala fides antecessoris in præscriptione ex propria persona incipienda, & complenda nocere, & obesse possit.

Der Achte Articul.

Wann die Verjährung sich vollkommentlich geendet / vnd der Jnhaber deß Guets jederzeit in guetem Glauben gewesen / es also für sein recht aigen Guet sicherlich / vnd ohn allen Zweiffel gehalten / Aber erst nachdeme er Nutz vnnd Gewehr völlig ersessen / in Erfahrung käme / daß solch Guet einem andern wäre zuständig gewesen / So mag er doch solches / Krafft der vollkommenen Verjährung / wol behalten / vnd ist dasselb dem andern wider einzeantworten nit schuldig.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit hujus Art. quæstio, an scilicet cognitio rei alienæ superveniens vitiet præscriptionem?*
2. *An distinguendũ sit inter possessorem ex titulo gratuito, vel oneroso?*
3. *Quid si talis rem domino restituerit, an repetitionem habeat?*
4. *An jura nostra statutaria concedant possessori solam retentionem, & non etiam repetitionem?*
5. *An hæ duæ quæstiones remittantur ad theologos?*
6. *Quid dicendum de eo, qui de jure suo dubitat?*
7. *Quid sit dubium speculativum?*
8. *Quid sit dubium practicum?*
9. *De quo dubio intelligendus sit Art: noster?*
10. & 11. *An sufficiat inchoatio debitoris cum bona fide, & an dubium speculativum etiam inchoandæ possessioni nihil officiat?*
12. *Quid si possessor tantùm dubitaverit de persona, an scilicet ad Titium pertineat, & ex post facto probetur pertinere ad Cajum?*

1 IN hoc Articulo deciditur Quæstio magìs Canonica, sive Theologica, quàm Legalis, sive Juridica: Quæritur enim, an, si completa præscriptione, sive usucapione possessor (sive universalis, sive singularis) in cognitionem veniat, rem possessam alienam esse, eandem priori domino reddere teneatur? Et ad hoc respondet articulus negativè, rationes pulchrè deducit *D. Arnold. Rath. in dissert. Jurid. de potiss. differ. &c. assert. 77.* quò Lectorem remittimus, & hac in parte quorundam dissentientium Theologorum opinio, quæ videri potest apud *Franc. Sarmiento. Select. interp. lib. 2. cap. 10.* non admittitur, cùm & alij magni nominis Theologi sint, & Juris-Consulti, qui negativam hanc sententiam in foro fori, & foro poli
2 justam esse defendant, nec opus est distinctione, quam aliqui faciunt inter titulum onerosum, & lucrativum, & inter eum, qui in rebus suis perquirendis negligens fuit, & illum, qui diligens paterfamiliâs fuit, nec in rebus suis indagandis ullum officium boni œconomi intermisit, nam, licèt videri possit, possessorem ex titulo gratuito V. G. Legato, vel donatione, majorem restitutionis obligationem habere, ne cum alterius jactura locupletetur, tamen cùm lex præscriptionem inducens præsupponatur esse justa, & æqua, ne dominia semper sint in incerto, & illa præscriptionem ex titulo gratuito non minùs approbet, quàm ex titulo oneroso, concludendum est, supervenientem ex postfacto præscriptioni completæ malam fidem, absque ulla tituli distinctione, nihil obesse, nec possessorem etiam in conscientia ad restitutionem obligare, tametsi dominus rei diligentissimus paterfamiliâs, & œconomus fuerit, cùm beneficium præscriptionis non ob solam

domi-

domini negligentiam, sed etiam ad procurandam possessori securitatem introductum fuerit: Idem *D. Rath. dissert. Jurid. de potiss. differ. assert. 77. & de usucap. cap. 1. assert. 9. & 10. Covar. in relect. cap. possessor. dict.* §. 2. *n. 1. Molina de Just. & Jure. tract. 2. disput. 61. n. 6.* Et *And. Tyraquell. de præscript.* §. *1. gloss. 2.* Quod usque adeò extendunt, ut, si is, qui rem 3
legitimè præscripsit, eandem domino ex errore restituat, vel dominus alio modo illius possessionem consequatur, ad eam repetendam, vel condictionem indebiti, vel rei vindicationem instituere possit. *Laiman. in Theol. Moral. lib. 3. tract. 1. sect. 5. cap. 8. n. 22. & 23. D. Rath. de usuc. & præscript. cap. 1. assert. 16.* Cui quidem opinioni contradicit *Tholosan. lib. 40. syntag. cap. 10. n. 2.* prout exsplicat illum *D. Laiman. loc. cit.* per rationem, quòd per præscriptionem tantùm civilis obligatio extinguatur, non naturalis, quam rationem tamen nec legistæ, nec Theologi admittunt, ut videre est apud *Caspar. Denich. de usucap. cap. 1. Thes. 3.* Et apud eundem *Laiman. loc. cit. num. 23.* Ubi dicunt, per usucapionem acquiri plenum, & absolutum dominium.

De Jure nostro Statutario videtur hæc Quæstio majorem difficultatem 4
pati, cùm verba ultima sic habeant, So mag er / id est, der Besitzer / das Guet / Krafft der vollkommnen Verjährung wol behalten / vnd ist dasselbe dem anderen wider einzuantworten nit schuldig. Quæ verba videntur possessori tantùm concedere retentionem, non verò, postquàm forte conscientiâ ductus sponte restituit, repetitionem: Sed, cùm articulus noster possessori, qui vel ex errore, vel alio casu fortuito possessionem dimisit, actionem revocatoriam, sive illa postmodùm sit condictio, sive rei vindicatio, nullibi deneget, putamus cum D. Rath, rem dispositioni juris communis relictam esse, præsertim cùm articulus disertis verbis completæ præscriptioni plenarium dominium addicat, cujus effectus est, ut illi, qui cecidit possessione rei suæ, vindicatio concedatur. Idem *D. Rath. loc. cit. sub litt. B.*

Duæ quæstiones mihi adhuc supersunt, quas tamen Dominis Canoni- 5
stis, & Theologis libenter examinandas relinquam: Prima est, cùm articulus noster eum, qui rem legitimo tempore præscripsit, à restitutione omninò absolvat, an non saltem verus quondam rei dominus clandestina compensatione, E. C. aufferendo præscriptori aliam rem ejusdem pretij, vel alio modo ipsum damnificando, & sibi indemnitatem præstando satisfacere, & tacita compensatione uti possit? De qua Quæstione optimè discurrit subtilis *Dominus Arnold. Rath. in dissert. Juridic. de potiss. different. assert. 77.*

Secunda Quæstio est: Annon ipse quondam rei dominus, si post præscriptionem legitimè completam rem suam, sive possessionem ejus iterum consecutus sit, eam salvâ conscientiâ retinere possit? Primam quæstionem, de tacita compensatione remittimus ad decisionem prædefuncti Papæ Innocentij XI. & in foro nostro Juridico ejusmodi clandestinum compensatorem sine ullo dubio tanquam furem patibulandum crederemus. Videantur scripta in altera *semicent. nostra. controv. 9.* Altera quæstio reflexionem meretur, quando enim præscribens rem legitimè præscriptam antiquo domino spontè restituit, videtur jus suum ultrò remittere, vel certè se culposum, & non adeò exactæ bonæ fidei possessorem agnoscere; Quia tamen nec donatio, nec remissio juris sui præsumitur, & in casu proposito præsupponimus, præscriptionem cum optima fide, justo titulo, & legitima continuata possessione perfectam esse, hinc energia hujus quæstionis non consistit in præsumptione, sed in rei veritate, utrùm antiquus dominus rem quocunque tandem modo ad se reversam bonâ conscientiâ retinere possit, tametsi præscribens illam nec condictione indebiti, nec rei vindicatione,

aut

aut alia quavis actione revocatoria persequatur, in qua propositione resolvenda manum de tabula subtrahimus, quia forum poli magis, quam forum fori respicit.

6 Superest ex articulo nostro alia quæstio, & quidem hæc: Si quis propriè nec bonæ, nec malæ fidei possessor sit, sed de jure suo dubitet, quæ planè non est quæstio infrequens, cùm dubitantium ferè plenus sit mundus, an etiam talis præscriptione completa ad restitutionem non obligetur, si ex postfacto eidem mala fides supervenerit? Articulus noster expresè requirit, ut præscribens rem possessam pro suo vero, & proprio bono, securè, & sine omni dubio habuerit, daß er das Guet für sein recht aigen Guet / sicherlich / vnd ohn allen Zweiffel gehalten habe. Vasquius hanc quæstionem pro Domiciana habet, cùm putet, inter bonam, & malam fidem non esse medium, ideóque omnem pro malæ fidei possessore habet, qui non est bonæ fidei possessor: Videatur idem *Vasquius. lib. 2. Illust. controv. cap. 77. n. 6.* Contrarium habet *D. Rath. de usucap. & præscr. cap. 2. assert. 31.* Ubi agnoscit statum tertium dubitantium, qui nec bonam, nec malam fidem habeant, sed mediam quasi conditionem inter bonæ, vel malæ fidei possessorem teneant. De his igitur quæstio est, an mala fides post lapsum legitimi temporis ad præscriptionem necessarij superveniens, possessorem ad restitutionem obliget? Distinguunt comuniter Theologi. 1. Inter dubium speculativum, & practicū. 2. Inter dubium ab initio possessionis incidens, & inter dubium durante tempore præscriptionis superveniens.

7 Dubium speculativum est, quod nullam causam dubitandi habet in re ipsa existentem, prout dubitantium genus sibi subinde nescio quas chymæras imaginatur, an non cœlum ruere possit, multæ ut caperentur alaudæ, & similia; Sic multi subinde in contractibus, & rerum alienationibus sibi scrupulum faciunt, an is, quocum contrahunt, dominus rei sit, & jus alienandi habeat, nullam tamen rationem, & causam dubitandi allegare possunt. Hi verè, & propriè solummodò dubium speculativum habent:

8 Dubium Practicum est, quando quis probabilem aliquam causam, & rationem dubitandi habet, quæ securitatem conscientiæ præcipuè respicit. Licèt igitur articulus noster videatur omnem dubitationem excludere in verbis, vnd der Innhaber deß Guets jederzeit in gueten Glauben gewesen / es also für sein recht aigen Guet / sicherlich / vnnd NB. ohn allen Zweiffel gehalten:

9 Tamen nos hujus opinionis sumus, quòd articulus noster tantùm loquatur de dubio practico, quando possessor in eo hæret, an tutâ conscientiâ non obstante suborti dubij ratione rem retinere possit, nam hoc ipso præscriptionis incapax est, quia iniquitate non caret, qui dubitat, an benè, vel malè faciat, & tutiori via posthabita alteram ingreditur, & hoc ipso peccatum committit, qui se peccandi periculo exponit, pulchrè *D. Rath. loc. cit. assert. 33.* Nam in restituendo certum est nullum peccatum inesse, cùm tamen in retinendo periculum sit, ne injustitiæ crimen committatur. Aliud est in dubio speculativo, quando quis sine ratione hæret, an res, quam justo titulo possidet, potuerit alienari, vel an sua, aut aliena sit, hac tamen sola speculatione, & contemplatione non attenta, existimat, se rem bonâ conscientiâ possidere, & retinere posse, huic planè inutilis talis dubitatio nihil prorsus officit, nec ad complendam præscriptionem, nec ad pariendam obligationem, ut post completam præscriptionem superveniente cognitione, quòd res sit aliena, restitutionis obligationi obnoxius sit, Idem *D. Rath. loc. cit. assert. 34.*

10 Ad alteram distinctionem quod attinet, communiter docent Theologi, quòd ad inchoandam rei possessionem, usucapionémque cum bona fide aliquis existimare debeat, sibi ejus accipiendæ, & possidendæ jus competere, consequenter rem suam esse, possessione verò, & usucapione bona

fide

fide cœpta sufficere, ut possessor nesciat, rem alienam esse, licèt ex postfacto dubitet, an sua sit, modò interim moralem diligentiam cognoscendæ veritatis adhibeat. *Paul. Laiman. loc. cit. tract. 1. sect. 5. cap. 8. n. 10. ad fin. Covar. part. 2. Regula possessor.* §. 7. *n.* 3.

Sed demus, ex modo dictis, dubium practicum impedire continuationem præscriptionis, non verò dubium speculativum, adhuc ulteriùs dubitatur, an dubium speculativum etiam inchoandæ præscriptioni nihil officiat? Et videtur planè, quòd sic: Quis enim sine peccato non cogitare, & providè, ac circumspectè dubitare potest, cùm mundus tot fraudibus, & dolis scateat, an res, quam ab alio comparavit, non sit aliena? Talis enim speculativa dubitatio, & contemplatio nihil impedit, quin tamen possessor bonam conscientiam habere possit, & firmiter credere, rem, quam ab alio justo titulo accepit, verè suam esse: Interim *D. Rath. loc. cit.* cum *Molina* existimat, tametsi dubium speculativum continuationem possessionis, & præscriptionis non impediat, quòd tamen ab initio possessionis interveniens, inchoationi præscriptionis obsit, cui sententiæ eò libentiùs accedimus, cùm articulus noster tam quoad continuationem, quàm inchoationem præscriptionis, NB. omne dubium excludat, qui autem dicit omne, non videtur distinctionibus locum relinquere, præsertim, quia addit, daß Er der Besitzer das Guet jederzeit für sein aigen Guet / sicherlich gehalten hab. Ubi notetur verbum, jederzeit / id est tam ab initio præscriptionis, quàm ex post facto in illius continuatione. Deinde notetur verbum, sicherlich / id est securè, sine omni hæsitatione, & contraria cogitatione, quæ verba non tantùm dubio practico, sed etiam dubio speculativo contravenire videntur, quidquid autem de hoc sit, illud sanè clarum est, quòd, si ex postfacto dubium practicum superveniat, illud reverà possessorem in mala fide constituat, ut rem legitimo tempore possessam retinere non possit, si post tempus præscriptionis elapsum cognoverit, illam semper alienam fuisse, & adhuc esse, & ita nostrum articulum intelligendum esse non ambigimus. 11

Quid si autem aliquis putaverit, rem, quam possidet, ad Titium pertinere, & ex postfacto appareat esse aliena, verùm non ad Titium, sed ad alium, V. G. Cajum spectare, annè possessor pro malæ fidei possessore, vel præscriptionis incapace habendus sit? Et respondemus affirmativè, si præsupponatur dubium subortum non fuisse purè speculativum, & contemplativum, sed practicum, ita ut possessor hæserit, an illam bonâ conscientiâ retinere possit: Nam error circa personam malam conscientiam non exonerat, *Covar. in dict. cap. possessor. part.* 2. §. 1. *n.* 5. *Molina. dict. disput.* 63. *n.* 12. 12

Der Neundte Articul.

Hätte aber jemand seines Jnhabens einen solchen Titul / welcher an jhme selbs vnkräfftig vnd vngültig / den er selbst gewüst / So mag er Nutz vnnd Gewehr nit ersitzen / wann gleich sonsten die genugsame Zeit / die zu der Verjährung nothwendig / verflossen wäre. Dann ein solcher hat gewüst / oder doch wissen sollen / daß er Krafft deß vntauglichen Tituls / das Guet mit guetem Glauben nit jnnhaben / vil weniger dessen Nutz vnd Gewehr ersitzen möge.

SUMMARIA.

1. *Quid sit titulus, & qui sint ad transferendum dominium habiles?*
2. *An præscribere possit, qui titulum habet idoneum?*

3. *Quinam sint tituli inidonei, & invalidi?*
4. *An titulus inidoneus etiam obsit in præscriptione longissimi temporis?*
5. *Remissivè ad scribentes de titulo justo, & injusto, putativo, erroneo, & falso, &c.*
6. *An titulus pro hærede inter fratres locum habeat?*

1 QUid sit titulus, & quare ad præscriptionem longi temporis necessarius, diximus ad *Art. 1. h. Tit.* In hoc articulo specialiter requiritur titulus justus, sive ex natura sua ad dominium transferendum habilis, veluti sunt pro soluto, pro emptore, pro hærede, & possessore, pro donato, pro legato, pro derelicto, pro dote, & pro suo, qui omnes enumerantur in *ff. lib. 31. tit. 4. & seqq.* de quibus omnibus hîc loci agere, nimis operosum, & articulo nostro consentaneum non foret, qui plura de singulis titulis cognoscere desiderat, remittitur ad auctores ad *dict. lib. 31. ffˈtorum.*
2 *& lib. 7. tit. 25. C.* scribentes. Hujus nostri articuli synopsis hæc est, quòd ille præscribere non possit, qui ex insufficienti, & inidoneo, sive invalido titulo in possessione alicujus rei, vel boni fuit: Rationem articulus ipse annectit, quia talis scivit, vel scire debuit, quòd cum titulo invalido, & inidoneo nullam rem bona fide possidere, ne dum legitimam præscriptionem, vel usucapionem complere possit.

3 Quæritur autem imprimis, quinam sint ejusmodi tituli, prout articulus noster vocat, unkräfftig / unnd ungültig / id est insufficientes, & invalidi? Et Respondemus, omnes illos, qui non sunt ad dominium transferendum habiles, V. G. commodati, locati, precarij, mandati, negotiorum gestorum, & similes, in quibus tantùm usus rei, non dominium illius transfertur, aut alius dominium transferendi potestatem non habet: Et hinc est,
4 quòd articulus noster non tantùm sit intelligendus de præscriptione longi temporis, sed etiam de præscriptione temporis longissimi 30. vel 40. annorum, si enim rem meam ex commodato, locato, mandato, negotiorum gestione, vel alio tali titulo penes te habeas, utique in manifesta mala fide es, si putes, te in conditione præscribendi esse, & sic nullo unquam tempore etiam centenario, vel immemoriali præscriptionem inchoare, multò minùs complere poteris. Dices, in præscriptione longissimi temporis, & multò magìs in præscriptione centenaria, vel immemoriali non requiri titulum, frustraneam igitur disputationem de validitate, vel invaliditate, sufficientiâ, vel insufficientiâ tituli institui: Respondemus, in præscriptione longissimi temporis, centenaria, vel immemoriali, præsumi titulum habilem; Cessat autem præsumptio, ubi constat de veritate, quòd quis rem possideat ex titulo inhabili, invalido, & insufficienti, ut ita dispositio hujus articuli ad omnem præscriptionem pertineat, quod approbat *D. Rath. in dissert. sua Jurid. assert. 79.* Ubi inquit, quod jure Provinciali statuitur, præscriptionem corruere, si de titulo vitioso, & injusto appareat, nec modò ad præscriptionem longissimi temporis, sed & immemorialem veriùs extenditur, eadem scilicet in omnibus ratione militante, malâ fide nempè ex injusto tali titulo causatâ, quæ in æternum nullam præscriptionem admittit. Idem tenet *And. Fachinæ. controv. lib. 8. cap. 33.* Ubi dicit, se bis eo anno Collegij Juridici Ingolstadiensis nomine de hac facti specie, an scilicet civitas, quæ rem alienam tempore longissimo, memoriámque hominum excedente possederit, nec tamen titulum idoneum ad dominij translationem, aut usucapiendi conditionem habuerit, se præscriptione defendere possit, negativè respondisse, licèt enim maxima sit præsumptio pro possessore longissimi temporis, & maximè temporis immemorialis, tamen præsumptio veritati cedere debet, juxta *S. Augustinum, veritate manifesta, cedat consuetudo veritati*, juxta *Can. veritate. dist. 8.*

& Can.

& Can. si consuetudinem, cum seq. eadem dist. Idem igitur, inquit Fachinæus, nobis de præscriptione dicere licet, quòd maxima sit vis temporis longissimi, & major temporis immemorialis, veruntamen, si veritas ipsa detegatur, cedere debet veritati. Ubi posteà Vasquij contrariam opinionem, quam tenet *lib. 2. controv. Illust. cap. 81. n. 11.* cum omnibus rationibus, & argumentis adducit, & solidè refutat. Proponit *D. Rath. loc. cit. sub litt. C.* aliquem casum de possessore, qui per longissimum tempus ex vitioso titulo rem cum bona fide possedit, ita ut quidem de Jure civili ob injustitiam tituli actione civili conventus restituere debeat, eam tamen ob bonam fidem, si ad restitutionem non condemnetur, salvâ conscientiâ retinere possit: Quam subtilitatem, quia de foro nostro non est, animosis Theologis discutiendam relinquimus.

Multa hîc dici possent de justo, vel injusto titulo, de titulo putativo, 5
erroneo, & falso, de errore injusto, justo, & justissimo, prout hæc materia apud Doctores communiter dividitur, & distinguitur: Sed, quia articulus ad ejus examinationem nullam occasionem præbet, benevolum Lectorem ad Auctores, qui scribunt ad *Tit. 6. in princ. & maximè. §. 11. Institut. de usucap.* remittimus.

Hoc solum adhuc innuendo, quòd articulus hic nonus confirmet præ- 6
cedentem *Articulum 5.* ubi dispositio fit, quòd unus ex liberis paternam, vel maternam hæreditatem solus possidendo, ut ibidem diximus, contra fratres, & sorores tanquam cohæredes necessarios nec longo, nec longissimo tempore præscribere possit, cùm præscriptio pro hærede ad excludendum judicium familiæ herciscundæ inter fratres, & sorores sit titulus insufficiens, invalidus, vitiosus, & injustus.

Der Zehendte Articul.

Wirdet ainer vmb ein Guet / daß Er mit guetem Glauben besessen / vnd innen gehabt / angesprochen / ehe er Nutz vnd Gewehr ersessen / So ist er gleichwohl schuldig dem jenigen / welchem es von Rechts wegen gebührt / das Guet wider zuzestellen / Doch die auffgehobne Nutzungen / sie seyen durch jhne erziglet / oder selbs gewachsen / oder wie sie Nahmen haben mögen / ist er zuerstatten nit schuldig / wann sie allberait verzehrt seyn / Was aber noch verhanden / die sollen dem Kläger sambt dem Guet folgen.

SUMMARIA.

1. *Quando fructus cum re sint restituendi, & quando non?*
2. *Quid si quis rem præscripsit, & fructus duorum annorum ultimorum adhuc supersint, an prior dominus illos consequatur?*
3. *Quid si quis ultimo anno præscriptionis de re restituenda fuerit conventus, an & quos fructus simul cum re debeat restituere?*
4. *Quid si possessor conventus litem suscipiat, & interea fructus à solo separet?*
5. *Quid si fructus possideat jam à triennio perceptos?*
6. *An & quomodò perceptione aquirantur fructus?*

Sicut malæ fidei possessor nullo unquam tempore præscribit, ita per se 1
certum est, quòd ad rei restitutionem conventus, sive illam parvo, sive longo tempore, imò longissimo possederit, semper eandem cum fructibus perceptis, & percipiendis domino suo reddere teneatur, è contra bonæ fidei possessor completâ præscriptione de fructibus restituendis nullam pror-

sùs obligationem habet : Ratio eſt, quia fructus ſunt acceſſorium ipſius rei. Si igitur completa præſcriptione poſſeſſor eximitur à reſtitutione rei, ita etiam eximitur à reſtitutione fructuum. *Balb. de præſcript. 4. part. 4. princ. quæſt. 35. n. 2.* Et hinc articulus noſter in rubro loquitur ſolummodò de eo, qui convenitur, antequam rem completè præſcripſerit, præſupponens, poſt completam præſcriptionem, actionem, ſive conventionem tam quoad ipſam rem, quàm quoad fructus, & emolumenta rei inutilem eſſe.

2 Quæres, quid dicendum, ſi ex re aliena de præteritis ultimis duobus annis fructus adhuc ſuperſint, & extent, anné dominus rei ſaltem fructus duornm horum annorum vindicare poſſit ? Ratio dubitandi eſt, quia, licèt præſupponamus, tertium poſſeſſorem bonæ fidei rem ipſam præſcripſiſſe, tamen fructus ultimorum duorum annorum non præſcripſit, quia ad præſcriptionem fructuum tanquam rei mobilis ad minimum triennium requiritur, ergò videtur dominus illos tanquam ex re ſua extantes juſtè vindicare poſſe : Sed Reſpondemus, quòd fructus ſequantur conditionem rei, ſicut igitur poſſeſſor poſt completam præſcriptionem non tenetur ad reſtitutionem rei, ita etiam non tenetur ad reſtitutionem fructuum, nec opus habet particulari præſcriptione, cùm re ipſa præſcripta, etiam fructus rei præſcripti ſint.

3 Si autem poſſeſſor bonæ fidei convenitur, antequàm præſcriptio plenariè fuit completa, inter fructus diſtinctio facienda eſt, an ſcilicet adhuc extent, vel à bonæ fidei poſſeſſore conſumpti ſint : Si adhuc extant, ſimul cum ipſa re, domino reſtituendi ſunt. *l. certum. Cod. de rei vindicat.* Ubi dicitur, certum eſt, malæ fidei poſſeſſores omnes fructus ſolere cum ipſa re præſtare, bonæ fidei verò extantes. Et hoc ſine diſtinctione, an fructus ſint naturales, ſive induſtriales, ſie ſeyen durch jhne erzieglet/ oder ſelbſt gewachſen. Si autem conſumpti ſunt, poſſeſſor bonæ fidei ad eorum æſtimationem non obligatur, quia officium judicis mercenarium non durat in fructibus non extantibus. Videantur, quæ Doctores ſcribunt ad §. *2. Inſt. de officio Jud.* Et ad §. *ſi quis. 31. Inſt. de rerum diviſ.* Ex quo ſequitur, ſi fructus extantes à bonæ fidei poſſeſſore reſtituendi ſunt, quòd multò magìs fructus pendentes cum ipſa re veniant reſtituendi, cùm fructus pendentes, & à ſolo nondum avulſi ſint pars rei, pars autem ſequitur ſuum totum. *l. 44. ff. de rei vindicat.*

4 Quid ſi autem bonæ fidei poſſeſſor rem ad conventionem, & petitionem domini non ſtatim reſtituat, ſed litem ſuſcipiat, & durante lite fructus pendentes à ſolo ſeparet, illóſque cum alijs adhuc extantibus conſumat ? Ad hoc Reſpondetur, quòd bonæ fidei poſſeſſor poſt litem conteſtatam ad univerſos fructus teneatur. Ratio eſt, quia per litis conteſtationem in mala fide conſtituitur, ſi igitur præſupponas, fructus tempore litis conteſtatæ fuiſſe adhuc pendentes, vel jam perceptos, ſed adhuc in manibus poſſeſſoris extantes, non minùs bonæ fidei poſſeſſor ad illorum æſtimationem, & refuſionem obligatus eſt, quàm eorum, qui durante lite primùm creſcunt ; Non tamen negamus, quin bonæ fidei poſſeſſor de fructibus tantundem deducere poſſit, quantum in ſementum, culturam agrorum, collectionem, & invectionem fructuum impendit ; Quia fructus non dicuntur, niſi deductis expenſis, quæ quærendorum, colligendorum, conſervandorúmque eorum gratiâ factæ ſunt. *l. ſi à domino. 30. §. finali. ff. de petit hæred. & l. fructus. 7. ff. ſol. matr. l. 1. Cod. de fruct. & lit. expenſ.* Pul-
5 chram verò ad modò dictam Regulam, quòd fructus extantes à bonæ fidei poſſeſſore domino reſtituendi ſint, exceptionem ponit *D. Rath. in diſſert. Jurid. de potiſſ. differ. aſſert. 80. ſub litt. C.* ſcilicet niſi irrevocabile fructuum dominium poſſeſſor bonæ fidei ſibi uſucapione triennali acquiſiêrit.

Dices,

Dices, possessorem bonæ fidei non indigere in fructibus triennali usucapione, cùm dominium fructuum sola perceptione jam anteà possessori fuerit acquisitum. *l. 4. §. lana. ff. de usucap. l. in pecudum. 28. ff. de usuris.* Respondemus, possessori bonæ fidei perceptione quidem dominium fructuum acquisitum esse, sed non irrevocabiliter, siquidem in casu, quo dominus nondum completa præscriptione rem suam repetit, jus habet, fructus adhuc extantes cum ipsa re vindicandi. Adhoc igitur usucapio triennalis possessori conducit, ut dominium, quod priùs perceptione revocabiliter sibi acquisivit, per triennalem fructuum possessionem magìs radicetur, & irrevocabile reddatur, prout *D. Rath. loc. cit.* benè exsplicat, & post eum *D. Balthasar. ad hunc titulum. resol. 9.* circa finem. 6

Der Ailffte Articul.

WAnn die Verjährung jhr Endschafft erraicht hat / vnnd jemand hernach kommen / vnd sagen wolte / er wäre nit bey Land gewesen / oder hätte es nicht gewust / daß sein Guet in eines andern Hand wäre / oder dergleichen / vnd begehrte deßwegen / man solle die Verjährung wider auffheben vnd aufflösen / vnd jhne zur Beweisung kommen lassen / daß solch Guet seyn seye / so soll er nit gehört / sonder allerdings abgewisen werden / Dann darumben ist dem Abwesenden doppelte Zeit zu Underbrechung der Verjährung zugelassen / daß er nach solcher Zeit sich mit der Unwissenheit nit behelffen mög. Wäre aber wider einen Minder-Jährigen die Verjährung geloffen / so kan derselb nach mehrer Außweisung gemainer geschribner Rechten / wol wider in vorigen Standt gestellt werden / wann er solche Widerstellung zu rechter Zeit begehrt.

SUMMARIA.

1. *An contra præscriptionem restitutio in integrum concedatur?*
2. *Quæ distinctio adhibenda?*
3. *Quid si à majorenne petatur ex capite ignorantiæ?*
4. *Quid de jure nostro Bavarico?*
5. *An in omni præscriptione hoc locum habeat?*
6. *Quare Art: ignorantiam, & absentiam conjungat?*
7. *Quare in longissima præscriptione non duplicetur tempus?*
8. *An concedatur restitutio ex capite minorennitatis?*
9. *An impuberes restitutionem habeant?*
10. *Quando nulla restitutione quoad impuberes, & minores opus sit?*
11. *Quo tempore minorennis contra præscriptionem restitutionem in integrum petere debeat?*
12. *An, quod de minorennibus dicitur, etiam sit extendendum ad Ecclesias, &c.?*
13. *An saltem usucapio contra defunctum cœpta continuetur adversùs hæredem?*
14. *An absentibus reipublicæ causâ concedatur restitutio?*
15. *Quomodò restituatur minor contra omissum inventarium?*
16. *A quo tempore computari debeat quadriennium restitutionis?*

AN contra præscriptionem legitimè completam restitutio in integrum concedatur? Articulus noster distinctionem facit juri communi omninò conformem, inter restitutionem scilicet, quæ petitur à majorenni ex capite ignorantiæ, vel à minorenni intra legitimum tempus ex capite minorennis ætatis. 1 2

Quod

3 Quod attinet ad restitutionem majorennis ex capite ignorantiæ, eam plurimi de jure communi admittunt, *Gail. lib. 2. observ. 19. n. 18.* Ubi dicit, communem opinionem esse, quòd à tempore traditionis rei venditæ, currat quidem præscriptio contra ignorantes, sed quòd ex causa restitui possint in integrum, & licèt dicat, hanc opinionem, an ignorantia sit justa causa restitutionis in integrum, disputari in utrámque partem, quòd tamen affirmativa verior, & communior sit, quam etiam confirmat *Covar. in cap. possessor malæ fidei. de R. J. in 6. part. 3. §. 3.* Alij distinguunt inter præscriptionem triennalem, & longi temporis, ac inter præscriptionem longissimi temporis 30. vel 40. annorum centenarij, vel imemorialis, prout hæc legi possunt apud *Sfort. Oddum. de restit. in integr. part. 2. quæst. 90. artic. 4. & 5. Gilck. de præscr. part. 3. cap. 1. n. 50. Balbum. 4. part. 5. princ. quæst. 29. per tot.* Et fusissimè apud *Tyraquellum de Jure Retractûs. §. 35. gloss. 4. per totum.*

4 His omnibus tamen non attentis, articulus noster expresè statuit, ut majorenni post completam præscriptionem restitutio in integrum denegari debeat: Sive dicat, quòd in Provincia non fuerit præsens, vel quòd aliàs justam ignorantiam habuerit: Rationem addit articulus, quòd absenti propterea duplicetur tempus præscriptionis, ne ignorantiam allegare possit, daß er sich nach solcher Zeit mit der Unwissenheit nit behelffen mög: Multò minùs ergò ex capite ignorantiæ relevabitur, si fuit præsens, & tam negligens, ut toto tempore præscriptionis de statu rerum suarum se non informaverit: Et hanc opinionem D. Rath etiam de jure communi veriorem putat, per text: in *l. fin. Cod. de præscript. longi temp.* Ubi circa finem dicitur, quòd præscriptio contra præsentem, vel absentem tenere debeat, nullâ scientiâ, vel ignorantiâ exspectandâ, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Similis text: est in *l. ult. Cod. de fund. patr.* Ubi Imperator statuit, completa præscriptione rem in eo statu, in quo reperitur, jugiter manere debere, & absque ulla innovatione durare.

5 Et hoc verùm est de jure nostro statutario, sive agamus de præscriptione triennali, sive decennali, vicennali, tricennali, aut quadragenariâ, quia articulus noster non distinguit, sed simpliciter in omni præscriptione cujuscunque temporis contra majorennem restitutionem ex capite ignorantiæ excludit, licèt enim textus in *l. finali. C. de præscript. longi temp. cap. f.* tantùm loquatur de *præscr. l. t.* D. Balthasar tamen decem rationes *res. 10. n. 4.* adducit, quibus probat, dispositionem *d. l. f.* ad omnes alias præscriptiones etiam breviores, & longiores extendi, quas benevolus Lector ibidem videre poterit. In præscriptionibus longioris temporis res per se clara est, cùm is majorem negligentiam admittat, qui V. G. alterum sinit possidere rem suam triginta, vel quadraginta annis, quàm is, qui tantùm quinque, decem, vel etiam viginti annis in re suâ indagandâ, & recuperandâ negligens fuit: In minori tempore consideratur Reipubl. bonum, ut aliquando sit litium finis, & quilibet Possessor de rei suæ dominio possit esse certus, & securus.

6 Notabiliter autem articulus utrumque, ignorantiam, & absentiam æquiparando conjungit, ut demonstret, ignoranti tam parùm beneficium restitutionis concedi, quàm absenti, cùm absentibus plerumque nulla alia excusatio sit, quàm ignorantiæ; Sicut igitur absens ad petendam restitutionem in integrum propter absentiam non admittitur, quia, ut articulus loquitur, ei propterea tempus duplicatur, ne justam ignorantiæ causam prætendere possit, ita multò minùs illi, qui solam ignorantiam allegat, beneficium restitutionis indulgeri debet; Cùm utique præsens majorem culpam admittat, si de rebus suis indagandis negligens sit, quàm absens.

Dices,

Dices, quòd in longiſſimi temporis præſcriptione abſentiæ tempus non duplicetur, ut proinde duplicatio temporis, abſentis ignorantiam excuſare non poſſit. Reſpondemus, in præſcriptione longiſſimi temporis ob alterius abſentiam propterea nullam duplicationem temporis conceſſam eſſe, cùm vix unquam contingat, ut aliquis triginta, vel quadraginta integris annis abſit. Duplicatione proinde temporis opus non fuit, cùm tempore ordinariæ præſcriptionis aliàs ferè duplo major ſit, & Reip. utilitas, & quies requirant, ut diminuantur lites, & poſſeſſores rerum ſuarum aliquando plenam ſecuritatem obtineant. 7

Excipit articulus noſter, prout ab initio jam diximus, minorennes, 8 qui ſunt in duplici ſtatu, vel adhuc impuberes, vel pubertatem jam egreſſi, ſed annos majorennitatis nondum conſecuti. Contra impuberes nulla præſcriptio poteſt incipere, aut in perſona defuncti jam cæpta continuari, 9 *l. bon. ff. de acquir. rer. domin. l. ſi communem. ff. quemad. ſeru. ammittatur. l. f. Cod. in quibus cauſ. reſtit. in integ. neceſſaria non eſt.* Et de his pupillis, & impuberibus articulus noſter non loquitur, quia contra quem præſcribi non poteſt, beneficio reſtitutionis in integrum opus non eſt. De minorennibus 10 res aliter ſe habet, cùm leges diſtinguant, an agatur de præſcriptione longi, vel longiſſimi temporis. Præſcriptio longi temporis, ſcilicet decem annorum inter præſentes, vel viginti annorum inter abſentes contra minores ſimiliter non currit, ſicuti contra pupillos, & impuberes: Præſcriptio autem longiſſimi temporis, ſive ab ipſo minorenne, ſive à defuncto cæpta, & legitimo tempore continuata omninò procedit, & valet, ſed minorenni læſo datur reſtitutio in integrum, *l. ult. Cod. in quibus cauſis reſtit. in integ. neceſſaria non. l. non eſt incognitum. Cod. quibus non objic. longi temp. præſcriptio. l. ſicut. Cod. de præſcript. 30. annorum.* De quo alibi dicendi locus erit, ſufficit hîc intentionem articuli noſtri explicâſſe, quòd nimirum ſub generali prohibitione reſtitutionis in integrum contra præſcriptiones legitimè completas, perſonas pupillorum, & minorennium voluerit eſſe exceptas

Addit autem articulus in fine, ſi tamen minorennis reſtitutionem in 11 integrum recto tempore petiêrit: Wann er ſolche Widerſtellung rechter Zeit begehrt: Quod verò ſit tempus reſtitutionis in integrum minoribus competens, habetur in *l. unica. C. ſi adversùs uſucap.* Quæ quæſtio etiam alterius loci eſt. Et quia Eccleſia beneficio minorennium gaudet, ſimiliter di- 12 cendum eſt, quòd articulus noſter Eccleſias, Monaſteria, & alia pia loca à reſtitutione in integrum contra præſcriptionem quamcunque etiam quadragenariam (cùm minor aliàs ipſo jure nulla ſit) excludere noluerit.

Dices, ex hoc articulo apparere, quòd contra minores currat omnis 13 præſcriptio, cùm articulus expreſsè dicat, reſtitutionem in integrum locum habere, ſi ergò reſtitutio in integrum locum habet, neceſſariò articulus præſupponit, quòd præſcriptio contra minorennem ipſo jure cucurrerit: D. Arnold. Rath ſubſiſtit, an non ſtatuta noſtra Bavarica *l. ultimam. Cod. in quibus cauſ. in integ. reſtitutio, &c.* iterum abrogare, & rem ad antiquas leges (ſi tamen antiquæ leges ita intelligendæ ſunt, ut in præſcriptione longi temporis reſtitutione in integrum opus fuerit, de quo dubitat gloſſa in dict: *l. ſancimus. litt. H.* & Juſtinianum plus bibiſſe autumat) reducere, vel certè communem DD. ſententiam admittere voluerint, exiſtimantium, uſucapionem contra defunctum cæptam etiamnum hodie adversùs minores ipſo jure compleri; Sed, quia correctio juris communis in dubio nunquàm præſumitur, & *Duarenus. in dictâ l. f. C. in quibus cauſis, &c.* prædictam

ctam sententiam DD. somnium vocat; Putamus, hanc interpretationem Vers: Wäre aber: non esse affingendam, sed illa verba de longissimi temporis præscriptione intelligenda esse; Ratio est, quia allegatus versiculus se expressè refert ad jus commune, in verbis: Nach mehrerer Außweisung gemainer geschribener Rechten: Atqui jura comunia restitutionem in integrum tantùm requirunt in præscriptione longissimi temporis, juxta verba dict: *l. sancimus. ult.* EXCEPTIONIBUS 30. VEL 40. ANNORUM IN SUO STATU REMANENTIBUS: Non autem in præscriptione longi temporis, quæ ex Justiniani dispositione ipso jure omninò non currit, cùm melius sit, (ut Imperator planè non ebrius sapientissimè loquitur) minorennium jura intacta servare, quàm post causam vulneratam remedium quærere; Ergò nec nostra statuta aliter, nisi de præscriptione longissimi temporis intelligenda sunt. Videatur *D. Arnold. Rath de præscript. cap. 4. assert. 14.* ubi hanc opinionem etiam juri Bavarico magìs consonam esse existimat, à quâ in judicando discedendum non sit.

14 Excipiendi tamen sunt absentes Reip. causâ, tametsi enim articulus noster indistinctè majorennibus ex capite absentiæ, vel ignorantiæ restitutionem in integrum neget, tamen, cùm de jure communi apertè constitutum sit, ut Reip. causâ absentibus restitutio in integrum competat, *l. 1. ff. ex quibus caus. major. in integ. restit.* & hoc de jure nostro statutario correctum non sit, valet Regula, quod non mutatur, cur stare prohibeatur? Præsertim, cùm favores Reip. causâ concessos ampliare potiùs, quàm minuere conveniat.

15 Quomodò autem contra omissam inventarij confectionem minorenni restitutio in integrum denegetur, videbimus in *Artic. 8. Tit. 43.* der Land-Recht. Interim de hoc videatur *D. Arnold. Rath. de præscript. cap 4. assert. 12. litt. H.*

16 Diximus in præcedentibus, statuta nostra Provincialia majorennibus ex capite ignorantiæ nullam restitutionem in integrum concedere, & hanc sententiam etiam juri communi conformem esse, prout *D. Rath. fusiùs probat in tractat. de præscript. cap. 5. assert. 84.* Tamen, cùm contraria sententia communior, & receptior sit, si eidem quis adhærere velit, hîc inter jus commune, & Bavaricum differentia constituenda, & pro sententiâ juris comunis ulterior gravis quæstio examinanda est, à quo tempore computari debeat quadriennij tempus ad restitutionem in integrum concessi, an à tempore scientiæ, an verò à tempore acceptæ læsionis? De qua quæstione videri possunt, *D. Rath. l. c. cap. 5. assert. 45. Covaru. in l. possessor. part. 3. §. 3. cap. 4. de Reg. Juris in 6. Tyraq. de Retractu. §. 35. glossa. 4. num. 44. Balbus. 1. part. 6. princip. num. 28. & alij.* Nos sicco pede transimus, cùm articulus noster majorennibus ob ignorantiam omnem restitutionem in integrum deneget, ut propterea de initio quadriennij multùm disputare inutile sit.

Diff.

Deß

Deß X. Tituls

Vom Einstandt.

Erster Articul.

WEr aigen ligend Guet hat / vnd das verkauffen will / der soll es seinen Freunden / die jhme die Nechsten im Grad der Sipschafft / biß in vierdten Grad / verwandt / vnd im Land seyn / anbieten / vnnd jhnen vor anderen kauffs statt thun; Wäre aber derselben Freund keiner im Land / doch Verwalter / Befelchhaber / oder Vormunder im Land hätten / daß offenbar vnd kundtlich wär / denselben Verwaltern / Befelchhabern / oder Vormundern / soll gleicher massen / an deß / oder der abwesenden nechsten Freund statt / das Anbott beschehen.

Wäre aber das Guet deß Verkauffers nit aigen / sonder hätte nur darbey ein Gerechtigkeit / die er verkauffen wolte / Soll er dieselb seinem Grundt-Herrn vor den Freunden anbieten / wie hernach mit mehrerm verordnet ist. Und so ferr dann der Verkauffer sich mit dem Freund / oder seinem Grundt-Herrn deß Kauffs vnd Bezahlung mit einander derselben Zeit vergleichen mögen / so soll es dabey bleibē. Geschehe aber den nechsten Freunden / oder dem Grundt-Herrn das Anbott nit / so ist darumb der Kauff / deßhalben allein / nit vnkräfftig / doch soll es in disem Fall mit dem Einstandt gehalten werden / wie in nechst-folgenden Articuln mit mehrerm begriffen ist.

SUMMARIA.

1. *Quid sit jus retractûs, & quibus aliys nominibus vocetur?*
2. *An hoc jus de jure communi in usu fuerit?*
3. *An hæc consuetudo sit rationabilis?*
4. *Quot sint species juris retractûs?*
5. *Quibus personis jus retractûs non competat?*
6. *An retractus jure dominij, vel jure consanguinitatis potior sit?*
7. *An oblatio consanguineis facienda, sit de substantia actûs?*
8. *Quæ sit differentia inter oblationem, quam consanguineus consanguineo, & vasallus domino facere debet?*
9. *Et quando domini consensus sit de substantia actûs?*
10. *Quid si dominus consensum dederit ad alienandum feudum, vel emphyteusin in extraneum, an consanguinei tamen jus retractûs habeant?*
11. *An cognatis extra Provinciam constitutis oblatio fieri debeat?*
12. *An etiam res mobiles juri retractûs subjaceant?*
13. *An clericus consanguineus jus retractûs habeat?*
14. *An etiam clericis per jus retractûs succedi possit?*
15. *An Monachi, & regulares jus retractûs habeant?*
16. *An ipsorum cognati in rebus Monachorum jus retractûs habeant?*
17. *An ipsis Monasteryś jus retractûs in bonis Monachorum competat?*
18. *Quid si ipsum Monasterium res alicujus Monachi paternas, aut avitas alienet, an sit locus juri retractûs?*

1 IN proximè præcedentibus quatuor Titulis semper agebatur de ijs, quæ à contractu emptionis, & venditionis dependentiam habent, & ad eum confirmandum, & perficiendum, vel ad infirmandum pertinebant, de quo posteriori genere contractûs scilicet infirmandi, sive potiùs transferendi, ut suo loco sequetur, non minima species est jus retractûs, sive Protomiseos, de quo articulus præsens loquitur, & multa notabilia comprehendit; Habet autem hoc jus plurima nomina tam Latina, quàm Germanica, quibus substantia rei sufficienter declaratur. Fridericus Imperator Jus πρωτομύσεως vocat, quòd ex eo jure fiat quædam mixtio, coitus, sive conjunctio, ut scilicet ea, quæ priùs à familia fuerunt separata, per conjunctionem iterum coalescant Alij legunt προτημύσιος, id est jus prælationis, eò, quòd consanguineus in venditione rei ad familiam pertinentis præferatur alijs emptoribus extraneis, & hinc vocant jus prælationis. Alij vocant jus congrui, quasi æquitati congruum sit, ut consanguinei extraneis præferantur. Jus retractûs communiter appellatur, quia consanguineus ad familiam quasi retrahit, quod ab eadem per alienationem in extraneum transivit. Germanicis verbis vocatur: Ein Einstandt-Recht / Vorkauff/ oder Nächergeltung / Losung/ oder Abtrib / ꝛc. & quæ ejusmodi verba pro diversitate Provinciarum plura reperiuntur, quæ in effectu idem significant, scilicet potius aliquod jus, quod consanguineis, & propinquis præ alijs personis extraneis competit.

2 Et quamvìs Imperatores Valentinianus, Theodos. & Arcadius in *l. dudum. 14. Cod. de contrahenda empt. & venditione.* hoc jus prorsùs abrogaverint, cùm pro gravi injuria habuerint, quæ inani honestatis colore veletur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, tamen ab hac lege ferè ubique locorum consuetudine iterum recessum fuit, ut de Italia, Gallia, & Hispania, aliisque locis attestatur *Tyraquell. in præfat. ad tit. 1. de jure retract.* & de universa Germania *Gail. l. 2. pract. observ. observat. 19.* ubi hanc consuetudinem favorabilem, & potiùs extendendam, quàm restringendam esse existimat, cùm sit generis, nominis, familiæ, & domûs conservatrix, ipsæque leges lugubre, & deplorandum judicent, videre paternas, & avitas domos, ac antiqua majorum prædia in externas manus transire: *l. lex quæ. 22. Cod. de administratione tutorum. l. in fundo. ff. de rei*

3 *vindicatione*, *l. si emptionem. ff. de minoribus.* Certè, quòd talis consuetudo rationabilis, & omninò firma, & valida sit, nemo dubitare potest, cùm originem suam ex sacra scriptura trahat, ut videre est in *lib. levit. cap. 25.* Ubi lex Mósaica sic habet: si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam, & voluerit propinquus ejus, potest redimere: Et *Jerem. cap. 32.* dicitur: Eme tibi agrum meum, qui est in Anatoth, tibi enim competit ex propinquitate, ut emas.

4 Quod attinet ad divisionem hujus juris retractûs, quatuor plerumque species constituuntur. Prima species est, quæ competit jure dominij, ut paulò post videbimus: Si quis enim dominium suum utile, V. G. Vasallus jus suum feudale, Colonus jus suum emphyteuticum qualecunque, vel vitaliticum vendere velit, domino feudi, emphyteusis, vel vitalitij, jus retractûs, sive προτομύσεως, id est, jus prælationis, sive congrui competit: Altera species est, quæ competit consanguineis, & propinquis; Et licèt *Art. 3. Lib. 3.* der Bayrischen Lands-Ordnung/ de Anno 1553. pluribus conqueratur, quòd sincerus sensus, & intellectus hujus juris ex malitia hominum in talem abusum venerit, ut infinitæ ferè lites exinde orirentur, in novis tamen constitutionibus nostris Bavaricis hæ duæ species rescissis abusibus fuerunt receptæ. De tertia autem specie, quæ competit jure vicinitatis, & de quarta, quæ ex *l. dudum. 14. Cod. de contrah. empt. & vend.* Jure consortij competit, statuta nostra Provincialia nihil disponunt, ex quo colligimus,

ligimus, licèt *l. dudum. 14.* quoad primas duas species retractûs sit abrogata, quòd tamen in posterioribus speciebus vicinitatis nimirùm, & consortij adhuc teneat: Ut scilicet vicinis, & consortibus res suas pro arbitratu suo vendere licitum sit. Ex quo statim sequitur, quòd nec affinis, rem ab affine venditam, nec usufructuarius rem à proprietario venditam, nec proprietarius emolumenta usufructûs ab usufructuario vendita retrahere possit, 5 quia omnes isti respectus, vel ex solo jure consortij, aut vicinitatis profluunt, quibus statuta nostra Provincialia privilegium retractûs non concedunt. Videatur *Tyraquell. de Retract.* §. *1. gloss. 7. n. 60.* Et *Did. Covar. var. Resol. lib. 3. cap. 11. n. 4.* Abstrahendo igitur ab his in Patria nostra nullo modo approbatis speciebus simpliciter manebimus in terminis Tit. nostri: Et primò quidem circa duas species priores nempè retractum jure consanguinitatis, vel jure dominij directi competentem.

Prima quæstio est, quæ ex illis potior, & favorabilior sit? Et Respondemus, nullum dubium esse, quin dominus consanguineo præferatur: 6 Ratio est, quia dominij jus reale fortius est, jure consanguinitatis personali: Deinde jam priùs diximus, ex *l. dudum. 14. C. de contrah. empt. &c.* Consanguineis, & proximis hanc prærogativam omninò abrogatam esse, ut rem extraneo venditam ad se revocare possint, at *l. cùm dubitabatur. 3. Cod. de Jur. Emphyteut.* nullibi abrogata invenitur, quæ tamen domino directo Emphyteusis expresè permittit, ut, si dominus optare maluerit, & tantam præstare quantitatem, quantam ipse Emphyteuta reverà ab alio percipere potest, dominus potior sit: Convenit articulus noster in Vers: Wäre aber; Et in *Artic. 15.* ubi retractus ex jure dominij præfertur retractui ex jure consanguinitatis. Videantur tamen explicatiùs, & cum exactioribus distinctionibus tradita ad *dict. Art. 15.*

Secunda quæstio est, cùm articulus expresè requirat, ut venditor obligatus sit, consanguineis rem venalem præ extraneis offerre, an hoc sit de 7 necessitate, ita ut sine tali oblatione contractus ipso jure sit nullus, & invalidus? Et Respondemus negativè, libertas enim vendendi cuilibet relinquitur, ita tamen, ut oblatione neglecta consanguineo nascatur actio ad rem retrahendam, & venditionem rescindendam, vel potiùs in se transferendam. *Ant. Gomez. ad ll. tauri. l. 70. n. 36.* Vers: Geschehe aber den nechsten Freunden das Anbott nit / so ist darumb der Kauff deßhalben allein nit unkräfftig / doch soll es in disem Fall mit dem Einstandt gehalten werden / wie in forderen Articuln mit mehrerem begriffen ist.

Quæres, quare hìc solùm de oblatione consanguineis non facta mentionem fecerimus, cùm tamen articulus etiam dominum directum, den 8 Grundt-Herrn / expresè comprehendat? Respondemus, inter rem allodialem venditam, & rem feudalem, sive Emphyteuticam, hanc differentiam esse, quòd quilibet dominus allodialis rem pro suo lubitu, & arbitratu vendendi facultatem habeat, Vasallus autem, & Emphyteuta rem feudalem, & Emphyteuticam sine consensu domini vendere non possit. Land-Recht / *Tit. 11. Art. 4. & Tit. 21. Art. 8.* Videtur igitur alienatio feudi, vel emphyteusis omninò nulla, & invalida esse, si fiat, non facta priùs oblatione domino feudi, vel emphyteusis: Respondemus, aliud esse, vendere sine consensu domini, & aliud, vendere sine oblatione prævia facta do- 9 mino. Si quis clandestinè domino ignorante rem feudalem, vel Emphyteuticam vendit, utique alienatio non tenet, & prorsùs nulla, & invalida est juxta articulos modò allegatos: Si autem dominus à vasallo, vel Emphyteuta pro præstando consensu requisitus fuit, & ille sine justa, & sufficienti causa negatus (loquimur hìc tantùm de feudis bursaticis, non rectis, & equestribus, de quibus paulò post) Vasallo, vel Emphyteutæ jus alienandi nihilominùs competit, cùm dominus pro præstando consensu re-

quisitus eum denegare non possit. Et de hoc casu articulus noster intelligendus est, ut oblatione venditionis à vasallo, vel Emphyteuta neglectâ alienatio non sit ipso jure nulla, sed domino feudi, vel Emphyteusis nihilominùs jus retractûs competat.

10 Quæstio tertia est, quæ non ita pridem contigit, si scilicet dominus feudi bursatici, vel Emphyteusis cujuscúnque, der Erb-Recht / veranlaiten Frey-Stifft / oder Leib-Recht / consensum suum præstiterit ad rem vasalliticam, vel Emphyteuticam extraneo vendendam, an Vasalli, vel Emphyteutæ proximus consanguineus jus retractûs habeat? In allegata facti contingentia dominus Emphyteusis firmiter existimavit, cùm extraneum emptorem libentiùs pro subdito haberet, sibi jus esse, consanguineo jus retractûs denegandi: Verùm, cùm privato licitum non sit, alteri beneficium, quod sibi de jure communi statutario competit, adimere, sine hæsitatione Respondimus, consanguineo jus retractûs competere, nisi fortè dominus aliam justam, & legitimam causam allegare possit, consanguineum recusandi, fortè, quia homo prodigus est, malæ famæ, vel ex alio capite incapax, & insufficiens, ut suo loco videbimus, nam, licèt domini consensus ad alienationem necessarius sit, illum tamen legitimè requisitus præstare tenetur, nec venditor restringi, aut cogi potest, ut huic, vel alteri determinatæ personæ, cui dominus magìs favorabilis est, vendat, cùm fortè alium pluris licitantem, & offerentem habere possit: Et, si supponas, quòd colonus, vel Emphyteuta prædium Emphyteuticum obligatus sit vendere, illi, qui domino magìs placuerit, nihilominùs tamen jus retractûs juxta dispositionem articuli nostri consanguineo in salvo manet, cùm illa generalis sit, & hanc exceptionem de persona domino directo magìs favorabili, & accepta nullibi adjunxerit. Interim non negamus, quin dominus, si res Emphyteutica, vel feudalis minùs grato emptori vendita fuerit, juxta dispositionem *Artic. 5.* illam jure retractûs ad se recipere, & alteri personæ magìs acceptæ de novo in feudum, vel Emphyteusin concedere possit, ut in *Artic. 14. & 15. subseqq.* plura habentur, non autem sibi retinere teneatur.

11 Quarta quæstio est, si consanguinei, & cognati venditoris sint extra Provinciam, an illis nihilominùs oblatio, das Anbott / fieri debeat? Et in hoc articulus noster disponit, si consanguinei absentes notoriè in Provincia administratores, mandatarios, aut procuratores, tutores, vel curatores habeant, quòd illis non minùs, quàm ipsis consanguineis, si præsentes essent, oblationem facere necesse sit. Ex quo à contrario sensu rectè inferendum esse concludimus, si absentes consanguinei ejusmodi substitutos administratores, procuratores, tutores, aut curatores in Provincia non habeant, quòd venditor non sit obligatus, illis extra Provinciam absentibus cum suo gravi incommodo denunciationem venditionis, & oblationem facere. Interim tamen putamus, ejusmodi absentibus duplicandum esse tempus juri retractûs præfixum, prout etiam juxta *Art. 2.* duplicatur consanguineis præsentibus, quibus nulla denunciatio, aut oblatio venditionis facta est;

12 Quinta quæstio est, an etiam res mobiles juri retractûs subjaceant? Et ex hoc articulo clara est Responsio, quòd non: Quia simpliciter loquitur de bonis immobilibus, wer aigen ligend Guet hat / rc. Ratio est, quia jus retractûs introductum est propter affectionem, quam homines ad res ex familia sua alienatas habent, affectio autem utique minor cadit in mobilia, quàm imobilia, cùm mobilium vilis, & abjecta sit possessio. *l. si rem. 47. ff. de acquir. vel amitt. poss.* Et semper aliæ res mobiles in alienatarum locum ejusdem bonitatis, & qualitatis substitui possint. *Azevedo ad Reg. Const. Hisp. lib. 5. tit. 12. l. 7. n. 8.*

Deni-

Denique, an Clerici consanguinei, vel aliæ personæ Ecclesiasticæ juris retractûs in venditione Laicorum capaces sint? De quo agitur in *cap. constitutus. 8. x. de in integr. restit.* velècontra, si Clericus, vel persona Ecclesiastica rem suam extraneo vendat, an Laici consanguinei vi statuti idem jus habeant? Videri potest apud *Ant. Gomez. ad ll. tauri. l. 70. n. 7. Gutierez. pract. quæst. quæst. 156. n. 2. & 3.* Ubi affirmativè Respondent, licèt alterum membrum graviorem difficultatem patiatur, cùm Clericis, & personis Ecclesiasticis videatur de rebus suis disponendi certus statuto sæculari modus præscribi non posse. Verùm, quia summus Pontifex in dict: *cap. constitutus. 8.* ejusmodi consuetudinem non modò in tantum approbat, ut Clerici sæcularibus personis res suas extra familiam alienantibus jure retractûs ex capite consanguinitatis succedere possint, verùm etiam, si minorennes sint, contra neglectum jus retractûs in integrum restitui debeant, dubium esse non potest, quin summus Pontifex idem in casu converso voluerit, ut nimirum Laicus rem à Clerico, vel personâ Ecclesiasticâ alienatam jure consanguinitatis retrahere possit, quia utrobique eadem æquitatis ratio subest, prout non infimæ doctrinæ ac authoritatis scriptores inveniuntur, qui in ea sunt sententia, ut, si Clerici uti volunt consuetudine, aut statuto laicali contra alios, pati debeant, ut Laici eâdem consuetudine, & statuto ex jure talionis non minùs contra clericos uti possint: Qui enumerantur ab *Andrea Tyraquell. tom. 3. de jure retract.* §. *1. gloss. 13. n. 7.* Aliud est dicendum de Monachis, & Regularibus, *Petrus Gregor. Tholos. in syntag. juris. l. 26. cap. 17. n. 4.* & *Benedell. de jure Protomys. ad Princip. constit. num. 210.* Ratio differentiæ est, quia Monachis, & Regularibus non competit, habere affectionem ad res majorum suorum, quibus se sponté abdicârunt, & ultimum vale dixerunt, neque ampliùs pro consanguineis reputantur, quia sæculo mortui sunt, & eorum cognatio dicitur esse in cœlis, ut loquitur glossa in §. *nullam. V. ingratus Aut. de SS. Episcopis*, cùm ècontra Clericis, & personis Ecclesiasticis sæcularibus jura consanguinitatis remaneant, & subinde filij Clerici in rebus parentum, & majorum suorum majorem affectionem ostendant, & gloriam quærant, quàm ipsi Laici. 13 14 15 16

Quid autem dicendum est de ipsis Monasterijs, quæ bonorum capacia sunt, & in jura filiorum succedunt? Certè, sicut nec ipsis Monachis, & Regularibus jura retractûs conceduntur, ita multò minùs ipsis Monasterijs, cùm longè minùs consanguinei, vel propinqui dici possint, quàm ipsi Monachi, & Regulares, qui, licèt mundo mortui sint, adhuc tamen in carne vivunt, & jura naturæ, sive sanguinis non exuunt: Deinde jus retractûs, ut paulò post ad *Art. 2.* videbimus, jus personale est; Sicut ergo præsupponimus, consanguineum post professionem factam hujus juris personalis incapacem esse, ita multò minùs illud ad Monasterium transferre potest, quod enim quis non habet, alteri dare non potest. *l. traditio. 20. ff. de acquirend. rerum domin. l. nemo plus. 120. ff. de R. J.* Denique in *Artic. 5. hujus Tit.* expresse dicitur, quòd jus retractûs illi non permittatur, qui rem ipsam habere non petit, sed illam pro altero tantùm recuperare desiderat: Atqui Monachus professus rem ipsam nec habere, nec pro Monasterio desiderare potest, ergo cessante statutorum ratione, nempè affectionis ad rem jure consanguinitatis, & propinquitatis, & prævalente solo Monasterij tanquam extranei comodo, & utilitate, Jus Protomyseos deficit, juxta regulam comunem, deficiente causâ impulsivâ legis, deficit etiam ejus dispositio. *l. generaliter. 24.* §. *si quis tutorem. 9. ff. de fideicomiss. libert. Tyraq. de jur. retr.* §. *1. gloss. 8. n. 10. Gomez. ad ll. tauri. l. 70. n. 9.* 17

Quid si autem Monachus, vel Regularis res paternas, vel avitas ad Monasterium detulerit, & Monasterium illas ex post facto distrahat, an non proximis consanguineis sæcularibus jure consanguinitatis retractus con- 18

cedendus ſit? Ratio eſt, quia videtur adhuc durare cauſa impulſiva, ob quam leges ſtatutariæ Jura Protomyſeos admittunt, nempè affectio erga res majorū, & ut illæ in eadem domo, & familia conſerventur. Sed, quia propter profeſſionem bona ipſo jure in Monaſterium tranſierunt, ceſſat vinculum conſanguinitatis, & propinquitatis, neque enim Monaſterium Laicis dici poteſt conſanguinitatis, aut propinquitate junctum. Igitur etiam jus retractûs ceſſat, & deficit. Deinde jus retractûs non datur ex alio contractu, ſive gratuito, ſive oneroſo, niſi emptionis, & venditionis, juxta *Artic. 18. hujus Tit.* Profeſſi autem ſua bona ad Monaſteria non titulo emptionis, vel venditionis transferunt, ſed vel donationis, ſucceſſionis ex teſtamento, vel ab inteſtato, legati, vel ſimili, ergò. Idem *Gomez. ad ll. tauri. dict. l. 70. n. 10.* Quamvìs Prælati, & alij ſuperiores Regulares non malè faciant, ſi conſanguineis Laicis res majorum ſuorum præ extraneis indulgeant, modò idem pretium, eaſdémque ſolutionis conditiones, & terminos offerant, prout ſæpiſſimè vidimus, à diſcretis Religioſorum ſuperioribus id factum eſſe, cùm utique conſanguinei hâc in parte favorabiliores ſint, utpote ex quarum familia res ad Monaſterium devenerunt, nec Monaſterij quidquam interſit, ſive unus ex familia res aliàs venales, ut ponimus, ſive ut extraneus reluat.

An Patres ſocietatis, qui circa jura ſucceſſionum, & diſtinctionem votorum multa privilegia, & præcipua prætendunt, etiam circa jura retractûs præ alijs Monaſterijs aliquid ſpeciale habeant, videbimus, quando ſuo tempore illam materiam occaſionaliter tangemus.

Der Andere Articul.

Kundte aber der Verkauffer auff beſchehen Anbott / mit den nechſten Freunden / derſelben Vormunder / oder Gewalthaberen / ſich deß Kauffs vnd der Summen / auch der Bezahlung nit verainen / oder wolten ſonſten die Freund in Kauffs-Handlung ſich damahlen nicht einlaſſen / noch auch deß Einſtandts verzeyhen / ſonder eintweders gar ſchweigen / oder jhr Recht jhnen vorbehalten / alſo daß der Kauff mit einem Freund deſſelbenmahls nit beſchloſſen wurde / Alsdann mag der Verkauffer ſolch ſein aigen ligend Guet / einem anderen vnd frembden wol anbieten / vnd wo ſich dann der Verkauffer mit einem anderen oder frembden / deß Kauffs vnnd Kauff-Summen veraint / oder jhme das Guet käufflich zugeſtellt hat / ſo mag alsdann der nechſt Freund / ſo dem Verkauffer mit Siptſchafft / biß in den vierdten Grad verwandt (welcher vierdte Grad oder Sipt auch eingeſchloſſen ſeyn ſoll) in einem Jahr / dem frembden Kauffer wol in den Kauff ſtehen / vnd denſelben allermaſſen / wie mit jhme dem frembden getroffen vnd beſchloſſen iſt / annemmen / Welchem nechſten Freund derſelb Kauffer / auff ſein Erſuechen / ſolches Kauffs abſtehen / vnnd jhme den alsbalden folgen laſſen ſoll.

Und ſoll das gemelte Jahr / wann die vom Adel vnd andere gefreyte Perſohnen / als Fürſtliche Räthe / die von den Geſchlechten in den Haupt-Stätten / vnnd Doctores verkauffen / von Zeit der Einantwortnng deß Guets / aber bey den anderen / von dem Tag an / wann der Kauff bey der ordentlichen Obrigkait angegeben /

vnd

vnd eingeschriben würdet / gerechnet werden / vnnd seinen Anfang nemmen.

Wär aber dem Freund / der mit dem frembden getroffne vnnd beschloßne Kauff / mit seinen Umbständen zuwissen gemacht worden / So soll alsdann dem Freund / von der Zeit an / als man jhme den Kauff wissentlich gemacht / die Zeit deß Jahrs anfangen zu lauffen / es seye gleich der Kauff mit wem er wöll getroffen / bey der Obrigkait angegeben / oder die Einantwortung deß Guets dem Kauffer beschehen oder nit.

Als sich aber offt begibt / daß den nechsten Freunden das Anbott gar nit beschicht / noch jhnen der Kauff kundt gethan: vnd dahero mehrmalen der nechste Freund an seinem Einstandt-Rechten verkürtzt würdet / Soll den nechsten Freunden in solchem Fall die Zeit dupliert werden / also für ein Jahr / zway Jahr / zum Einstandt gegeben vnd zugelassen / doch nach Verfliessung solcher Zeit / männiglich von dem Einstandt außgeschlossen / vnd derselb gäntzlich erloschen seyn / auch zu Erlangung desselbē / ainiche Widerstellung in vorigen Standt / die wegen der Unwissenheit / oder sonsten möchte begehrt werden / oder andere Behelff vnd Fürwandt / wie sie jmmer Namen haben mögen / nicht statt haben / noch angehört werden.

SUMMARIA.

1. *Quæ requirantur, ut post oblationem consanguineis factam ad celebrandam venditionem cum extraneo deveniri possit?*
2. *Quæ sit differentia, si oblatio omninò non est facta, & si facta sit nondum acceptata?*
3. *An oblatione facta consanguineus debeat se ad contrahendum resolvere?*
4. *Vel juri retractûs renunciare?*
5. *Quid si solummodò taceat, aut nec consentiat, aut dissentiat?*
6. *Quid si consanguineus retractum expressè sibi reservet?*
7. *Quid si consanguineus expressè dicat, ad oblationem se nolle emere?*
8. *An, & quando domino rei feudalis detur jus superretractûs?*
9. *Quæ distinctio sit, si consanguineus simpliciter dicat, se nolle emere, vel si dicat, se nolle NUNC emere?*
10. *Jus retractûs ad quem gradum cognationis se extendat?*
11. *Ad quem de jure statutario?*
12. *Quomodò gradus in jure retractûs numerentur, an secundùm jus canonicum, vel civile?*
13. *Quare jus retractûs in patria nostra ita restrictum sit?*
14. *An jus retractûs detur affinibus, marito, aut uxori?*
15. *Quomodo maritus ratione liberorum in rebus uxoris jus retractûs habeat?*
16. *Exsplicatur casus hîc propositus.*
17. *Resolvitur casus pro patre.*
18. *Sed an etiam locum habeat in matre?*
19. *Quid si uxor alienet rem dotalem, an maritus jus retractûs habeat?*
20. *Quid si alienet res paraphernales?*
21. *Saltem cum consensu mariti?*
22. *Quid si uxor alienaverit bona receptitia?*
23. *Quid si nulli liberi adsint?*
24. *Quomodò intelligendum sit, quòd maritus ex persona uxoris jus retractûs habeat?*
25. *Quid si uxor consentiat, ut maritus reluat, sed tamen, ut bonum fiat uxoris receptitium?*
26. *Quare semper in jure retractûs propinquior remotiori consanguineo præferatur?*

27. Quid si propinquior hoc jure uti nolit?

28. An hoc jus cessibile sit?

29. An propinquior consanguineus saltem per mutationem hoc jus in remotiorem transmittere possit?

30. Quid si venditor rem alienaverit in remotiorem consanguineum?

31. Quid si proximus consanguineus velit ad contrahendũ gradu propinquiorem transilire?

32. An hoc jus consanguineis incolis, & extraneis commune sit?

1 DIviditur hic Art: in *4. Vers:* quorum singulos ordine explicabimus, ne-
cessaria quædam superaddentes: Præliminariter autem pro explicatio-
ne primi, & tertij Versiculi reflexio facienda est ad Articulum primum,
ubi vendentibus bona sua immobilia obligatio imponitur, ut oblationem
priùs faciant consanguineis, & propinquis. Statuit igitur articulus, tunc pri-
mùm oblatione factâ ad ulteriorem venditionem cum extraneo celebrandam
deveniendum esse, quando 1. Consanguineus se tunc temporis contractui
emptionis, & venditionis imiscere. Nec 2. Jure retractûs renunciare vult,
sed 3. omninò tacet, vel 4. jus suum sibi reservat ita, ut ad oblationem
factam cum consanguineo pro illa vice contractus emptionis, & venditio-
nis concludi non potuerit, tunc enim, ut jam ad priorem articulum dixi-
mus, cùm oblatio non sit de essentia, & validitate contractûs, procedi po-
test ad contractum cum extraneo concludendum, sed, ut paulò post seque-
2 tur, hæc est notabilis differentia inter utrumque casum, quando oblatio
omninò non est facta, & quando facta est, sed à consanguineo non acce-
ptata, nec etiam recusata: In primo casu oblationis prorsùs omissæ, da-
tur consanguineo ad retrahendum duplicatum tempus, scilicet biennij:
In secundo casu, oblatione nimirum legitimè factâ, datur tantùm tempus
anni, & diei, ut versiculus ultimus pleniùs explicat, ubi paucis hæc reso-
lutio firmabitur.

3 Interim ex his præliminaribus notandum est, quòd 1. Consanguineus
ad oblationem sibi factam obligatus non sit, ut cum consanguineo alienan-
te contractum emptionis, & venditionis contra suam voluntatem celebret.
Ratio per se clara est, quia contractus meræ voluntatis sunt, nec ullo mo-
do quis ad contrahendum cogi potest. *l. 3. C. ne uxor pro marito. l. fi. me.*
4 *32. ff. si certum petatur.* 2. Nec consanguineus obligatus est, ut contra
suam voluntatem juri retractûs renunciet: Ratio est, quia priùs exspecta-
re potest, quas conditiones extraneus quivis offerat. Plerumque enim ho-
mines tam invidi sunt, ut consanguineis suis possessionem rerum ex domo
paterna, vel avita ad se devenientium, magìs invideant, quàm extraneis,
& proinde consanguineis oblationem faciant justum rerum pretium nimiùm
excedentem; Justissimè igitur disponitur, ut ad renunciationem non obli-
gentur; Cùm aliàs renunciationes stricti juris sint, nec unquam præsuman-
5 tur. 3. Si consanguineus, cui oblatio facta est, nec assenserit, nec juri
retractûs renunciaverit, sed solummodò tacuerit, vi hujus articuli sibi nul-
lo modo præjudicat, tametsi enim regula sit, qui tacet, consentire vide-
tur. *cap. qui tacet. 34. de Reg. juris in 6.* Præsertim in commodis, & emo-
lůmentis, tamen hoc nullo modo locum habet, quando alicui permissum
est, tacendo negotij exitum exspectare, prout est in jure retractûs. Consan-
guineus enim jus retrahendi non habet, quamdiu cum extraneo de vendi-
tione tractatur, nec tractatum impedire potest, ut ad priorem articulum di-
ximus, cùm oblatio intermissa contractum emptionis, & venditionis non
vitiet: Ergò taciturnitate suâ sibi nullo modo præjudicat. 4. Adhuc cla-
6 rius, & evidentius est consanguineis, quibus oblatio facta est: Jus suum
retractûs in salvo esse, quando illud, ut articulus loquitur, per expressum
sibi reservârunt, reservantibus enim jura sua semper ad illa regressus datur
per vulgaria.

Quæres,

Quæres, cùm articulus noster tantùm de his quatuor casibus loquatur, in quibus consanguineus sibi non præjudicat, si scilicet ad oblationem sibi factam tractatum pro ea vice recusat, si retractui renunciare nolit, si simpliciter taceat, & denique si expresse sibi jus retractûs reservet, quid dicendum sit: Si consanguineus ad oblationem factam expressis verbis dicat, se nolle emere? Ratio dubitandi est, quia priores 4. casus expressi, censeri debent exclusivi aliorum, maximè si sint majoris momenti, & dubij, prout sine dubio casus propositus est, utique enim talis sibi magìs præjudicat, qui diversis verbis profitetur, se nolle emere, quàm alter, qui tractatum tantùm, vel renunciationem recusat, vel simpliciter tacet, aut jus suum sibi reservat. Et quis prudenter credat, si statuta nostra Bavarica voluissent casum modò propositum simul cum quatuor priùs nominatis comprehendere, quòd illius non specialissimam mentionem fecissent? Et hanc sententiam affirmativam, quòd consanguineus expresse asserendo, se nolle emere, ad jus retractûs regressum non habeat, defendit *Fachin. controv. lib. 7. cap. 16. per totum*, ubi dicit, id non esse bonâ fide agere, sed astutè, & venditoris agnati, emptorisque extranei contractum impedire, cui opinioni ex ratione dubitandi saltem de jure nostro statutario libenter adhærerem, nisi obstaret aliorum magnorum virorum authoritas, utpotè *Tyraquelli de Retract. §. 1. gloss. 9. num. 145. Matthiæ Berlich. part. 2. conclus. 40. n. 48. Hartman. Pistorij. l. 2. quæst. 7. n. 8.* quamvìs isti DD. tantùm loquantur de jure civili, à quo articulus noster videtur discedere, cùm hujus casûs nullam, ut diximus, mentionem faciat. Si tamen, benevole Lector, ob rationes à *D. Doctore Rath in dissertatione juridicâ de Contin. differ. inter jus commun. & Bavar. assert. 1. & 2.* allatas propter hujus viri authoritatem sequi velis opinionem negantium, tecum non disputabo, cùm aliàs non facilè correctio juris communis per statuta Provincialia admittenda sit. Interim ingenuè fateor, prædictos DD. non loqui de illo, qui expresse dicit, se nolle emere, sed de illo, qui oblationem pro tunc factam recusat; Inter quæ palpabilis differentia est, sicut inter nunc, & nunquam, cautus igitur quilibet emptor extraneus esse debet, ne per ejusmodi assertionem consanguineorum mendacem inducatur ad expensas inutiles magno litigio primùm à consanguineo repetendas, aliásque tricas, & molestias subeundas. 7

Dices, nos supra ad articulum primum dixisse, quòd dominus rei feudalis, vel emphyteuticæ, si consensum suum ad illius alienationem in extraneum dederit, & contractus perfectè quidem celebratus, sed à consanguineo jure retractûs scissus fuerit, contra consanguineum jure superretractûs venire non possit, quod videtur modò dictæ sententiæ negativæ contrarium, utpotè quæ admittit, quòd assertio cognati, se nolle retrahere, ipsi in jure retractûs nullo sit impedimento, ergò etiam ipsi domino præstitus ab eo consensus pro ulteriori retractu impedimento esse non debet. Respondemus, inter utrumque casum magnam differentiam esse. In præsenti enim casu agimus de simplici jure retractûs cognato competentis, in priori casu verò agitur de superretractu, quem propter odium variationis, & mutationis, ne detur processus in multas generationes, reprobamus; Deinde in hoc casu præsupponimus nudam consanguinei assertionem, quòd nolit emere, in priori verò casu præsupponimus actualem præstationem consensûs, quem dominus re non ampliùs integrâ, pænitudine ductus retractare non potest, multò minùs consanguineo jus retractûs, quod ipsi ex speciali concessione statutorum nostrorum etiam in rebus feudalibus, & emphyteuticis competit, impedire, aut eludere; Plus autem est, consensum præstare positivum, quàm nudis, & simplicibus verbis asserere, se nolle emere. Denique in casu præsenti agitur de nullius tertij præjudicio, sed solùm de præjudicio primi emptoris extranei, qui scivit, vel scire debuit, in 8

contractu suo consanguineis venditoris jus retractûs semper in salvo esse; At in priori casu agitur de tertij intervenientis interesse, nempè ipsius consanguinei, cui per variationem domini directi feudalis, vel Emphyteutici jus retractûs per contractum extranei sibi acquisitum ob variationem, & odium illius interverteretur, quod malitijs hominum indulgendum non est.

9 Certè præclarissimos istos duos viros Fach: & Rath facilè conciliemus, dicendo, consanguineũ tunc sibi non præjudicare, quando venditori venditionem offerenti respondet, se pro nunc nolle tractare, aut emere, de quo casu articulus noster loquitur: Sed quando emptori extraneo contractũ denuncianti simpliciter dicit, ego nolo emere, videtur planè in contractum extranei consentire, & verba sic generaliter prolata ad particulam Art: nostri, dermalen/ accomodari non posse; Est enim regulare in feudis, quòd vasallus consentiente proximo agnato feudum in remotiorem, imò etiam remotiore deficiente cum consensu domini in extraneum alienare possit, neque requiritur, ut consensus præstetur positivis verbis dicendo: Tractatum cum hac vel illa persona initum approbo, & ratihabeo, cùm consensus etiam alijs adminiculis, & verbis inducatur, præsertim si is, cujus interest, præsens fuerit, & actum fecerit, ex quo approbatio alienationis deduci possit, E. G. si evictionem spoponderit, *l. exceptione. Cod. de evict. l. vindicantem. ff. eodem.* Vel scripserit, aut subscripserit instrumentum venditionis, *l. fidejussor. §. 1. ff. de pignoribus.* Vel emptori persuaserit, ut emeret, *l. si quis affirmaverit. ff. de dolo malo*, cui profectò similis est, qui contractum à se factum proximo cognato fideliter insinuat, & ejusmodi responsum reportat, quòd nolit emere: Videtur enim in contractum extranei consentire, vel certè dolosè, & malitiosè tacuisse, contra *l. si sine. Cod. ad S. C. Vellejan. & l. 2. C. si alien. res pign. data sit. Hartm. Pist. l. 2. quæst. 7. n. 5. & seq.*

10 Ad quem gradum autem consanguinitatis in linea descendenti, ascendenti, vel collaterali jus retractûs locum habeat, quæstio est principalis versiculi primi hujus articuli? Ad quam respondemus, ad eum gradum usque extendi, quò extenditur jus successionis, per rationem, quia jus retractûs sequitur naturam successionis, successio autem in collateralibus non datur, nisi ad decimum gradum, prout est communis opinio, licèt multi successionem in infinitum extendant. §. *ult. Inst. de success. cognat. Nov. 118. Schrad. de feud. part. 10. sect. 19. n. 44.* Quod vel maximè in jure retractûs, attenta etiam juris communis dispositione, ad decimum gradum restringendum est, cùm ultra hunc affectio, quæ cadit in res paternas, & avitas, cujus causâ Jus Protymiseos introductum est, se dilatare non possit, ut jam alibi diximus, cùm rarò homines ultra decimum gradum agnatos, & cognatos agnoscant. Proindè comuniter docent, quòd, si in statuto non exprimatur gradus, in quo jus retrahendi permissum sit, intelligi debeat, illud ad decimum usque gradum licitum esse.

11 Verùm articulus noster hâc in parte differentiam à jure comuni, & aliarum
Diff. Provinciarũ statutis constituendo jus retractûs ad quartum gradum consanguinitatis restringit. Et quidem computando gradus juxta articulum undecimum secundùm dispositionem juris civilis, per rationem, quòd materia juris retractûs sit materia sæcularis, & non spiritualis, sive Ecclesiastica, ut
12 est matrimonialis, in qua juris canonici dinumerationem graduum observamus, ex quo sequitur, quòd jus retractûs fratribus, aut sororibus, eorúmque liberis, patruis, & avunculis, amitis, & materteris competat, & uno verbo ijs personis tantumodò, quibus de jure civili non conceditur inter se matrimonium, uno casu excepto, scilicet fratrum, aut sororum liberis, qui de jure civili inter se matrimonium contrahere non prohibentur, à jure

tamen

tamen retractûs inter se non excluduntur, cùm sibi invicem in quarto gradu conjuncti sint, quem articulus noster per expressum admittit in verbis: Welcher vierdte Grad oder Sipt auch eingeschlossen seyn soll: Ut ita dispositio de jure retractûs ad quartum gradum restricta intelligenda sit inclusivè, non exclusivè. Quare autem jus nostrum statutarium hac in parte jus commune, quod successionem ad decimum usque gradum, vel secundùm aliquorum opinionem, ut alibi diximus, in infinitum concedit, jus retractûs ad quartum solummodò gradum restrinxerit: Ratio esse videtur, quòd jus 13
successionis sit favorabile, & quasi jure naturæ sanguine junctis competat, jus autem retractûs, quamvis in hoc favorabile sit, quòd faciat res paternas, vel avitas in familia conservari, in hoc tamen odiosum est, quòd contra jus commune in supra cit: *l. dudum. C. de contrah. empt.* contra liberum arbitrium hominis tendat, qui à jure quasi divino, naturali, & positivo de rebus suis proprijs disponendi, in quem usum, & personam velit, plenissimam potestatem habet. *l. 1. C. de SS. Ecclesijs. l. in re mandata. C. mandat.* & Imperatores in dict: *l. dudum.* pro injuria reputent, ut liber homo de rebus suis aliquid cogatur facere invitus, *l. invit. C. de contrah. empt. l. falso. C. de commun. reb. alienandis.* Rectè igitur statuta nostra modum posuerunt, & hoc jus paucissimis, quos paulò antè enumeravimus, concesserunt. Deinde retractus consanguineis conceditur ob affectionem, quam habent ad res familiæ suæ, hæc autem affectio in remotioribus consanguineis tepidior est, quàm in tam propinquis, qui se in quarto gradu de jure civili computando contingunt.

Et quia articulus de solis consanguineis loquitur, per se deducitur, 14
quòd nec affinibus, nec ipsi marito, vel uxori, quæ capita sunt affinitatis, si alteruter ex consortibus matrimonij rem suam propriam vendat, jus retractûs permissum sit. *D. Rath. in dissert. juridica. assert. 82.* Si igitur uxor vendit, uxoris tantùm consanguinei, & si maritus vendit, mariti consanguinei ad retrahendum admittuntur, non autem consanguinei alterutrius consortis in matrimonio, cùm illi respectu alienantis solummodò affines sint.

Quid si autem ex communi matrimonio liberi adsint, potestné V. G. 15
maritus uxore rem propriam alienante nomine filij, quem in sua patria potestate habet, rem alienatam retrahere? Et vicissim, si maritus aliquid alienet, potestné uxor filio suo communi pecuniam subministrare, ut rem à marito alienatam retrahat? Ratio dubitandi est, quæ desumitur ex *Articulo 5. & Art. 16. hujus Tituli:* quia in priore disponitur, quòd nemo jus retractûs habere debeat, nisi in suum commodum: Et in posteriori, quòd filijs in bonis à parentibus alienatis jus retractûs non competat, nisi aliunde quàm à parentibus media retractionis, sive pretium redemptionis habeant, sed de istis duobus articulis loco congruo sermo redibit, hîc longè alia, & diversa nobis quæstio est, & quidem ista, si maritus, vel uxor vendat, an alteruter conjux, cùm proprio nomine non possit, saltem filij, vel filiorum, & liberorum nomine ad retractum rei à consorte suo conjugali alienatæ admittatur, de quo casu specialiter *Art. 16.* non loquitur, sæpè enim contingit, ut maritum, vel uxorem venditionis factæ pœniteat, &, cùm proprio nomine non possint, contractum in extraneum legitimè factum nomine liberorum rescindere velint, de quo nobis hîc sermo non est, sed in 16
diverso, & alio casu, ubi scilicet in contractu ab alio de familia facto filio communis matrimonij sine ullo dubio, aut hæsitatione jure proximitatis, aut consanguinitatis jus retractûs competit, filius autem media non habet, pretium redemptionis solvendi, an illud pater, vel mater subministrare, & loco filij rem venditam retrahere possint, E. G. avunculus, vel patruus mei filij vendit rem aliquam in extraneum de familia: Quæritur, an ego, vel uxor mea nomine filij nostri jus retractûs habeamus? Certum

enim eſt, quòd, ſi avunculus filij mei, id eſt frater uxoris meæ rem propriam vendat, uxor mea quidem jus retractûs ſine omni diſputatione habeat tanquam ſoror jure conſanguinitatis, ſed cùm ipſa ad rem retrahendam media non habeat, & ſic jus retrahendi ad filium comunem tanquam conſanguineum poſt uxorem meam proximum devolvatur, an ego parens loco filij mei pecuniam ſubminiſtrare poſſim ad rem ab avunculo filij mei alienatam retrahendam? Idem eſt, ſi fortè uxor mea mortua ſit, & avunculus filij mei rem ſuam in extraneum alienat: Certum eſt, quòd ego pater ex proprio jure Jus Protomiſeos non habeam, cùm tantùm venditoris affinis ſim: Sed ex perſona filij mei mihi dupliciter jus retractûs competit, nimirum tanquam legitimo adminiſtratori filij mei, qui præſupponitur adhuc in mea poteſtate eſſe; Deinde propter proprium meum intereſſe, cùm mihi in bonis filij mei adventitijs uſusfructus competat, de qua quæſtione
17 videri poſſunt *Tyraquell.* §. *1. gloſſ. 10. 11. & 101. &* §. *10. gloſſ. un. n. 24. Pegius.* vom Verkauff / *l. 2. cap. 13. Verſ. ult. ſemicent. noſtra. 1. controv. 27. num. 3.* quod ex parte patris dubitationem vix patitur, ſed, cùm mater libe-
18 ros in poteſtate ſua non habeat, neque ex propria perſona intereſſe aliquod prætendere poſſit, quia in bonis liberorum nec uſumfructum, nec ullum emolumentum habet, ideò magis ſubſiſtendum eſt, an illa filio ad retrahendam rem à patruo venditam pecuniam ſubminiſtrare poſſit? Tamen affirmativè reſpondemus, ſi enim quilibet extraneus filio meo ad pretium retractûs rei à conſanguineo ſuo ex parte mea, ſive latere patris ſui alienatæ pecuniam donare, mutuare, vel alio quocunque titulo ſubminiſtrare poteſt, cur non & mater ipſius, ſive uxor mea id facere poſſit, tametſi particulare intereſſe non habeat, niſi fortè remotum aliquod futuræ ſcilicet ſucceſſionis inverſo naturæ ordine? Cùm nullibi hæc donatio, ſive ſubminiſtratio pecuniæ matri prohibeatur. Articulus *16.* ſufficienter explicabitur, cùm ad illum pervenerimus, ita, ut clarè appareat, diſpoſitionem illius huic noſtræ aſſertioni prorsùs nihil obeſſe.

19 Diximus priùs, quòd maritus non habeat jus retractûs in re ab uxore venditâ, nec uxor in re vendita à marito, ex ratione, quòd inter ſe conſanguinei non ſint, & ſicut jure affinitatis retractus non admittitur, ita neque admittatur in marito, & uxore utpotè capitibus affinitatis. Hæc autem aſſertio de jure noſtro ſtatutario diſtinguenda eſt: Vel enim uxor alienat rem dotalem, paraphernalem, vel receptitiam. Rei dotalis alienatio ipſo
20 jure nulla eſt: Res paraphernales uxor ſine conſenſu, & præſcitu mariti alienare non poteſt, ut latè diximus ad *Tit. 1. Artic. 16.* der Land-Recht.
21 Quæritur igitur, an, ſi uxor bonum aliquod paraphernale cum conſenſu mariti alienaverit, an maritus ejus retrahendi licentiam, & poteſtatem habeat? Ratio dubitandi eſt, quia paulò antè præmiſimus, quòd patri competat jus retractûs in re ab avunculo alienata, ratione filij ſui ex eo, quòd in bonis filij uſumfructum habeat: Atqui maritus de jure noſtro ſtatutario in paraphernis uxoris non minùs uſumfructum habet, quàm in bonis filij ſui, ergò videtur ſui proprij intereſſe causâ rem ab uxore venditam retrahere poſſe; Sed id nullo modo admittendum eſt: Maritus enim, qui conſenſum uxori ad alienandum præbuit, proprio facto contravenire non poteſt, ut dicemus ad *Art. 16.* ineptiſſimum enim eſſet, ut marito indulgeretur facultas retrahendi, cùm alienationem uxoris uno verbo impedire potuiſſet.

22 Sed quid ſi uxor ſibi quædam bona pro libera diſpoſitione receperit, ſive retinuerit, & illa, prout poteſt, alienaverit? Annè marito in ejuſmodi bonis receptitijs jus retractûs competat? Si liberi adſint, res caret dubio, quin maritus tam ſuo, quàm liberorum nomine, ut paulò antè diximus, jure retractûs uti, & frui poſſit. Si autem liberi non adſint, major

diffi-

difficultas eſt, an ipſe maritus, qui nullum jus conſanguinitatis habet, propter ſuum propriũ intereſſe jure retractûs uti poſſit? Cùm præſupponamus, in ejuſmodi re retracta marito impoſterùm tanquam in re paraphernali uſumfructum competiturum: Sed reſpondemus, quòd etiam in bonis receptitijs uxoris marito nihil prorsùs de jure retractûs competat: Non ex perſona ſua, quia conſanguineus non eſt, nec ex perſona uxoris, quia uxor contra proprium factum venire non poteſt, ergo nec maritus ex perſona uxoris. 23

Dices, quare ergo in *ſemicenturia noſtra controv. 27. num. 4.* ſimpliciter aſſeveraverimus, marito ex perſona uxoris jus retractûs in paraphernalibus competere? Reſpondemus, id cum grano ſalis intelligendum eſſe, non quando uxor aliquid alienat, ſed quando alienatio fit à conſanguineis uxoris, tunc enim, ſi V. G. frater, vel ſoror uxoris meæ, vel ſimilis propinqua perſona aliquid alienat, & uxor mea, vel nolit, vel non poſſit rem in extraneũ alienatam retrahere, mihi marito etiam contra voluntatem uxoris de jure noſtro ſtatutario jus retractûs conceditur. Ratio evidens eſt, quia mihi marito in omnibus paraphernalibus bonis uxoris meæ uſusfructus debetur, juxta dictum *Tit. 1. Art. 16.* der Land-Recht: Sed iſta bona à conſanguineo uxoris meæ alienata per jus retractûs fiunt paraphernalia, ergo, ſi uxor mea retrahere nolit, ego propter intereſſe meum ex perſona uxoris retrahere poſſum, prout paulò antè de filio diximus: Videatur *Tyraquell. loc. cit. §. 10. gloſſ. un per totum. Ludovicus. com. concluſ. concl. 32. num. 7. Pegius. in tract.* vom Verkauff / *lib. 1. cap. 32.* Et hanc aſſertionem noſtram, ſi velis, potes pro differentia inter jus comune, & jus noſtrum ſtatutarium annotare, cùm de jure comuni paraphernalia bona non ſint, niſi quæ ab uxore ſponte ſua in mariti adminiſtrationem concreduntur: Cùm tamen de jure noſtro ſtatutario omnia bona uxoris ad maritum allata paraphernalia ſint, niſi ab uxore in pactis dotalibus pro libera diſpoſitione reſerventur. 24 *Diff.*

Quid ſi igitur uxor marito conſentiat, ut rem V. G. à fratre, vel ſorore ſuo alienatam jure retractûs reluat, hâc tamen additâ conditione, ut ſibi fiat receptitia? Reſpondemus, ſi uxor media retractionis non habeat, quòd maritus ineptus eſſet, ſi in hanc conditionem conſentiret, cùm, ut diximus, uxoris conſenſu opus non habeat, quia propter proprium intereſſe ſuum ex perſona tamen uxoris ipſi jus retractûs competit, quod uxor marito difficilius reddere nullo modo poteſt. 25

Quod de conſanguineis dictum eſt, qui jus retractûs uſque ad quartum gradum incluſivè de jure civili computandum habent, ita intelligi debet, ut ſemper propinquiores remotioribus potiores ſint. Ratio hujus rei eſt, quia in jure retractûs reſpectus habetur ad jus ſucceſſionis, qui autem proximior in gradu eſt, ipſe etiam potior eſt in ſucceſſione, ergò ſimiliter in jure retractûs. Deinde jus retractûs conceditur ob affectionem, quam conſanguinei habent in rebus majorum ſuorum: Affectio autem ad res majorum potiùs cadit in proximiores ſanguine, quàm in remotiores; Rectè igitur proximi gradu remotioribus præferuntur. *l. 1. §. ſi quis. ff. unde cognati. §. & licèt. 8. Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. l. 7. ff. de ſuis, & legit. hæred. l. penult. ff. de ſtatu hominum.* Si autem proximior in gradu jure retractûs uti nolit, tunc illud devolvitur ad proximè ſequentem in gradu; Ratio eſt, quia cauſa finalis hujus juris eſt conſervatio bonorum in familia, & cognatione, atqui res in cognatione non minùs per remotiores, quàm proximiores conſervatur, ergò etiam remotioribus jus retractûs indulgendum eſt, prout videbimus in *Art. 10. hujus Tituli.* 26 27

Interim hîc notandum eſt, quòd hoc jus ceſſibile non ſit; Ratio eſt, quia jus perſonale eſt, quod ſanguinis, & familiæ favore ijs tantùm perſonis conceditur, quæ ſunt de familia, & ad effectum duntaxat, rem in fa- 28

milia conſervandi, privilegia autem perſonalia perſonam non egrediuntur; Et hinc, ſi conſanguineus convinci poſſit, hâc intentione rem venditam ſolummodò retraxiſſe, ut poſtmodùm illam in extraneum tranſmittat, qui fortè etiam ad hoc pecuniam contulit, retractus illicitus, & invalidus eſt, ut paulò poſt videbimus, & hoc in tantum extenditur, tametſi is, qui jus retractûs alteri cedere cogitat, ſit ultimus de familia, ſemper enim remanet ratio impeditiva ceſſionis, quòd hoc jus perſonale ſit, & ad conſervationem familiæ tendat, nullo modo igitur ad extraneum tranſmiſſibile ſit. *Tyraquell. de jure retract.* §. *26. gloſſ. 1. n. 11.*

29 Illud tamen dubium non eſt, quin proximus conſanguineus remotiori ad ſucceſſionem in jure retractûs locum facere poſſit: Non quidem per modum ceſſionis, ſed potiùs per modum renunciationis, nam, ſi proximus conſanguineus jure retractûs uti nolit, poſterior in gradu hoc ipſo in ejus locum admittitur.

30 Quid ſi autem venditor rem in remotiorem conſanguineum ipſe alienaverit præterito proximiore, quem fortè minùs adamavit? Reſpondemus, quoſdam equidem hujus opinionis eſſe, quòd retractui locus non ſit. Ratio eſt, quia per talem alienationem cauſa legis, ſive ſtatuti obtinetur, ſcilicet conſervatio rei in familia, ſed contrarium verius eſt, quia jura noſtra ſtatutaria hoc jus ſpecificè proximo conſanguineo in gradu deferunt, non eſt igitur in poteſtate venditoris, ex mala intentione, ſive animo proximum conſanguineum ſuum hoc privilegio ſibi ex juris diſpoſitione competente ſuo facto defraudare. *Tyraquell. de retract.* §. *11. gloſſ. 6. num. 7. Gutierez. pract.*
31 *quæſt. l. 2. cap. 150. num. 4.* Idem dicendum eſt, ſi proximus conſanguineus, V. G. in primo, vel ſecundo gradu conſtitutus jus retrahendi non in alterum, qui ſibi in gradu proximus eſt, ſed remotiorem, V. G. in conſanguineum venditori primùm in quarto gradu conjunctum jure ceſſionis transferre velit; Ceſſionem enim proximo conſanguineo non aliter niſi per renunciationem juris ſui concedimus, quâ factâ jus retractûs non ex ipſius, ſed legis beneficio ad proximum ſibi in gradu ſuccedentem devolvitur, quod ipſi per ceſſionem in remotiorem factam interverti non poteſt. *Tyraquellus. de Retract.* §. *26. gloſſ. 1. num. 1. Gomez. ad leges Taur. l. 70. num. 8. Gail. 2. obſerv. 19. num. 10. Schrader. de Feud. part. 3. cap. 2. num. 11.*

32 In multis quidem locis uſu receptum eſt, ut conſanguineus, tametſi proximior ſit, jus retractûs non habeat, ſi in alia Provincia habitet, ſed, quia de hoc in ſtatutis noſtris Bavaricis nihil reperitur diſpoſitum, putamus, hoc beneficium apud nos incolis, & extraneis commune eſſe, quod ſatis apparet ex *Artic. 1.* ubi jubetur abſentium conſanguineorum mandatoribus, &c. oblationem fieri debere. Ergò agnoſcuntur pro conſanguineis, & juris retractûs capacibus. Ratio eſt, quia ſola conſanguinitas reſpicitur, quæ in forenſi non minùs locum habet, quàm in cive, & ſubdito. Si autem præſupponamus, forenſem à jure retractûs excludi, per ipſius tamen excluſionem reliquis conſanguineis ſecundùm proximitatem graduum in jure retractûs nihil præjudicatur; Sicut in ſimili, licèt proximus conſanguineus, qui venditori atroces injurias, vel manus impias intulit, vel in ejus vitam, aut ſubſtantiam gravem jacturam molitus eſt, jure retractûs ſe indignum faciat, juxta conſtit. *Friderici* ſupra allegatam *in verſ. licèt autem in uſ. feud. Pegius.* vom Verkauff/ *l. 3. cap. 1.* Poſterioribus tamen conſanguineis innocentibus nullum præjudicium infert; Quia, quamvìs remotiores ſint, ſunt tamen veri conſanguinei, & ita remoto proximiori gradu jure conſanguinitatis ad rem retrahendam, & in familia conſervandam admitti debent.

Con-

Continuatio

SUMMARIORUM.

33. *Quanto tempore duret jus retractûs?*
34. *Quare oblatione facta tantùm concedatur anni spatium?*
35. *An detur contra tertium possidentem?*
36. *Quid si ex statuto nullum certum tempus constituatur?*
37. *Quid si oblatio non fuerit facta?*
38. *An huic annali, vel biennali præscriptioni addendus sit unus, vel binus dies?*
39. *Quid si consanguineus se restrinxerit ad ultimam horam?*
40. *An actus intra annum cœptus, vel absolutus esse debeat?*
41. *A quo tempore fieri debeat computatio anni, vel bienniј?*
42. *An à die venditionis, vel traditionis?*
43. *Quid hac in parte decisum in constitutionibus nostris?*
44. *An venditio imobilium à plebeis fieri possit extrajudicialiter?*
45. *Quid si autem notificatio venditionis ante traditionem facta fuerit?*
46. *An in computatione anni etiam numerandæ sint horæ, quæ 365. dierum spatium excedunt?*
47. *An hic annus sit utilis, vel continuus?*
48. *Quomodò computetur annus utilis, & continuus?*
49. *Quomodò de jure nostro statutario in hac materia retractûs?*
50. *An non remotioribus consanguineis lapso primo anno alter sit concedendus?*
51. *Quid si res inter annum, & diem sæpiùs, & in diverso pretio fuerit vendita?*
52. *An consanguineus non teneatur ex mora sua ad ultimum pretium, & an emptorem primum semper teneatur indemnem servare?*
53. *Quid si res secunda vice minoris vendita fuerit?*
54. *Quid si alteri donata?*
55. *Quid si termini primi emptoris nondum fuerint decursi?*
56. *An in tali emptione sub terminis venditor solutiones in terminos dilatas exspectare debeat?*
57. *Quæ sit hujus emptionis utilitas?*
58. *An etiam ficta traditio sufficiat ad computationem anni, vel bienniј?*
59. *An facta traditione per constitutum cursus bienniј sufficiens sit loco realis traditionis?*
60. *An præscriptio anni, vel bienniј à traditione incipere possit, si actori fides de pretio habita fuit?*
61. *An consanguineus retrahens etiam gaudeat fide de pretio habita?*
62. *An hoc biennale tempus adeò continuum sit, ut nulla restitutio in integrum detur contra illud?*
63. *An restitutio in integrum hac in parte etiam minoribus denegetur?*
64. *An casus belli, famis, &c. sufficiens impedimentum sit excusandi omissum retractum?*
65. *Quid si impedimentum juris concurrat?*
66. *An annus, vel biennium interrumpatur per nudam declarationem utendi retractu?*

Altera principalis quæstio est, quanto tempore durare debeat jus retra- 33
ctûs? Et videtur dicendum, quòd primùm post lapsum 30. annorum exspiret, per rationem, quòd pro jure retractûs detur actio personalis, quæ vocatur condictio ex *l. municipali. Gomez. ad ll. tauri. l. 70. num. 36.* omnis autem ferè actionis personalis natura est, ut totis annis 30. duret; Verùm articulus noster longè breviorem terminum constituit, & imprimis distinguit, an consanguineis oblatio rei venalis facta fuerit, vel non? In pri- 34
mo casu consanguineis spatium unius tantùm anni ad retrahendum conceditur, & hujus rei ratio est, quia, licèt actio ad retrahendum personalis sit, est tamen in rem scripta, quam persequitur etiam apud tertium posseso- 35
rem,

rem, tanquam ſi eſſet vera actio realis. *Tyraquell. de Retr.* §. *8. gloſſ. 5. n. 8. Gail. 2. obſerv. 19. n. 6. & 7. Caſſanæ. ad Conſuet. Burgund. rubr. 10. tit. de Retr.* §. *11. n. 2.* Non eſt igitur mirum, quòd ad tam breve ſpatium temporis reſtricta ſit, cùm conveniens eſſe videatur, ut tertius poſſeſſor aliquando de re ſua ſecurus ſit, & hinc in diverſis locis adhuc breviora tempora juri retractûs præfiguntur, ut de Hiſpania atteſtatur *Covaru. var. reſol. tom. 2. l. 2. cap. 2. & de Haſſia Reinking. de jure retract. quæſt. 7. concluſ. 4. n. 139.* Imò ipſa conſtitutio Frid. Imperat. *loc. cit. in uſ. feud.* tantùm 30. dies præ-
36 figit; Hinc communis invaluit opinio, ſi in ſtatuto municipali, vel locali de termino hujus actionis nihil diſponatur, quòd extra annum extendi non debeat, quam ſententiam pluribus rationibus probat *Berlich. lib. 2. concluſ. 40. n. 1. & ſeq.* & illam in Camera Imperiali receptam eſſe dicit *And. Gail. dict. l. 2. obſerv. 19. num. 10.* & *Mynſing. cent. 3. obſerv. 51. num. 23.*

37 In altero caſu, quando conſanguineis oblatio rei venalis non eſt facta, duplicatur tempus, & pro uno anno conceduntur duo, ut habetur in Verſiculo: Als ich: quod etiam per ſupradicta extendendum eſt ad conſanguineos extra Provinciam habitantes, nam, ſi illis, vel illorum mandatarijs, procuratoribus, adminiſtratoribus, vel tutoribus, aut curatoribus denunciatio venditionis, & oblatio facta eſt, illis non plus temporis quàm præſentibus conceditur, ſi autem denunciatio, & oblatio fuit intermiſſa, convenit, ut abſentibus tempus æquè duplicetur, quàm præſentibus, cùm præter jura conſanguinitatis etiam accedat abſentia, quæ aliàs in præſcriptionibus, ut ad priorem titulum diximus, duplicationē temporis admittit, quamvìs jura noſtra ſtatutaria, uti ſtatim ſequetur, abſentibus præ præſentibus nullam prærogativam faciant.

38 Quæres, cùm plerumque jura noſtra ſtatutaria, quando de annali tempore loquuntur, addant: Inner Jahr und Tag: an annalis iſta, vel biennalis præſcriptio tam ſtrictè computanda ſit, ut de momento in momentum currat, nec diem ultra annum, vel biennium admittat? De Jure Saxonico hæc quæſtio clarè deciſa eſt, cùm jus retractûs expreſsè ad annum, & diem extendatur, ſed, quia articulus noſter de ſolo anno, vel biennio loquitur, & de additione diei, nullo verbo meminit, ſicut tamen in alijs locis expreſſa mentio fit, ideò non præſumimus, extenſionem ultra ſpatium anni etiam in unico momento facere. Et ratio hujus rei eſt, quia, ut diximus, hoc jus ſtatutarium tanquam derogatorium juri comuni in *l. dudum*, & liberi hominis arbitrio contrarium, contra expreſſum tenorem ſtatuti, ne in momento quidem extendendum eſt, ita ut quidam Authores hujus
39 opinionis fuerint, quòd, ſi conſanguineus, cui jus retractûs competit, ſe reſtrinxerit ad ultimam diem, vel noctem, aut fortè etiam ad ultimam horam, jure retractûs ampliùs uti non poſſit, cùm non videatur bona fide agere, ſi ſeipſum ad ultimum quaſi temporis punctum, ſive momentum coarctaverit: Quam tamen opinionem comuniter non admittunt, per rationem, quia, ubi terminus à jure talis præfigitur, ut purgatio moræ non admittatur, tunc ſufficit, ſi in ultimo momento termini actus perficiatur, atqui ſtatuta noſtra Bavarica nullam moræ purgationem admittunt, juxta verba finalia: Und ſoll derſelbe (id eſt der Einſtandt) gäntzlich erloſchen ſeyn / auch zu Erlangung deſſelbigen einige Widerſtellung in vorigen Standt (de quo mox ſequitur) die wegen der Unwiſſenheit / oder ſonſten möchte begehrt werden / oder andere Behelff und Fürwand / wie ſie immer Nahmen haben mögen / nit ſtatt
40 haben / noch angehört werden. Quod tamen non ita ſtrictè intelligendum eſt, ut actus retractionis in ultimo momento, ſive puncto anni debeat abſolvi, ſed ſufficit, eum ante completum anni ſpatium fuiſſe cæptum, V. G. declarationem de retrahendo, & actualem oblationem pretij factam, tametſi ſolu-

ſolutio, ſive numeratio pecuniæ, quæ longiorem tractum temporis requirit, ex poſt facto primùm ſubſequatur. Pulchrè *Hartman. Piſtorius. obſerv. 224. num. 5.* & *Berlich. lib. 2. concluſ. 40. num. 44.* ubi plura circa hanc materiam utilia habentur.

Major, & difficilior quæſtio eſt, ex qua multæ ſingulares, & planè 41 utiles reſolutiones oriuntur, à quo tempore nempè computatio anni, vel biennij fieri debeat, an à tempore contractûs perfecti, vel traditionis ſubſecutæ, & an hoc tempus utile ſit, vel continuum? Ad quod reſpondemus primò, apud DD. valdè controverſum eſſe, an annus, vel biennium ad retrahendum indultus, vel indultum incipiat currere ſtatim à facta venditione ante traditionem, vel demum à momento ſubſecutæ traditionis: 42
Pro utraque opinione ſtant tantæ rationes, & tam præclari authores, ut aliquis dubitet, in quam partem inclinare debeat. Calculum à die venditionis perfectæ incipiunt *Covaru. var. reſol. lib. 3. cap. 11. Harprecht. ad §. fin. n. 262. Inſtit. de empt. Tyraquell. de retract. §. 1. gloſſ. 2. n. 43. Hartman. Piſtor. part. 1. lib. 2. quæſt. 12. n. 23. Roſenthal. de feud. cap. 9. concl. 93. n. 12.* Calculum à die traditionis faciunt *And. Gail. 2. obſerv. 19. n. 17. Matth. de afflictis tract. de Jure Protimyſ. §. ut intra. n. 7. Berlich. lib. 2. concluſ. 40. n. 33.* Ubi rationes pro, & contra in medium affert, & poſteriorum opinionem comuniorem, & veriorem exiſtimat. Nos in examinatione hujus 43 ſententiæ non ſubſiſtimus, cùm res in articulo noſtro clariſſimè ſit deciſa, diſtinguendo, an venditio facta ſit à perſona nobili, vel ignobili, & plebejâ (jam ſæpiùs autem explicavimus, quænã perſonæ ſub nobilibus contineantur, & jus habeant ſuper contractibus ſuis ſigillandi, & quæ perſonæ habeantur pro plebeis, quibus jus ſigillandi non conceditur.) Inter has igitur, ſicut in pluribus alijs materijs, ita etiam in materia retractûs iterum hæc differentia conſtituitur, ut nobiles perſonæ privilegiatæ, quæ ſuper proprijs contractibus jus ſigillandi habent, diem computationis ad effectum juris retractûs facere non poſſint à die venditionis perfectæ, & inſtrumenti ſubſcriptione, & ſigillatione corroboratæ, ſed primùm à die traditionis factæ. In plebeis verò perſonis diſponit articulus noſter, ut computatio fieri debeat à die, quo contractus emptionis, & venditionis apud ordinarium Magiſtratum protocollo judiciali inſertus eſt, quæ in Verſ: Unnd ſoll. 2. clarè comprehenduntur, ſed planè non ſine aliquibus dubijs.

Primum, & maximum eſt, quòd ex hoc articulo inferri poſſe videatur, à plebeis hominibus emptionem, & venditionem ſaltem quoad imobilia fieri non poſſe ſine authoritate judiciali, cùm tamen ſupra ad *Artic. 1. Tit. 6.* ſecundùm expreſſum tenorem litteræ deduxerimus, contractum emptionis, & venditionis tam in mobilibus, quàm imobilibus bonis per ſolum utriuſque partis conſenſum perfici, & teſtibus (imò & ſolo proxinetâ ſecundùm jus antiquum) probari poſſe. Sed ad hoc Reſpondemus, certum eſſe, quòd emptio, & venditio tam à nobilibus, quàm plebeis perſonis juxta cit: *Artic. 1. & 2. Tit. 6.* der Land-Recht / ſine Magiſtratûs ordinarij, aut judicialis inſtrumenti interventu celebrata, omninò valida ſit. 44

Dices, nodum gordium per hoc non eſſe ſolutum, cùm ulterior quæſtio reſtet, quid dicendum, ſi plebeja perſona civica, vel ruralis rem aliquam imobilem vendat, nec emptionem, & venditionem coram ordinario Magiſtratu ad protocollum inſinuet, multò minùs deſuper inſtrumentum fieri procuret: Aut, ſi civicæ perſonæ principaliores, prout ſunt mercatores, vel aliæ in exiſtimatione quadam exiſtentes, quæ ſua propria ſigilla habent, & in contractibus fidem merentur, expeditionem faciant, à quo die, venditionis ſcilicet perfectæ, vel traditionis factæ ad effectum juris retractûs computatio anni, vel biennij incipienda ſit? Et Reſpondemus, à

tempore traditionis computum faciendum esse. Ratio nostra opinione satis evidens est, quòd à contractibus nobilium personarum perfectis, & omni numero absolutis, imò etiam scripturæ erectione, & publico quasi instrumento corroboratis terminus juri retractûs non currat, nisi primùm post subsecutam traditionem, ergò etiam in contractibus ignobilium personarum primùm à die traditionis cursum incipere debet, ne ignobilium personarum actus efficaciores sint, quàm personarum nobilium. Quòd statuta nostra Bavarica in emptionibus, & venditionibus, quæ apud ordinarium Magistratum ad protocollum inseruntur, hunc effectum tribuant, ut à die insinuationis incipiat fatalis cursus anni, vel biennij ad retrahendum, nulla alia causa est, quàm judicialis authoritas, & (ut paulò post sequetur) quasi per insertionem ad protocollum brevi manu facta traditio censeatur. Quod pluribus demonstrabimus ad *Art. 12. hujus Tit.* quod igitur in hoc articulo statuitur de insinuatione venditionis, & emptionis inter plebejas personas ad protocollum facta, non ita accipiendum est, ut fit de necessitate contractûs, quod nos hactenùs non asseruimus, sed, si insinuatio facta fuerit, quòd illa haberi debeat pro traditione.

45 Ad hæc autem, quæ modò diximus de computatione anni, si venditio facta sit à nobilibus, vel plebeis personis, in versiculo tertio hujus articuli ponitur notabilis limitatio, ut, si post contractum cum extraneo perfectum consanguineis notificatio, & certioratio cum omnibus suis circumstantijs facta fuerit, annus statim à die notificationis, & certiorationis, & non à die traditionis rei venditæ, aut insinuationis ad protocollum judiciale sublata omni distinctione inter personas nobiles, & plebejas currere incipiat, ut ita in effectu tres gradus, sive termini observandi sint. Primus, à die factæ oblationis. Secundus, factæ notificationis, sive certiorationis venditionis post oblationem conclusæ. Et his neglectis tertius, à die traditionis factâ venditione à persona nobili, vel à die insinuationis judicialis celebratâ venditione à persona plebeja.

46 Quæres, cùm annus, ut communiter computatur, non tantùm habeat 365. dies, sed horas quoque sex, & desuper adhuc alias minutias, an secundùm nostram opinionem computatio ita de momento ad momentum fieri debeat, ut etiam retractus post spatium 365. dierum in superfluis illis horis, & minutijs admittendus sit? Et Respondemus, quòd, sicut in judicialibus alijs actibus, V. G. appellationis, introducendi ordinarij, restitutionis in integrum, &c. comuniter tam exactæ computationis ratio nulla habetur, ita nec in hac materia juris retractûs haberi debeat, nisi incidat annus bissextilis, quem consanguineis pro computatione concedendum esse, non ambigimus, ita, ut primùm 366. die de utendo jure retractûs declarationem legitimè facere possit. *Reinking. loc. cit. quæst. 7. n. 36.*

47 Ad alteram quæstionem, an hic annus ad retrahendum consanguineis concessus utilis sit, vel continuus? Respondemus, hanc distinctionem esse inter annum continuum, & utilem, quòd annus continuus simpliciter, & sine omni interruptione absolvatur 365. diebus continuò scilicet currendo, & sine ullo interstitio de momento in momentum nulla habita ratione cujuscunque supervenientis impedimenti, vel ignorantiæ. Annus utilis est, in quo non computantur dies, quibus alicui agendi, & experiundi potestas, & facultas non est, vel propter ignorantiam, aut aliud impedimentum le-

48 gale. Quamvis igitur DD. comuniter velint, distinguendum esse, an inspecto principio, seu termino à quo annus inutilis dici possit, vel propter impedimentum ex post facto incidens, tamen hoc ad explicationem nostri articuli parùm conducit, qui, ut jam anteà diximus, duos casus distinguit, an scilicet consanguineis oblatio rei venalis facta fuerit, vel non: Et in primo casu, non nisi unus annus ad retrahendum indulgetur, in se-

cundo

cundo verò casu, annus duplicatur. Denunciatione igitur, sive oblatione semel facta annus hic utilis dici debet, cùm incipiat currere à die scientiæ, scilicet à die factæ denunciationis, & oblationis, in omni autem præscriptione dato initio utili, hoc est, postquam semel facta est experiendi potestas, ex post facto tempus fit continuum, ita ut nullum impedimentum superveniens cursum ejus impediat. *Tyraquell.* §. *35. gloss. 4. per totum. Joan. Baptist. Costa. de facti scient. & ignor. inspect. 94. num. 6. Gail. dict. obser. 19.* In secundo casu, tempus omninò continuum est, ita ut etiam contra consanguineos ignorantes currat, propter rationem, quia hoc ipso tempus duplicatum est, ne quis se ignorantiæ prætextu excusare possit, cùm ignorantia ad consequendum lucrum nihil prodesse debeat, sed tantùm ad vitandum damnum; Et hinc in pluribus locis annus ad retrahendum præfixus sine ullo discrimine contra omnes consanguineos, sive præsentes, sive absentes sint, à die factæ traditionis, vel venditionis perfectæ etiam sine oblatione, vel venditionis denunciatione incipit, & continuò currit, ob odium hujus statuti, quod, ut sæpiùs admonuimus, libero homini de rebus suis disponendi modum, & necessitatem quandam præscribit. Mitior igitur est 49
dispositio nostra statutaria, quæ præscriptionem annalem utiliter incipit, nempè à die scientiæ, factæ scilicet oblationis, & biennalem à die factæ traditionis, & non perfectæ venditionis, ne quisquam justam de præcipitatione querelam habere possit. Videatur *D. Rath. in dissert. Jurid. de pot. diff. assert. 85. sub. litt. B. & C.*

Quæres, cùm paulò antè dixerimus, proximo agnato libertatem, & 50
potestatem esse, etiam in ultimo die, aut nocte, imò in ultimo momento anni se ad retrahendum offerre, an ergo, si nulla oblatio à proximo consanguineo facta est, postmodùm remotiori consanguineo in gradu secundus annus, & hoc etiam elapso consanguineis in tertio, vel quarto gradu existentibus, tertius quoque, & quartus annus pro jure retractûs indulgeatur? Ad quod Respondemus tertiò, id nullo modo admittendum: Quamvis enim dici possit, propterea singulis consanguineis gradu remotioribus semper novum annum concedendum esse, cùm de jure comuni non valenti agere non currat præscriptio. *l. 1.* §. *finali. C. de ann. præscript.* Hoc tamen in jure retractûs, tametsi posterior ex consanguineis, & propinguis jus agendi non habeat, nullam excusationem præbet, quia sufficit, ut posteriores in gradu intra anni spatium ad pretium, quod cum alio extraneo conventum est, solvendum se offerant, quia oblatio securitatem juris præstat, ita ut proximo consanguineo cedente vi præstitæ oblationis de solutione pretij cum extraneo conventi semper etiam posteriores ad retrahendum admitti debeant; Ex quo per se patet, cursum unius anni, sive biennij adeò continuum esse, ut simul, & semel omnes consanguineos excludat, & illam opinionem, quæ docet, posteriori consanguineo jus esse petendi arctiorem terminum proximiori consanguineo præfigendum, prorsùs inutilem, quia cunctatio proximioris reliquis, qui se intra spatium anni ad retrahendum obtulerunt, nec proficit, nec officit: Nisi fortè petitionem arctioris termini ibi locorum pro necessaria existimes, ubi actio personalis pro retractu 30. integris annis durat.

Pulchrior quæstio est, si intra annum, & diem res per plures manus 51
ambulaverit, & vel pluris, vel minoris vendita fuerit, an ille, qui circa finem anni rem jure consanguinitatis retrahit, debeat primum pretium, vel posterius majus, aut minus restituere? E. C. Titius vendidit prædium aliquod extraneo Sempronio nomine mille taleris. Sempronius infra anni spatium vendit Cajo mille quingentis, postmodùm venit consanguineus Titij, & se ad jus retractûs admitti postulat. Quæritur, an consanguineus tantùm unum mille, vel 1500. solvere teneatur? Et cum *D. Rath. in dissert. Jur.*

de potiss. diff. assert. 86. nullum dubium esse putamus, quòd consanguineus non nisi ad pretium primæ venditionis restituendū obligatus sit. Ratio est, quia præsupponimus, ipsum se ad jus retrahendi habito solùm respectu ad pretium primi emptoris oblatum obtulisse, ad majus igitur solvendum obligatus non est.

52 Dices, quòd in mora fuerit, quia se citiùs non declaravit, sed tam diu tardationem fecit, donec primus emptor ad secundam venditionem processerit. Ad quod Respondemus, spatium totius anni consanguineis ad deliberandum ipso jure concedi, quod illis facto primi emptoris per secundam venditionem lucri sui causâ interverti non potuit: Interim cum *D. Rathio. dict. l. & Pegio de Jure Protimys. lib. 2. cap. 37.* non dubitamus, quin, primo contractu per retractum consanguinei rescisso, secundo emptori jus competat, integrum pretium à primo emptore repetendi. Ratio clara est, quia quilibet venditor præstare debet emptori, rem habere licere, quod contractu primo per retractum rescisso primus emptor secundo emptori præstare non potest; Justè igitur actione ex empto integri sui pretij repetitionem habet, & prorsùs iniquum esset, ut primus emptor cum secundi jactura locupletaretur.

53 Difficilius est secundum membrum hujus quæstionis, si res scilicet secunda vice minoris vendita fuerit, V. G. si Titius vendiderit prædium Sempronio extraneo duobus millibus taleris, Sempronius verò pœnitentiâ ductus vendat Cajo solùm pro mille quingentis. Quæritur, an consanguineus Titij, qui se ante exitum anni ad retrahendum offert, teneatur primæ, vel secundæ venditionis pretium restituere? *Berlich. lib. 2. conclus. 41.* putat, quòd consanguineus tantùm minus pretium, puta mille quingentos taleros, quos secundus emptor dedit, reddere debeat; idque ob hanc rationem, quia retrahens residuum pretij, aut primo, aut secundo emptori restituere cogitur: Non primo, quia is nihil juris ampliùs habet in prædio, quod per venditionem ulteriorem, & traditionem jam à se abdicavit: Non secundo, quia ille plus petere non potest, quàm ipse dedit, cùm æquitatis ratio non patiatur, ut quis in ejusmodi onerosis contractibus plus recipiat, quàm expenderit. Verùm *D. Rath. loc. cit. ass. 87.* contrariæ opinionis est, quòd retrahens debeat secundo emptori pretium primæ venditionis restituere, per rationem, quia, sicut prior emptor retrahentem potuisset à se repellere, donec integrum pretium solutum sibi rependeretur, sic etiam secundus emptor retrahentem repellere potest, quia totum jus primi emptoris per secundam venditionem in posteriorem emptorem translatum fuit, quæ opinio nobis videtur probabilior. An autem hæ quæstiones in patria nostra aliquam utilitatem habeant, videbimus ad *Art. 8.* ubi dispositum est, quòd emptor extraneus intra tempora retractûs rem venditam sine vitio nullitatis alteri tertio ampliùs vendere non possit.

54 Quid si autem primus emptor rem intermedio tempore alteri donaverit, vel legaverit, & postmodùm consanguineus superveniens eam retrahere desideret? Respondemus quartò, quòd hoc illi omninò permissum sit, ita tamen, ut donatario pretium refundat, quod primus emptor expendit. Idem *Berlich. loc. cit. n. 27. Tyraquell. de retr. §. 12. gloss. 1. n. 20. & 24.* Si tamen primus emptor totum pretium non solvit, sed partem illius in diversos terminos, Auff gewise Fristen / promisit, consanguineus quoque non obligetur, totum pretium in parato, sed in terminis à primo emptore conventis præstare. Ratio est, quia consanguineus retrahens succedit in jus primi emptoris, sicut igitur primus emptor ad integrã summam una vice solvendam obligatus non fuit, ita nec consanguineus obligabitur, qui in ejus locũ succedit. *Tyraq. §. 1. gl. 18. n. 32. 33. & 34. Hartman. Pist. obs. 17. n. 3. & 4.* quamvis contrarium videatur tenere *And. Gail. obs. 19. n. 7. Vers: porrò.*

Quæ

Quæ quidem vera sunt, si res retrahatur ab ipso emptore extraneo, sed, si extraneus emptor, ut præmisimus, rem, antequàm termini solutionis decurrerent, Ehe sich die Fristen verfallen / alicui tertio donaverit, majus dubium esse potest, an donatarius eam dimittere teneatur, antequam sibi totum pretium solvatur? Et Respondemus quintò, cùm actio, sive condictio ex *l. municipali.* sit in rem scripta: *D. Gail. loc. cit. n. 6. Tyraquell.* §. *8. gloss. 5. n. 8.* Non dubitamus, donatarium ad illam dimittendam obligatum esse, non minùs, quàm si res adhuc esset in manibus primi emptoris, quia primus emptor extraneus per rei donationem, & translationem in alium consanguineis jus suum intervertere, aut durius, sive difficilius reddere non potuit. 55

Et quamvìs aliqui dubitent, si inter venditorem, & emptorem de pretio in certis terminis solvendo conventum fuerit, an emptor venditori tam diu maneat obligatus, donec à consanguineo retrahente termini solutionis præstentur, vel an per jus retractûs emptor statim desinat esse obligatus? Nos tamen pro sexta Responsione putamus, æquum, & justum esse, ut emptor non maneat obligatus, sed venditor solutiones in terminos dilatas à consanguineo retrahente exspectare debeat. Pulchrè *Tyraquell. de retract.* §. *1. gloss. 18. n. 39. & 47. Berlich. loc. cit. conclus. 41. n. 29. cum seqq.* ubi rationes adducunt. Et hujus quæstionis utilitas ex eo apparet, quòd, si termini solutionis in plures annos dilati sint, fieri possit, ut consanguineus retrahens facultatibus labatur, & ad inopiam deveniat: Quo in casu venditori jus non est conveniendi emptorem, cum quo contraxit, pro solutione terminorum restantium, cùm per emptionem jure retractûs in consanguineum translatam, emptor ab obligatione fuerit liberatus. Nec venditor causam conquerendi habet, cùm sciverit, jus retrahendi consanguineo competere; Et cùm eadem inopia apud emptorem supervenire potuerit, quæ supervenit consanguineo retrahenti, suæ facilitati imputare debet, quòd tam longas dilationes, sive terminorum protractiones in contractu indulserit. Hæc est materia articuli septimi, quæ ob connexionem hactenùs dictis debuit conjungi. 56 57

Quandoquidem priùs dictum est, quòd aliquando computatio anni, vel biennij incipiat à die traditionis, quæri potest, an sufficiat etiam traditio ficta per titulum constituti, sicuti supra diximus, in præscriptionibus ordinarijs eundem sufficere? Et Respondemus septimò, cum distinctione inter personas nobiles, & ignobiles, vel plebejas: In personis plebeis, quæ contrahunt cum authoritate judiciali insinuando rei venditionem ad protocolla judicialia, cursus anni, vel biennij incipit à die insinuationis ad protocollum factæ, & hæc est in effectu locò traditionis, quam, si velis, fictam nominare possis, quia valorem, & subsistentiam suam habet, tametsi cognatis, sive consanguineis de insinuatione nihil constiterit: Propter auctoritatem judicialem, quæ præsumitur publicè nota esse: In emptionibus, & venditionibus verò, quæ vel à nobilibus personis sub fide instrumentorum suorum propriorum, vel ab ignobilibus sub sola fide testium sine instrumentorum erectione fiunt, facilè *Domino Balthasar. loc. cit. resol. 2. n. 9.* assentior, quòd traditio ficta per constitutum sufficiens non sit in hac materia juris retractûs, in qua annalis præscriptio utilis, vel biennalis continua consanguineis omne jus suum interimit: Sicut enim acta judicialia præsumuntur esse publica, & omnibus nota, ita, quæ privatim aguntur, censentur esse clandestina, & proinde videtur requiri actualis, & vera traditio, quæ in notitiam consanguineorum devenire possit. 58

Verùm hîc iterum notabilis, & insignis se controversia erigit, an, si res vendita, & per titulum constituti actualiter tradita fuerit, non saltem cursus biennij, deficiente vera, & reali traditione, sufficiat? Et Respon- 59

 demus

demus octavò ; nos planè nullam rationem videre, quin non præscriptio biennalis pro jure retractûs necessaria legitimè completa sit. Ratio est, quia, ut supra diximus, præscriptio biennalis continua est, ut etiam quoad terminum à quo, currat contra absentem, & ignorantem : Quid igitur interest, sive traditio verè, sive fictè facta fuerit, cùm terminus biennij in materia ista satìs odiosa omninò præclusivus sit, ne aliàs jus retrahendi ob hunc solum defectum veræ, & realis traditionis extendatur in perpetuum, & infinitum. Deinde ideò terminus hujus juris incipit à die traditionis, quia non per venditionem omnibus numeris perfectam, & absolutam res extra familiam exit, sed per traditionem, atqui per traditionem quoque fictam res actualiter exit de familia, ergò etiam ficta traditio, quæ aliàs omnes effectus veræ traditionis habet, *l. quod meo. ff. de acq. possess. l. certè. ff. de precario*, idem operari debet. Certè si venditionis, & omnis traditionis ignarus à jure retrahendi biennio excluditur, cur non etiam is excludatur, qui traditionis non habuit scientiam, eò quòd clandestinè, & fictè tantùm, sive per titulum constituti facta sit?

60 Aliam quidam DD. exceptionem affingunt, ut præscriptio anni, vel biennij à traditione incipere non possit, quando scilicet emptori fides de pretio habita fuit ; Sed hæc exceptio prorsùs infirma est, quia fide de pretio habita post venditionem perfectam, & traditionem desuper subsecutam res nihilominùs exit extra familiam, ergò non à termino pretij soluti, sed à termino rei venditæ, & actualiter traditæ terminus præscriptionis computandus est. *Gomez. ad ll. tauri. l. 70. n. 22.* Aliud dubium est, an consanguineus retrahens etiam fide de pretio habita frui possit?

61 Et Respondemus octavò, cum distinctione, an contractus emptionis, & venditionis celebratus fuerit pro pecunia parata, ad quam tamen solvendam venditor emptori ex post facto benevolentiæ, & bonæ affectionis causâ ad certum tempus dilationem indulsit, & fidem de pretio habuit. Vel in ipso contractu conventio facta est, ut pretium non in parato, & ut loquuntur mercatores, in contanti, sed post certum terminum solvatur : Si posterius, juxta prædicta, & articulum subsequentem septimum certum est : Quòd consanguineus retrahens eadem dilatione, quam extraneus emptor pactus est, gaudere possit, quoniam in ejus locum succedit. In primo casu, venditor non est obligatus, ut fidem de pretio, quam extraneo emptori ex benevolentia indulsit, etiam consanguineo retrahenti concedat, præsertim si causam habeat consanguineo fortè pauperiori, & indigentiori, aut etiam prodigo minùs fidendi, quàm extraneo locupleti, & bono œconomo.

62 Denique rectè diximus, licèt annus ad retrahendum concessus utilis sit, quia dies initij à die scientiæ, sive factæ oblationis primùm currere incipit, biennale tamen tempus adeò continuum est, ut contra lapsum illius nec ex capite ignorantiæ, aut absentiæ, aut sub alio quovis prætextu, aut causa quantumvis justa majori restitutio in integrum concedatur, ut articulus noster in versiculo finali expresè statuit, & juris communis esse latè tradit *Tyraquell. de retract.* §. *35. gloss. 1. 2. 3. 4.* ubi rationes videri possunt.

63 An autem beneficium restitutionis in integrum hac in parte etiam minoribus denegetur, non exiguum dubium est, ex sequentibus rationibus : 1. Quia articulus noster in generalissimis terminis loquitur, & post lapsum biennalis temporis quoscunque, månniglichen / à jure retrahendi excludit, ergò etiam excludit minores, deinde disponit, quòd nulla omninò restitutio in integrum locum habeat : Soll einige Widerstellung in vorigen Standt nit statt haben / noch angehört werden : Ergò nec restitutio privilegiata minorennium. Denique excludit omnes prætextus : Wie sie immer Nahmen haben

haben mögen: Ergò etiam prætextum ætatis minorennis. 2. Statuta nostra Provincialia in alijs locis, ubi beneficiũ restitutionis in integrum rejiciunt, semper privilegiatam minorennium restitutionem excipiunt, ut in *Art. 3. Tit. 2.* deß Summarischen Proceß / ubi in transactionibus omnis restitutio in integrum etiam sub prætextu læsionis ultra dimidium justi pretij rejicitur, minoribus tamen sua libertas reservatur: Doch daß den Minder-Jährigen an ihrer Freyheit dißfahls nichts benommen seye: Sic *Tit. 9. Artic. 11.* Restitutio in integrum contra præscriptionem legitimè completam denegatur, & tamen minorennibus per expressum reservatur, sic *Tit. 43. Art. 8.* der Land-Recht / contra omissam juventarij confectionem nemo admittitur ad restitutionem in integrum ex quocunque prætextu, nisi solus pupillus, qui decimum quartum annum non complevit, & propterea in dict. Artic. specialiter excipitur. Si ergo intentio fuisset, minoribus jus suum, & privilegium petendæ restitutionis in integrum in salvo conservare, utique articulus noster, de quo agimus, à generalitate textûs, prout alibi fecit, minores specialiter exemisset. 3. Compilatores monitorum ad jus nostrum statutarium in examinatione hujus articuli ex doctrina *Tyraquell. loc. cit.* notanter suaserunt, ut nec minorennibus ex capite ætatis in dispositione tam odiosa, quæ naturalem libertatem contrahendi non publico, sed singularum personarum favore restringit, restitutio in integrum concedatur. Videtur proinde articulus noster horum opinionem secutus tam generalibus terminis omne prorsùs beneficium restitutionis in integrum abrogare voluisse. Verùm, cùm in *cap. constitutus. 8. extr. de in integ. restit.* minoribus contra lapsa fatalia petendi juris retractûs specialiter restitutio in integrum indulgeatur, & huic dispositioni juris communis in articulo nostro specialiter derogatum non sit, putamus, nostrum textum tantùm de restitutione majoreñium intelligendum esse, ne correctio juris inducatur, quod etiam videtur sentire *D. Rath. in dissert. jurid. de potiss. differ. assert. 85. sub litt. C.* quamvìs in continuatione differentiarum *assert. 3. litt. C.* & cum ipso *D. Balthasar. ad Tit. 10. resolut. 2. num. 19.* contrarium teneat. Utraque sententia probabilis est, ut cum eo disputare nolim, qui etiam minores sub generalitate textûs comprehendere velit.

Ultimò quærunt, quid dicendum sit, si quis ex alia necessitate, V. G. 64
belli, famis, incursûs latronum, ægritudinis, vel simili impeditus fuerit, ut intra annum, vel biennium jus retractûs petere non potuerit? Et DD. communiter respondent, ejusmodi impedimentnm sufficiens esse, ut consanguineus, eo cessante, adhuc ad retrahendum admitti possit, per regulam aliàs vulgarem, quòd non valenti agere non currat præscriptio. *l. ult. Cod. de annali præscriptione. Hartman. Pistor. observ. 222. n. 7. Tyraquell. de retract. §. 3. gloss. 4. n. 5. & 6. Berlich. conclus. 40. n. 29. part. 2. Balthas. loc. cit. num. 14.* Sed, cùm articulus noster terminum biennalem ad præscribendum juri retractûs adeò fatalem, & exclusivum constituat, ut sub nullo prætextu qualicunque extendi, aut prorogari debeat, simpliciter putamus, nec belli, ægritudinis, hyemis, incursûs latronum, aut alterius cujusvis necessitatis excusationem sufficere, nam etiam absentia necessaria, & ignorantia inculpabilis coṁuniter sufficiens reputatur, & tamen, ut priùs deduximus, nec absentia, nec ignorantia ad impediendum cursum biennij legitimam excusationem præstat, igitur nec tempus publicæ guerræ, pestis, famis, ægritudinis, carceris, inundationis, vel simile excusationem præstare poterit, præsertim, quando tribunalia sunt aperta, ut aliquis quovis tempore copiam judicis habere, & agere potuerit. Certè, si juxta articulum nostrum ex his omnibus prætextibus, & alijs quibuscunque non conceditur restitutio in integrum, manifestè sequitur, etiam quovis tali tempore tempus præscriptionis annalis, vel biennalis cucurrisse; Et hujus rei ratio est, quia

hoc

hoc tempus præſcriptionis ſtatutũ eſt, non in odium negligentis rem ſuam, ſed in merum alicujus tertij favorem, & ideò præcisè continuum eſt, quo elapſo, nullius neceſſitatis, aut impedimenti allegatio admittitur. *cap. ſtatutum, & ibi gloſſa, & DD. de præbend. in 6.* Cùm talis nullâ injuriâ afficiatur, cui curſu temporis ſolum lucrum extorquetur, & nullum damnum infligitur; Quam opinionem juri noſtro ſtatutario omninò conformem eſſe exiſtimo, quamvìs plerique contrarium admittant. Regula ſuperiùs poſita, quòd non valenti agere non currat præſcriptio, varias patitur limitationes. Præcipua in hac noſtra materia eſt inter juris, & facti impedimen-
65 tum. Impedimenta, quæ ex quodam caſu fortuito proveniunt, continuum curſum præſcriptionis non excludunt, ut articulus noſter clariſſimis verbis exprimit. Impedimenta autem juris, ſi nimirum ob bellum, peſtem, famem, vel ſimilia infortunia tribunalia clauſa ſint, & copia judicis haberi non poſſit, faciliùs admitti poſſunt. Sed nec hæc facilè admittemus, cùm ſecundùm ſuperiùs dicta ad interrumpendam præſcriptionem ſufficiat, ut conſanguineus ſe in ultimo momento anni, vel bieñij ad jus retractûs, & ſolutionem pretij conventi offerat, quam oblationem etiam facere poteſt coram teſtibus, tametſi copia judicis deficiat.

66 Et ex hoc apparet, inutilem eſſe quæſtionem, an annus, vel bieñium ad retrahendum indultus, vel indultum interrumpatur per ſolam citationem, vel an requiratur litis conteſtatio? Quia per ſolam oblationem pretij conventi, & declarationem conſanguinei quocunque momento intra tempus legitimum facta jus retrahenti in ſalvo conſtituitur. *Tyraquell. §. 8. gloſſ. 1. n. 1. Roſenthal. de feud. cap. 9. concluſ. 94. num. 1. & 7.* Et certè, quæ aliàs de interruptione præſcriptionum diſputantur, ad materiam juris retractûs non benè applicantur, cùm potiùs hìc agatur de amiſſione beneficij per curſum temporis, quàm de vera aliqua adverſæ partis præſcriptione, uti exemplum habemus in privilegijs, quæ amittuntur ſolo non uſu tempore decennij, nullo adverſario comparente, aut privilegia impugnante: Nam ſic etiam conſanguinei beneficium juris retractûs per curſum añi, vel biennij amittunt, tametſi extraneus emptor nullam ijs quæſtionem, aut litem moverit.

Der Dritte Articul.

WAnn ein Kauff auff Widerloſung beſchicht / ſoll es mit der Zeit deß Einſtandts durchauß ein gleiches Recht haben / wie im vorgehenden Articul geſetzt iſt / doch dem Verkauffer / oder weme ſonſten die Widerloſung bedingt worden / an deroſelben vnvergriffen. Wurde aber der Kauff auff ein künfftiges Geding oder Fall / nemblich alſo / wann diß / oder jenes beſchicht / alsdann erſt der Kauff ſein Würckung haben / zuvor aber kein Kauff ſeyn ſolle / geſchloſſen / Soll die Zeit deß Einſtandts erſt anfangen zelauffen / wann ſolch Geding allberait erfüllt iſt / Es wäre dann dem Kauffer das Guet würcklich eingeantwortet / alsdann ſoll der Einſtandt von derſelben Zeit an / auch ſtatt haben. Hingegen wäre der Fall oder Geding alſo beſchaffen / wann derſelbe beſchehe oder erfüllt wurde / der Kauff / welcher gleichwol anfangs kräfftig / alsdann wider ſolle auffgehebt ſeyn / In ſolchem Fall hat der Einſtandt gleich anfangs ſtatt / wie in anderen Käuffen / doch vnbenommen / deß im Kauff vermeldten Gedings.

SUM-

SUMMARIA.

1. *An venditio cum pacto de retrovendendo sit pura, vel conditionalis?*
2. *Transit talis venditio cum eodem onere reluitionis in consanguineum retrahentem.*
3. *Sive venditor sibi, vel tertio cuidam hoc jus reluendi reservaverit.*
4. *Quid si ipse venditor ad excludendum consanguineū à retractu uti velit jure reluitionis, quis ex his duobus præferendus?*
5. *Quid si jus reluendi primùm post certum tempus reservatum sit?*
6. *Quando venditor patitur consanguineum retrahere, an non videatur per hoc juri suo reluitionis renunciare?*
7. *A quo die incipiat tempus retractûs in venditione sub conditione facta?*
8. *Quid si res eventualiter vendita ante conditionis existentiam tradita fuerit?*
9. *An consanguineus ante conditionis eventum, si se ad pretij solutionem offerat, retrahere possit?*
10. *Quot sint conditiones?*
11. *Licèt consanguineus pendente conditione ad retrahendum admittatur, nihilominus validitas contractûs ab eventu illius dependet.*
12. *An retractus locum habeat in venditione sub conditione resolutiva?*

TRia continet hic articulus. 1. A quo tempore incipiat jus retractûs, & qualiter locum habeat, si venditio facta sit cum pacto de retrovendendo. 2. Sub conditione suspensivâ, & 3. Sub conditione resolutivâ?

Ad primum quod attinet, licèt à quibusdam venditio cum pacto de retrovendendo dicatur conditionalis, tamen reverà pura est, ut multis probat *Tyraquell. de retract.* §. *2. gloss. unica. n. 72.* Et propterea eodem tempore fieri debet, prout supra de simplici venditione in extraneum facta diximus, nempè, si oblatio venditionis consanguineo facta, vel post celebratum cum extraneo contractum emptionis, & venditionis sufficiens informatio data est, à die scientiæ, vel pro diversitate personarum à die traditionis, vel respectivè factæ insinuationis ad protocollum judiciale. Debet tamen consanguineus retrahens venditionem cum eodem onere reluitionis, sive illa in perpetuum, vel tantùm ad certum tempus pacta fuerit, admittere, cùm conditio addita contractui sit quasi lex contractûs, & pars pretij, prout supra ad *Tit. 7.* fusè explicavimus, & quia hoc pactum cohæret venditioni, ut unum sine alio stare non possit, ideò consanguineus retrahens scire debet, quòd per retractum res cum sua causa, qualitate, conditione, omni onere, & vitio in se transeat. *Pegius. lib. 1.* vom Verkauff / *cap. 5. & in tract.* vom Widerkauff / *cap. 12. Covaru. var. resol. lib. 3. cap. 10. n. 1. & seqq.* Et hoc locum habet, sive venditor sibi ipsi, sive tertio cuidam jus reluitionis reservaverit, juxta verba: Doch dem Verkauffer / oder weme sonsten die Widerlosung bedingt worden / an deroselben vnvorgriffen: Ratio est, quia, ut sæpiùs diximus, consanguineus retrahens intrat in locum primi emptoris, sicut igitur primus emptor præsupponitur vi contractûs obligatus fuisse, retrovenditionem illi facere, cui venditor jus redimendi per pactum, & stipulationem reservavit, ita etiam consanguineus in locum emptoris succedens ad eandem conditionem adimplendam tenebitur, modò reservatio reluitionis à venditore pro se, vel tertio quopiam, in ipso contractu emptionis, & venditionis, & non ex intervallo adjiciatur. Ratio est, quia semel perfectâ venditione consanguineus jus habet quæsitum, quod eidem per adjectionem ejusmodi pacti adimi non potest, cùm perfecta venditio in damnum alterius neque diem, neque conditionem accipiat. *l. perfecta. C. de donat. quæ sub modo. Reinking. de retr. q. 5. n. 26. & seqq.* ubi plures citat.

4 Sed quid si venditione cum pacto de retrovendendo facta consanguineus intra annum, & diem retractum petat, venditor autem ex invidia (cùm non tantùm consanguineorum, sed etiam fratrum concordia rara sit) ne res in illius manus deveniat, cum eo concurrat, & jure reluitionis uti velit, quis ex istis duobus potior erit? Videtur ipsi consanguineo deferendum esse, eò quòd illi per venditionē factam jus retrahendi quæsitum sit; Sed hoc neutiquam articulo nostro conforme putamus, qui per expressum in contractu venditionis consanguineo non aliter jus retrahendi concedit, nisi fiat sine præjudicio ipsius venditoris, vel illius, cui reluitio in primâ venditione reservata fuit. *Tyraquell.* §. *1. gloss. 7. n. 1.*

5 Quod tamen ita limitandum est, nisi jus reluitionis primùm post certum tempus reservatum fuerit, V. G. si inter partes conventum fuerit, ut ipse venditor, vel alius ejus locô rem venditam post 30. annos reluere possit, tùnc enim cum consanguineo concurrens eum impedire non potest, quin rem taliter alienatam medio tempore retrahere possit: Ratio clara est, quia per talem venditionem, & traditionem subsecutam verè transfertur dominium in emptorem, & proinde consanguineus beneficium retrahendi consequitur.

6 Difficilior est quæstio, si venditor passus fuit, ut consanguineus rem sub onere reluitionis venditam retraheret, an non videatur juri suo reluitionis renunciare, sed, cùm renunciatio juris nunquam præsumatur, & regula generalis sit, quòd retrahens subintret in locum primi emptoris, omninò dicendum est, venditori, vel alteri cuidam, in quem jus reluitionis transtulit, semper liberum esse, jure redemptionis, sive reluitionis recuperare rem venditam.

7 Ad secundum quod attinet, scilicet venditionem sub conditione factam: Multæ rationes sunt, quæ suadere videntur, tempus retractûs à die celebratæ venditionis, aut traditionis, & non à die conditionis existentis computandum esse, prout videre est apud *Theodor. Reinking. de retract. quæst. 7. n. 223. & multis seqq.* Ubi tamen contrariam sententiam veriorem esse dicit, per textum in *l. 1. annus. ff. quand. de pecul. act. annal.* ubi J. C. Ulpianus dicit: Annus autem utilis computabitur: & ideò, si conditionalis sit obligatio, Julianus scripsit, ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, sed ex quo peti potuit conditione existente; Alius textus est in *l. tali. 48. ff. de jur. dot. l. Cajus. 16. & l. penult. §. 1. ff. de excusat. l. bovem. 43. §. si sub. 9. ff. de ædilitio edict.* Ubi ante conditionis existentiam emptio non dicitur perfecta. Ulterior textus est in *l. cùm notissimi. §. illud autem. 4. Cod. de præscript. 30. vel. 40. annor.* Ubi Justinianus Imper. inquit, plus quàm manifestum esse, quòd in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione, vel sub die certa promissiones, vel pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel post institutæ diei certum, vel incertum lapsum præscriptiones initium accipiant. Similiter Paulus Juris-Consultus in *l. pro empt. ff. de contrah. empt.* inquit, si sub conditione emptio facta sit, quòd pendente conditione emptor non usucapiat. Videatur etiam *lex septima in principio. ff. eodem. l. ultima. §. sin autem. C. commun. de legat.* quam sententiam plerique authores sequuntur, *Gomez. ad leges tauri. l. 70. cum seqq.* Et ab ea in judicando, & consulendo non esse recedendum, scribit *Gutierez. pract. quæst. 153. n. 2. & seqq. Covaru. tom. 3. var. resol. cap. 11. num. 1.* Atque hanc opinionem complectitur articulus noster; Ad contraria respondet latè *Theodor. Reinking. loc. cit. à n. 130. usque ad n. 265.*

8 Unam limitationem articulus noster annectit, si nimirum emptori ante conditionis existentiam res eventualiter vendita fuerit tradita, tunc enim per traditionem, quæ est ultima venditionis perfectio, purificatur contractus, & dominium transfertur. *l. dot. fruct. §. ult. & l. seq. ff. de jur. dot.*

Rein-

Reinking. cit. quæst. 7. n. 274. Tyraquell. §. 1. gloss. 10. n. 55. Quamvìs dissentiat *Covaru. loc. cit. cap. 11. Gutierez. dict. quæst. 153. n. 4. Lud. Molina. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 370. n. 37.*

Sed quid si consanguineus post venditionem sub conditione initam, non exspectato conditionis eventu se ad retrahendum declaret, & ad pretij solutionem offerat? De hoc casu articulus noster nihil disponit. *D. Balthasar. tit. 10. resolut. 3. num. 6.* cum *Tyraquell. §. 1. gloss. 2. n. 26. & seqq. Gutierez. lib. 2. quæst. 153. n. 4.* & cum *Molina. cit. disput. 370. num. 38.* affirmativam defendunt, per rationem, quòd venditio conditionalis statim sit perfecta, antequàm conditio extiterit usque adeò, ut non liceat alteri contrahentium invito altero ab ea discedere: Et quanquam res pendeat ex futuro, tamen completa posteà conditione censetur contracta venditio in præteritum, conditione enim impleta perinde est, ac si contractus ab initio fuisset purus, ut argumentatur *Tyraquell. loc. cit. n. 27.* Cùm igitur nihil intersit emptoris, si interim admittat consanguineum ei offerentem pretium cum onere conditionis, & qualitatis ipsius venditionis, non videtur eidem pendente conditione jus retractûs denegandum esse, præsertim cùm consanguinei interesse possit, ut nunc admittatur, fortè quia nunc habet promptas paratásque pecunias, quas non habiturus esset eveniente conditione; Quam tamen sententiam utpote valdè controversam alijs ulteriùs examinandam relinquimus; Et quia conditiones aliæ sunt casuales, & aliæ potestativæ (illæ sic dictæ, quia pendent à casu, quem nulla cura, vel pro- 10 videntia humana efficere, vel avertere potest: Hæ, quæ concernunt factum hominis.) Item aliæ sunt, quæ exprefsè in contractibus apponuntur, & aliæ, quæ tacitè, & ipso jure contractibus insunt, item aliæ, quæ V. G. venditionibus, & emptionibus adjiciuntur in favorem unius, vel alterius partis ex contrahentibus, item aliæ negativæ, & aliæ positivæ, prout *DD. ad §. 4. 5. & 6. Institutis de verb. obligat.* fusiùs exponunt, pro quarum diversitate in hac materia retractûs etiam diversa jura nasci possunt: Brevitatis causâ fusiorem excursionem intermittimus, hoc solum addentes, tam- 11 etsi verum esse præsupponamus, consanguineum pendente conditione ad retrahendum admitti posse, vel debere, quòd tamen validitas ipsius contractûs ab eventu conditionis dependeat, ita ut illâ nunquam existente totus contractus corruat, nec credimus, cùm ipse extraneus emptor ad solutionem pretij non teneatur, nisi existente conditione, quòd facilè talis consanguineus inveniatur, qui non exspectato conditionis eventu cum loculis paratus veniat, & solutionem pretij emptori anticipet cum periculo, ne intermedio tempore emptor ad inopiam vergat, & conditione deficiente consanguineo repetitio pretij inanis futura sit.

Tertium membrum articuli nostri comprehendit conditionem resolu- 12 tivam, utpotè si venditio celebretur sub pacto legis commissoriæ, vel addictionis in diem, vel, ut articulus loquitur, cum tali conditione, ut, si illa adimpleatur, venditio iterum rescindi debeat. Et in tali casu jus retractûs locum habet, sicut in venditione purè facta, de qua hactenus ad longum diximus, per rationem, quia conditio resolutiva non suspendit actum, nec eum conditionalem facit, sed tantùm ex eventu actum iterum resolvit. *l. 1. 2. & 3. ff. de in diem addict. Tyraquell. §. 2. gloss. unica. n. 74.* ubi dicit, contractum, qui sub conditione resolvi potest, judicari ut purum, & habere interim executionem, ac si non subjaceret resolutioni conditionali. Quod probatur per *l. 2. ff. de in diem addict.* ita tamen, ut consanguineus retrahens ad conditionem resolutivam adjectam eodem modo maneat obligatus, sicut emptor extraneus, quia in ejus locum succedit. *Tyraq. de retr. conv. §. 2. n. 59. & 60.*

Der Vierdte Articul.

VErkaufft jemand ligende Stuck vnnd Fahrnuß / auch Schulden vnd andere Sprüch mit einander in einem vnverthailten Kauff / vnd will der nechste Freund einstehen / So soll er die Fahrnuß/Schulden vnd andere Sprüch so wol / als die ligende Stuck mit einander annemmen / oder den Einstandt gantz vnd gar verlohren haben.

SUMMARIA.

1. *An jus retractûs locum habeat in rebus mobilibus, si simultaneè cum immobilibus vendantur?*
2. *Quid si autem specialiter, & separatim in æstimationem veniant?*
3. *Quænam venditio indivisibilis dici possit?*
4. *An consanguineus retrahens ad integrum pretium teneatur, si emptor V. G. villam sine mobilibus non fuisset empturus?*
5. *An nomina, & actiones inter mobilia numerentur?*
6. *Utrùm non à jure Protomiseos excludantur?*
7. *Quid si in locum rei extra familiam alienatæ instrumentum obligationis adsit, & in extraneum vendatur, an retrahi possit?*

1 TAmetsi superiùs dixerimus, jus retractûs in rebus mobilibus locum non habere, eò quòd in res mobiles non cadat talis affectio, quam statuta locorum de rebus in familia conservandis considerant, tamen hic articulus notabilem exceptionem facit, nisi scilicet bona immobilia simul cum mobilibus vendita fuerint, nam in tali casu consanguineus immobilia simul cum mobilibus jure retractûs ad se recipere, vel utrisque carere debet. Ratio est, quam sæpè jam allegavimus, quòd consanguineus retrahens succedat in locum extranei emptoris, sicut igitur extraneus emptor contractum simultaneè initum dividere non potest, ita nec consanguineus, qui in ejus locum succedit.

2 Diximus notabiliter: si immobilia, & mobilia in una eadémque venditione simultaneè vendantur, id est, sub uno eodémque pretio, nam, si immobilia cum mobilibus simultaneè quidem vendita fuerint, ita tamen, ut de singulari pretio rerum singularum conventum fuerit, ut in venditione universitatis, vel alicujus certi corporis fieri consuevit, ubi res particulares omnes in separatam æstimationem deducuntur, tunc consanguineo, non obstante hoc articulo nostro, liberum esse existimamus, ut relictis mobilibus jure retractûs pro revocandis immobilibus uti possit. Ratio est satis clara, quia tot esse censentur venditiones factæ, si singulæ res in æstimationem deductæ fuerint: **Wann alle Sachen absonderlich in Anschlag kommen /** quot res particulares, & separatæ in universitate, vel corpore reperiuntur. *Tyraquell. §. 23. gloss. 1. n. 20. & seqq. Rosenthal. de feud. cap. 9. conclus. 91. n. 2. Gomez. ad ll. tauri. l. 70. n. 15.* Quod ex articulo nostro clarè probatur, qui tantùm loquitur de pluribus rebus uno indivisibili contractu, **In einem**
3 **vnverthailten Kauff /** alienatis: Indivisibilis autem venditio dici non potest, ubi singulæ res in universitate, vel corpore quodam venditæ specialiter, & separatim in æstimationem veniunt, & quælibet res particularis assignationem certi pretij sortitur: Vide, quæ supra ad titulum octavum de venditione hæreditatis, vel universitatis, aut alterius cujusdam corporis satis fusè diximus.

4 Una exceptio ad hanc regulam admitti debet, ut consanguineus retrahens ad integrum pretium obligatus esse debeat, tametsi in effectu singulæ res specialiter fuerint æstimatæ, & venditæ, si scilicet extraneus emptor

unam

unam ſine alia non fuiſſet empturus, qui caſus quaſi quotidianus eſt; Cùm plerumque villæ ruſticæ, & nobiles vendantur ſimul cum omnibus mobilibus domeſticis, & ruſticis, cum omni equitio, & pecorum gregibus, ſingulis tamen ſpeciebus in certam æſtimationem redactis. Si proinde extraneus emptor quoad retrahendam villam conſanguineo cedere, & ſibi equitium, pecorúmque greges retinere deberet, ad quid ipſi fundo ſublato conducerent? Juſtiſſimum igitur eſt, ut conſanguineus omnia vendita ſimul retrahat, vel à jure retractûs deſiſtat.

Quæres, cùm articulus noſter etiam loquatur de nominibus, & actio- 5
nibus: **Von Schulden vnnd anderen Sprüchen /** anné talia nomina, & lit-
teræ cenſuales inter mobilia, vel immobilia numerentur? De quo videatur
Berlich. lib. 1. concluſ. 20. num. 43. & 44. & lib. 3. concluſ. 3. num. 8. & 9.
Et quamvìs DD. varias diſtinctiones faciant, præcipuam verò hanc, an e-
juſmodi inſtrumenta cenſualia concernant rem mobilem, vel immobilem,
tamen nos in hac materia juris retractûs actiones, & nomina ſimpliciter,
& indiſtinctè cum rebus mobilibus à Jure Protomiſeos excludimus, cùm 6
non videamus, quæ ſpecialis affectio in ea pro conſervatione familiæ eade-
re poſſit. Et hinc fortè eſt, quòd articulus noſter actiones, & nomina in
hoc articulo cum rebus mobilibus conjungat. Niſi fortè quis de familia
rem immobilem extra familiam alienaverit, & ſibi in caſum pretij non ſo- 7
luti, vel ex alio capite jus dominij, aut reluitionis reſervaverit, poſtmo-
dùm autem hanc ipſam obligationem per venditionem in alium extraneum
tranſtulerit, tunc enimverò conſanguineo jus retrahendi competere, nul-
lo modo ambigimus. Ratio per ſe clara eſt, quia tale inſtrumentum eſt
loco rei extra familiam alienatæ, ſicut igitur res ipſa alienata retrahi po-
teſt, ita non minùs tale inſtrumentum juri retractûs ſubjacet, per quod res
ad familiam reduci poteſt.

Der Fünffte Articul.

WEr deß Einſtandts befuegt iſt / derſelb ſoll ſich deſſen nit vnderfangen / er wölle dann würcklich / vnd endlich jhme ſelbs zu gutem / vnnd daß er das Guet für ſich ſelbs zubehalten Willens ſeye / vnnd keinem anderen zugefallen / oder Nutz / oder in Mainung / das Guet etwann bald / vmb eines Ubergewinns willen / wider zuverkauffen / einſtehen / Deß dann er / daß er nemblich in ſolchem allem keinen haimblichen Verſtandt noch Pact / noch Geferde brauche / dergleichen auch der Kauffer vnnd Verkauffer / wo das begehrt würdet / einen Ayd ſchwören / oder nach Gelegenheit der Perſohn / bey Trauen vnd Glauben / an Ayds ſtatt zuſagen ſollen. Wo es aber darüber bey jhr einem / oder mehr befunden / oder ſie deß überwiſen wurden / darumb ſollen ſie ſchwerlich geſtrafft werden. Wurde auch jemand den Kauffer / als wölle er einſtehen / ſchröcken / oder betrohen / oder einzeſtehen / ſich gar anmelden / ſolches aber nicht in rechtem Ernſt beſchehe / oder wäre kundtlich / daß er den Kauff nit erſchwingen / noch das Guet erhalten möcht / ſonder ſolch Betrohen vnd Anmelden allein beſchehe / daß er dem Kauffer ein Gelt / oder ander Vergleichung für die Abſtehung vom Einſtandt abtringen wolt / ſoll ein ſolcher dem Kauffer / was er empfangen / wider erſtatten / ſein Einſtandt-Recht verlohren haben / vnd noch darzu / nach Geſtaltſame der geübten Un-

gebühr / vnnachläßlich gestrafft werden. Doch soll diser Articul allein vom rechten Aigenthumb / vnd nit wann der Grund-Herr den Underthanen in derselben Gerechtigkeit einsteht / verstanden werden. Dann weil ein Grund-Herr das Guet nit selbs bauet / mag er es gleich einem anderen / der jhme gefällig / wider verstifften.

SUMMARIA.

1. Quid in hoc articulo tractetur?

2. Quid si retrahens non in suam sed alterius utilitatem, & lucri faciendi causâ retrahat?

3. Si consanguineus de fraude suspectus sit, an per juramentum se purgare debeat?

4. An illi judex hoc juramentum ex officio deferre debeat?

5. Quid si emptor non juramentum sed cautionem à consanguineo petat, an illam præstare teneatur?

7. Si vicissim consanguineus à venditore, & emptore juramentum petat, quid jurare debeant?

6. & 8. Quæ sit formula horum juramentorum?

9. An post juramentum præstitum adhuc fraudis probatio admittatur?

10. Quæ indicia sufficiant ad probandum dolum?

11. & 12. Utrùm consanguineus rem retractam perpetuò retinere debeat, & an non propter infortunium superveniens statim iterum alienare possit?

13. An dictum juramentũ sit judiciale, & formaliter præstari debeat, vel an sufficiat, sub fide nobili, & sacerdotali attestari?

14. An consanguineo venditori, & emptori propter contrariam probationem pœna perjurij, & infamiæ irrogari possit?

15. Quæ personæ non ad formale juramentum sed tantùm sub fide verâ, & sincerâ teneantur?

16. Qualis pœna statuatur in consanguineum, qui ex jure retrahendi nundinationem facit?

17. An consanguineus se à suspicione hujus nundinationis, & extorsionis purgare possit?

18. An dominus directus retrahens res feudales, & emphyteuticas à vasallo, vel emphyteuta venditas ad simile juramentum teneatur?

1 TAmetsi principaliter juxta rubrum hujus articuli in illo duo tractentur: Primò, quòd consanguineus rem venditam non alterius lucri, sed suæ utilitatis, & commodi causâ retrahere: Et secundò, sub comminatione retractûs à venditore extraneo nihil extorquere debeat, attamen etiam plura alia consideratione digna in hoc articulo continentur, de quibus ordine.

Ponitur igitur Regula prima, ut ille, qui juris retractûs capax est, eo uti nec possit, aut debeat, nisi pro suo commodo, & hoc animo, quòd bonum alienatum pro se retinere, nec ulli alteri in favorem cedere, vel quæstûs, & lucri causâ de novo vendere velit. Convenit hoc statutum nostrum cum statutis, & consuetudinibus aliorum locorum, de quibus attestatur *And. Tyraquell. de retract. §. 5. gloss. unica. Gail. lib. 2. observ. 19. n. 10. Reinking. de retract. quæst. 5.* ubi *num. 73. ordinat. Solmensem. part. 2. tit. 12.* §. Und dieweil / *& ordinationem Darmstadianam.* Vom Abtrib vnd Näherkauff. §. Wie nun der Kauffer:

2 Duo ergò vi hujus articuli requiruntur, ut consanguineus retrahens suæ utilitatis causâ retrahat, & retineat, nec illam in usum, & utilitatem alterius cedat, aut lucri causâ de novo alienet. Ratio hujus rei, quia retractus conceditur consanguineis propter affectionem, quam habent ad res paternas, & avitas, qualis autem ista affectio est, si consanguineus rem retractam statim iterum velit in alium transferre? *Reinking. de retract. quæst. 2. n. 509.* Ubi dicit, si aliquis in sui quidem utilitatem, sed in alterius usum retraheret, quòd à retractu sit repellendus, quia

quia retractus contra omnes juris regulas, quæ ratam domini volentis transferre rem suam in alium voluntatem habet, ex æquitate quadam propter affectionem, quam quis erga rem majorum suorum, vel proximiorum suorum habet, inductus est, eò tendens, ut bona in familia conserventur. Quando verò cognatus non in sui, sed alterius usum retrahere conatur, licèt aliquam exinde sentiat utilitatem, res non conseruatur in familia, cessante igitur ratione finali hujus dispositionis, cessat quoque ipsa dispositio. Et in fine addit, hoc æquissimum esse, ne alius quivis rei venditæ inhians proximiorem quempiam spe lucelli exigui in fraudem statuti ad retractum subornare possit.

Et hoc in tantum procedit, ut, si consanguineus retrahens de fraude, & simulatione suspectus sit, juramento se purgare debeat. *Gail. loc. cit. n. 10. Tyraq. loc. cit. n. 5, Reinking. de retr. q. 5. n. 73.* 3

Quæres, an judex hoc juramentum consanguineo suspecto ex officio deferre debeat? Et Respondemus, quòd non: Judex enim officium suum impertire non tenetur, nisi imploratus. *l. 4. §. hoc autem octavò. ff. de damno infecto. Socinus de Reg. juris Regula. 197.* Et hinc articulus noster juramentum tantùm in eo casu exigit, si petatur: Wo das begehrt wird. Quod etiam videtur approbare *Tyraq. loc. cit. n. 5.* 4

Quid si autem extraneus emptor non petat juramentum, sed cautionem sibi à consanguineo præstari, quòd sui commodi, & utilitatis causâ, & non in alterius usum, nec quæstûs, aut lucri causâ retractum petat, anné consanguineus ad cautionem præstandam obligatus est? Et sicut *Tyraquell. loc. cit. n. 1.* fatetur, quòd non ausit asserere, consanguineum cautione onerandum esse, cùm non debeamus obligationes ex obligationibus facere, ita nec nos audemus judicis officium ad exigendam cautionem extendere, cùm articulus noster illud exprefsè ad solum juramentum adstringat, si postuletur. 5

Si quæras, quænam sit formula hujus juramenti, ad hoc respondemus, verba hujus formulæ ex ipso textu desumi posse, scilicet: Ich N. schwöre zu GOtt ein Ayd / daß ich mir selbst zu Gutem deß Einstandts vnterfange / vnnd das Guet für mich zubehalten Willens seye / auch keinem anderen zu Gefallen oder Nutz / oder in Mainung vmb eines Ubergwinns willen zuverkauffen / oder dem Kauffer eine Vergleichung abzuschröcken / den Einstandt begehre / vnd in solchem allem kein haimblichen Verstandt / noch Pact / noch Gefährte brauche / &c. So wahr mir &c. 6

Si ulteriùs quæras, cùm articulus noster exprefsè statuat, non solùm consanguineum ad juramentum obligatum esse, si postuletur, cujus formulam jam adjecimus, sed etiam ipsum venditorem, & emptorem extraneum, quidnam horum juramento contineatur? Et Respondemus, dici posse, quòd in casu, quo à consanguineo supradictum juramentum requiritur, rectè ab ipso reciprocè juramentum calumniæ, vel malitiæ peti possit, quia ad *Art. 20. Tit. 7.* deß Summarischen Proceß / latè deduximus, quòd deferens alteri juramentũ, de calumnia, vel vitanda malitia priùs jurare debeat. Sed de hoc juramento calumniæ, vel malitiæ articulus noster non videtur esse intelligendus, quia hac in parte non versamur in judicialibus, de quibus loquitur supra citatus *Art. 20. Tit. 7.* deß Gandt-Proceß / sed potiùs, si ita loqui licet, in juramento extrajudiciali purgatorio: Et quia in utramque partem, scilicet consanguineum retrahentem, & venditorem ac emptorem se retractui opponentes sinistra suspicio de fraudulenta collusione cadere potest, non minùs ipse venditor, & emptor extraneus ab ea se mediante juramento purgare debent, quàm consanguineus retrahens. Quis enim non videt, facilè inter venditorem, & emptorem extraneum ad excludendum consanguineũ à jure retractûs tacitâ collusione de tali pretio conveniri posse, 7

quod

quod consanguineum à jure retractionis tanquam nimiùm exorbitans deterreat. Itaque articulus noster ob ejusmodi suspicionem etiam consanguineo contra venditorem, & emptorem delationem juramenti concedit, & hujus
8 hæc erit formula: **Wir der Verkauffer vnd Kauffer schwören hiemit zu GOtt ein Ayd / daß der Verkauff recht vnnd auffrichtig zuegangen / auch die Kauff-Summa / so hoch seye / wie angeben worden / vnnd daß sonsten darunter kein haimblicher Verstandt / Pact / Gefährte / Betrug / oder Arglist gesuecht / oder gebraucht worden / ꝛc.**

9 Quæres, cùm in supra citato *Art. 20. Tit. 7.* **deß Sum̃arischen Proceß /** de juramento judiciali litis decisorio dixerimus, quòd post illius præstationem nulla ampliùs probatio in contrarium admittatur: Cùm illo præstito solùm agatur de quæstione, an juratum sit, & nulla ampliùs examinatio admittatur, an benè, vel malè juratum sit, utrùm hoc etiam in hoc juramento juris retractûs præstito dicendum sit? Ad quod *Tyraquell. de retract.* §. *5. gloss. unicâ. num. 5.* affirmativè respondet, & consuetudinem Averniensem, & Burdigalensem allegat, quas etiam juri communi conformiores esse tradit; Sed articulus noster contrarium videtur disponere, in verbis: **Wo es aber darüber bey ihr einem oder mehr befunden / oder sie deß überwisen wurden / darumb sollen sie schwerlich gestrafft werden:** Id est, si post juramentum præstitum unus, vel alter inveniatur, vel probetur periurus, quòd severè sit puniendus; Præsupponit igitur articulus, quòd post juramentum præstitum adhuc fraudis probatio admittatur, modò illa constet ex evidentibus argumentis, & conjecturis, cùm in materiâ doli, & fraudis, quæ infamant, probatio per verisimilitudines non admittatur. *l. dolum. 6. C. de*
10 *dolo. l. 3. §. præterea. ff. de suspect. tutor.* Ubi dicitur, quòd dolus perspicuis probari debeat indicijs, quale principalissimum est, si consanguineus rem retractam statim, vel paulò post iterum in alium transferat. *Tyraquell. loc. cit.* §. *5. num. 4.* Ubi dicit, apud Turones moris esse, & consuetudinis, si consanguineus, qui retraxit, vendat rem alteri intra annum retractûs, quòd emptor, à quo res retracta est, eandem ad se revocare possit restituto pretio, quod sibi à consanguineo retrahente solutum fuit: Et hoc planè etiam ex jure nostro statutario practicabile esse, vix dubitamus, nam si quis statim, & paulò post, sive, ut noster articulus loquitur, **So bald /** iterum alienat, præsumitur fraudulenter agere, & se hujus juris indignum reddere.

11 Quæres, an ergò consanguineus rem jure retractûs ad se revocatam semper retinere debeat, & illa quodammodò habenda sit pro inalienabili? Et Respondemus, hanc non esse intentionem statuti nostri, si enim retractus bonâ fide, & sincero animo, rem pro utilitate propria retinendi factus fuerit, & retrahenti ex post facto infortunium supervenerit, non prohibetur, rem jure retractûs revocatam iterum alienare: Deducitur hoc ex
12 verbo: **So bald /** quod alienationem ex longo intervallo factam non excludit. Deinde alienatio, quæ tam brevi temporis intervallo fit, solummodò præsumptionem inducit, retractum non sincero animo, & propriæ utilitatis causâ, sed in favorem, & usum alterius fortè etiam pro quæstu, & lucro factam esse: Præsumptio autem alijs præsumptionibus, indicijs, & argumentis elidi potest. Si proinde consanguineus casum, aut infortunium, quo ad tam celerem alienationem repetendam adactus sit, probare possit, eum ab omni pœna liberum, & immunem esse, non ambigimus.

Nec obstat, quod ex *Artic. 20. Tit. 7.* **deß Summarischen Proceß /** in contrarium adduximus, quamvis enim Tyraquell: videatur hæc juramenta, quæ tam à consanguineo retrahente, quàm à venditore, & emptore extraneo præstanda sunt, habere pro judicialibus, cùm post præstitum juramen-

tum

tum probationem in contrarium non admittat, & compilatores statutorum Provincialium ejusdem opinionis fuerint, quia in monitis suis censuerunt, nullam distinctionem faciendam esse inter personas nobiles, & plebejas, sed omnes indistinctè obligandas, ut ad instantiam partis adversæ formale juramentum præstent, nec eorum assertio, **bey jhren Adelichen oder Priesterlichen wahren Worten / Treu vnd Glauben /** id est sub fide nobili, vel sacerdotali, **angenommen werden soll /** nihilominùs tamen legislator in præsenti articulo nostro contrarium disposuit, in verbis, **oder nach Gelegenheit der Persohn bey Trauen vnnd Glauben an Ayd statt zuesagen sollen:** Ex quo satìs manifestè sequitur, hæc juramenta in materia juris retractûs præstanda pro judicialibus non haberi. De jure enim communi, & statutario nimis certum est, quòd juramenta judicialia, veluti sunt litis decisorium, suppletoriū, calumniæ, malitiæ, dandorum, respondendorum, & si quæ alia similia sunt, formaliter præstari debeant, nec depositio sub fide nobili, **bey Adelichen Ehren / Trauen vnnd Glauben /** pro sufficienti admittatur, sicut aliàs in rebus testimonialibus admittitur. Certè, cùm declaratio de suscipiendo contractu emptionis, & venditionis, & pretio solvendo in effectu nullum judicialem processum requirat, sed vel judicis copia omninò non, vel non nisi in casu, quando contradictio quædam incidit, necessaria sit, isque de plano, & solâ rei veritate inspectâ procedere possit, & debeat. Ideò vix dubium esse potest, quin hoc juramentum in materia retractûs præstandum pro solo testimoniali habendum, & proindè à nobilibus, aliisque personis honestis bonæ famæ, & vitæ etiam sub fide nobili, vel **bey wahren Worten / Trau / vnd Glauben /** præstari possit. 13

Nec ullo modo *D. Balthasaro. ad hunc Titulum. resolut. 4. in fine.* consentire possumus, quòd vel consanguineo, vel venditori, & emptori ob juramentum præstitum propter contrariam partis adversæ probationem pœna periurij, & infamiæ irrogari possit, cùm contraria probatio non aliter, nisi per indicia, & argumenta verisimilia fieri possit, quia fraus, & dolus, quæ in animo consistunt, evidentem probationem vix admittunt, ex nudis autem indicijs, argumentis, & conjecturis nemo de vera fraude, & dolo convinci possit. 14

Sed dubium esse potest, an sub verbis nostri articuli, **nach Gelegenheit der Persohnen /** censeatur remissio facta ad *Artic. 15. Tit. 7.* **deß Summarischen Proceß /** ita ut non nisi ibi enumeratæ personæ à præstando formali juramento etiam in hac materia juris retractûs releventur? Et Respondemus, quamvìs secundùm judicium nostrum videatur articulus noster potiùs respectum habere ad honestatem personæ, quàm ad nobilitatem, & consequenter in judicis arbitrio esse, ut etiam hominem plebejum, V. G. mercatorem, judicem, aut alium officialem, qui nobilibus personis non adnumerantur, si bonæ famæ, opulentus, & in existimatione constitutus sit, ad juramentum hoc purgatorium non formaliter, sed sub fide verâ, & sincerâ: **Bey wahrem Trau / vnd Glauben /** admitti possit: Quoniam horum duntaxat verborum mentio fit, & de fide nobili altum silentium est: Tamen, cùm Consiliarij Principis in suis monitis tempore, quo statuta nostra erecta sunt, indifferenter in hac materia juris retractûs tam à nobilibus, quàm plebeis personis præstationem formalis juramenti necessariam esse censuerint, vix possumus præsumere, quòd Serenissimus Legislator in verbis: **Nach Gelegenheit der Persohn /** aliud statuere voluerit, quàm quòd nobilibus personis privilegium suum, quod in testimonialibus habent, etiam hac in parte quoad purgationem à dolo, fraude, vel alia quavis sinistra suspicione in salvo constituere voluerit. Interim planè, si quidam judex inferior, sive Pedaneus aliquem virum justum, bonæ famæ, & vitæ, loco juramenti formalis ad solam stipulationem manûs, quòd retractum suæ utili- 15

tatis causâ, & in ſuum, non alterius uſum poſtulet, ſine præſtatione formalis juramenti admitteret, non putamus in altioribus tribunalibus, cognita retrahentis probitate, & honeſtate facilè reformationem admittendam eſſe, quia nos quaſi pro certo ſupponimus, quòd hæc verba, **Nach Gelegenheit der Perſohn** / rem totam judicis arbitrio remittant.

16 Alterum membrum hujus articuli, ut præmiſimus, conſiſtit in hoc, quòd conſanguineus per comminationem retractûs ſimulatam nihil extorqueat, ſæpiſſimè enim contingit, ut conſanguinei, qui tamen media non habent, rem venditam retrahendi, & in familia conſervandi, nihilominùs ex invidia, vel ſpe alicujus lucelli emptori extraneo retractum comminentur, imò etiam actualiter inſinuent, tantùm ad hunc effectum, ut emptor aliquo dato eum faciat à jure retractûs recedere: **Daß Er jhne mache gegen anderwärtigen Vergleichung von dem Einſtandt abzeſtehen** / hanc igitur peſſimam corruptelam articulus noſter non minùs, quàm priorē, ſi quis rem retrahit, non ſuæ utilitatis, ſed alterius boni, & commodi causâ, odio habet, & præter irrogationem ſeveræ pænæ, etiam hoc ſtatuit, ut talis nundinator malignus hoc ipſo etiam jus ſibi ex conſanguinitate competens ammittat.

17 Sed hîc opportunè quæri poteſt, an non conſanguineus retrahens ſe ab hac mala ſuſpicione, ſicut in priori caſu per juramentum formale, vel promiſſionem, ſive ſtipulationem ſub fide nobili, aut etiam ſub fide verâ, & ſincerâ: **Bey Adelichen Worten / Trau / vnd Glauben** / purgare, & liberare poſſit? Ratio dubitandi eſt, quia articulus noſter in hoc ſecundo membro de juramenti præſtatione nullo verbo meminit, quod fortè propterea factum eſt, cùm ejuſmodi extorſio faciliùs probari poſſit, quàm intentio retrahentis, an illa purè in utilitatem, & commodum conſanguinei, quàm alterius tertij tendat, & hinc, cùm ea, quæ in animo conſiſtunt, difficilis probationis ſint, dicendum eſſe videtur, quòd in primo membro purgatio per juramentum admiſſa ſit, non autem in ſecundo. Verùm nos nullo modo dubitamus, quin conſanguineus retrahens, ſi de tali intentione ſuſpectus ſit, & emptori extraneo probatio deficiat, ad ejus inſtantiam ad juramenti purgatorij præſtationem teneatur. Ratio eſt, quia, ſi conſanguineus ſe ad retrahendum inſinuat, nemo ſcire poteſt, an id ſeriò, & ſincero animo, vel alicujus recompenſationis extorquendæ causâ faciat, cùm hoc non minùs in animo conſiſtat, quàm illud prius, an ſcilicet ſui, vel alterius cōmodi causâ retrahat, debet igitur ab utroque ſe per juramentum purgare, & hinc eſt, quòd in formula ſupra præſcripta etiam caſum hujus ſecundi membri ſpecificè complecti voluerimus.

18 Ultimum eſt, quod articulus in fine monet, ſcilicet dominum directum, qui præ conſanguineis juxta dicta ad articulum primum in rebus feudalibus, vel emphyteuticis à Vaſallo, vel Emphyteuta venditis jus retractûs habet, ad hoc juramentum præſtandum non eſſe obligatum, Ratio habetur in ipſo textu, quia dominus directus colonum non agit, neque vaſallum; Et hinc, cùm non retrahat hoc animo, ut ſibi bonum feudale, vel emphyteuticum retineat, ſed ut alteri iterum ad colendum, vel merendum in feudum, vel emphyteuſin concedat, ad juramentum primi, aut ſecundi membri obligationem non habet; Deinde jus dominij longè fortius eſt, quàm jus proximitatis, quod ergò in jure proximitatis diſpoſitum eſt, ad jus dominij extendi non debet, cùm illud ſit odioſum, ut ſupra explicavimus, hoc autem favorabile, & hinc non dubitamus, quin dominus directus etiam ſolius lucri, & quæſtûs causâ rem feudalem, vel emphyteuticam retrahere, & etiam ſtatim in ipſo momento poſt retractum alteri, cuicunque voluerit, iterum in feudum, & emphyteuſin, ſive gratìs, ſive majori, aut minori pretio cedere, donare, aut vendere poſſit

pro

pro lubitu, quia ipse dominus est, & ad retractum non ex affectione, sed ex dominij valore, & efficacia admittitur.

Der Sechste Articul.

DEr Freund / so an den Kauff stehen will / soll dagegen dem Kauffer sein außgebne Kauff-Summa / dergleichen auch den Leut-Kauff / darzu Schreib- vnnd Sigl-Gelt / auch anderen redlichen / nothwendigen Unkosten / so über Fertigung deß Kauffs gehet / Doch daß der Zehrung halber / wo eine fürgangen / ob sie nit übermässig / die Erkandtnuß bey der Obrigkeit stehe / paar erlegen vnnd bezahlen / also daß eines mit dem anderen zugehe.

SUMMARIA.

1. *Quænam consanguineus emptori extraneo, si vult retrahere, præstare debeat?*
2. *Si collusio inter venditorem, & emptorem circa pretium suspicatur, quid agendum consanguineo?*
3. *Quid si venditor emptori pretium in totum, vel pro parte remisisset?*
4. *Quid si venditor rem venditam æstimaverit, an censeatur facta in favorem emptoris, vel consanguinei retrahentis?*
5. *An retrahens teneatur ad plus, vel minùs, quàm emptor extraneus?*
6. *Quid si sit prodigus, & inexigibilis, an termini solutionis ipsi non rectè denegentur?*
7. *An verbalis oblatio pretij sufficiat, præsertim si pretium sit illiquidum?*
8. *Quodnam pretium restituendũ, si durante tempore retractûs res iterum pluris, vel minoris vendatur?*
9. *Quid si retrahens velit loco paratæ pecuniæ idoneos fidejussores, & pignora dare?*
10. *An sufficiat oblatio judicialis sine actuali depositione?*
11. *Apud quem judicem hæc oblatio fieri debeat?*
12. *An numeratio actualis pecuniæ paratæ in præsentia testium requiratur?*
13. *Utrùm consanguineus retrahens possit compensatione erga emptorem uti?*
14. *Qui juratò promisit solvere, an per compensationem juramentum impleat?*
15. *Quid si emptor pretium nondum solvit, an consanguineus nihilominùs compensationem opponere possit?*
16. *An detur compensatio debiti illiquidi, & quod vocetur debitum liquidum?*
17. *An præstari debeat pretium conventum, vel verum, & commune?*
18. *An consanguineo adversùs venditorem competat beneficium. l. 2. Cod. de rescind. vendit.?*
19. *In qua moneta restitutio pretij fieri debeat?*
20. *Quid si mutatio monetæ contingat?*
21. *Quid si de certa specie inter venditorem, & emptorem conventum fuerit?*
22. *Quid si tempore contractûs moneta conventa in usu esse desiêrit?*
23. *Aut publico edicto prohibita fuerit?*
24. *In quali moneta pretium restituendum, si nulla species expressa, & determinata fuerit?*
25. *Utrùm constitutio Imperialis Augustana de Anno 1569. adhuc practicabilis sit?*
26. *An etiam arrha restituenda?*
27. *An arrhæ inter sumptus legales, & necessarias referendæ sint?*
28. *Quid si arrha constituatur in pœnam, si una, vel altera pars à contractu resilire velit?*
29. *Quis refundere teneatur expensas judiciales pro erectione instrumentorum?*

 30. *Qua-*

30. Qualis abusus fiat in præfecturis quibusdam, & dicasterijs nobilium?
31. Quid articulus disponat de expensis bibalibus?
32. An omnes indistinctè expensæ à retrahente refundi debeant, & inprimis an necessariæ?
33. Quid de utilibus dicendum? Remissivè.
34. Quid si emptor pretium oblatum à consanguineo sine justa causa recuset, & quid observandum in depositione judiciali?
35. De abusu quorundam judiciorum circa depositionem.
36. Depositio sicut solutio debet fieri in moneta conventa, vel justa, & usuali.
37. Ad depositionem citandus emptor.
38. Quid si copia judicis haberi nequeat, in quo loco depositio facienda?
39. Si retrahens pecuniam depositam revocet, an censeatur à retractu recessisse?
40. Utrùm retrahens etiam teneatur ad refundendum laudemium, vel relevium?
41. An duplex laudemium debeatur?
42. Quid si semper propinquiores intervenirent, an ad præstandum laudemium tenerentur?
43. Cur in feudalibus, & emphyteuticis tot laudemia, & relevia exigantur, quot mutationes possessorum contingunt, & non item in retractu?

DIsponitur in hoc articulo de ijs, quæ consanguineus retrahens, antequàm ad retractum admittatur, emptori extraneo præstare debeat: Inter quæ primum, & principalissimum est pretium, der Kauff-Schilling / oder die Kauff-Summa.

1 Dicimus igitur 1. quòd is, qui rem venditam jure proximitatis, vel consanguinitatis retrahere vult, ante omnia pretiũ sine collusione, & fraudis suspicione inter venditorem, & extraneum emptorem conventum, sive jam solutum sit, sive adhuc restet, offerre, & actualiter præstare debeat. Ratio est, quia naturæ retractûs convenit, ut emptor liber, & indemnis ab emptione recedere possit, ac si nunquam emisset, cùm semper hæc tacita conditio insit, ut emptor extraneus, antequàm à contractu recedit, priùs recipiat, quod expendit; Justè enim emptor respondet: Cùm tu retrahens non facias, quod debes, non recipis, quod oportet, quia exceptio non adimpleti contractus semper opponi potest: & cùm restitutio pretij in jure retractûs loco conditionis sit, illa deficiente consanguineus meritò à retractu repellitur.

2 Studio diximus, de restituendo pretio, quod sine collusione, & fraudis suspicione conventum est: Nam secundùm dicta prioris articuli venditor, & emptor extraneus, super hoc puncto ad petitionem consanguinei, juramentum præstare debent, ne consanguineus ad majorem sumam solvendam inducatur, quàm quæ realiter inter partes contrahentes promissa, vel etiam actualiter soluta fuit. Ad quod textus est in *C. constitut. de restitut. in integr. & in constitut. Frid. de Jure Protim. post princip. & in l. Julianus. §. offic. ff. de act. empt.*

3 Quid si autem venditor emptori pretium, vel ex toto, vel pro parte remisisset? Respondemus, certissimum esse, quòd non obstante pretij totalis, vel particularis remissione retractui locus sit, si remissio facta fuit post contractum perfectum. Ratio est, quia consanguineo per contractum perfectum jus quæsitum est, quod eidem ex post facto per remissionem pretij interverti non potuit. *Pegius. in tract.* vom Vorkauff. *lib. 1. cap. 2. Versic.* Hieneben: Si autem remissio in ipso contractu venditionis facta fuit, subdistinguendum est, an venditor habuerit animum, rem ipsam donandi, & æstimatio rei venditæ tantùm accesserit, ut donatarius intelligat, quantum donationis causâ accipiat, vel ad hunc finem, ut consanguineis de certo

rei

rei pretio constet, quibus fortè venditor in jure retractûs derogare nihil voluit, ut res in familia permaneret. In primo membro subdistinctionis jus retractûs non obtinet, quia in contractu, ubi res sine pretio gratis datur, & ex sola liberalitate, & munificentia retractui locus non est, ut paulò post sequetur. In secundo membro dubium non est, quin retractus admitti debeat, cùm præsupponamus, æstimationem rei ad hunc ipsum finem in favorem consanguineorum factam esse. Est igitur tota difficultas, quænam præsumptio in casu dubio facienda sit? An nimirùm æstimatio rei venditæ in ipso contractu interveniens censeatur facta in favorem extranei emptoris, vel in favorem consanguinei retrahentis? Et nos Respondemus, consanguineum non tantùm ideò, quia consanguineus est, extraneo favorabiliorem esse, sed etiam de jure certissimum, quòd in dubio potiùs pro confirmatione, quàm rescissione contractûs præsumendum sit. Æstimatio igitur rei venditæ pro pretio haberi debet, quamdiu non de alia mente, & intentione contrahentium apertè constat, quia contractus taliter est judicandus, qualiter in prima sui figura apparet. *Theodor. Reinking. de retract. quæst. 6. num. 10. & sequentibus.*

Oportet autem, ut à retrahente pretium offeratur, & solvatur integrum. *Tyraquell. de retract. convent.* §. *4. gloss. 6. num. 23. & seqq.* usque ad obolum, qui, si ex retrahentis destinato animo, & non ex errore calculi deficiat, extraneus emptor semper opponere potest exceptionem non adimpleti contractus. Idem *Reinking. loc. cit. n. 22.* & *Tyraquell. loc. cit. n. 24.* Nisi fortè ipsa venditio non fuerit facta in parata pecunia, sed in certis terminis, auff Zihl und Zeit: Tunc enim consanguineus retrahens eodem jure utetur, ut supra jam sæpiùs diximus, & articulus sequens confirmat; Retrahens enim subintrat in locum extranei emptoris, & proinde ijsdem terminis, & conditionibus, quibus venditio cum extraneo inita est, meritò gaudet; Ratio est, quia retrahens non tenetur plus, aut minùs solvere, quàm extraneus emptor, si autem solutionem in parata pecunia præstare deberet, quæ conventa est in certos terminos, utique plus solveret, cùm ante, vel post diem solvens plus minusvè solvere censeatur. *l. cùm qui. ff. de ann. legat. l. solitum. ff. de solut.* §. *si fidejuss. Instit. de fidejuss.* solutionis enim induciæ pars sunt contractûs, & stipulationis. *l. 1.* §. *editionis. ff. de edendo.* 5

Hoc tamen notabiliter non procedit, si consanguineus retrahens malus œconomus, sive prodigus, vel aliàs inidoneus, & inexigibilis esset, tunc planè eidem termini solutionis inter venditorem, & emptorem extraneum conventi rectè denegarentur, donec de ijs solvendis legitimam, & sufficientem cautionem præstaret. Idem *Reinking. loc. cit. num. 38.* Verùm, ut integra solutio pretij à retrahente petatur, oportet integrum pretium esse liquidum, nam, qui solutionem illiquidi differt, non dicitur esse in mora. *Gail. tract. de pignorat. observ. 16. n. 5. Reinking. loc. cit.* Et quamvìs aliàs oblatio pretij verbalis nullo modo sufficiat, tamen, si pretium est illiquidū, verbalis oblatio admittitur. *Trentacinq. lib. 3. var. resol. tit. de oblat. resol. 1. n. 1. Tyraquell. loc. cit.* §. *1. gloss. 19. n. 2. & 3.* præsertim si accedat sufficiens cautio, quæ tamen ab homine divite, & locuplete facilè petenda non est, maximè si bona sua obligare paratus sit. *Reinking. loc. cit. n. 45. & seqq.* Et liquidum intereà consignet, & in judicio deponat. *Gail. 2. observ. 19. n. 7.* Et *Peg. loc. cit. lib. 2. cap. 22.* 6 7

Si verò res extraneo vendita postmodùm durante tempore retractûs iterum pluris, vel minoris vendatur, quodnam pretium à consanguineo retrahente restituendum sit, an primum, aut secundum? Diximus in præcedente *Articulo 3.* quò benevolus Lector reflectat, interim hìc unam notabilem declarationem addimus, ut, si non agatur de retractu consanguinei 8

primi venditoris, sed de retractu consanguinei secundi venditoris, qui fuit emptor primus extraneus, tunc utique hic consanguineus secundi venditoris non in primi, sed in secundi emptoris vestigia subintrat, ejúsque jure utitur, ideóque & pretium ab eo promissum, & solutum, licèt majus, aut minus sit, offerre, & refundere tenebitur. *Reinking. de retract. quæst. 6. num. 54.*

9 Et hæc, quæ de actuali, vera, ac integra solutione pretij dicta sunt, adeò extenduntur, ut non sufficiat, si consanguineus retrahens loco paratæ pecuniæ offerat idoneos fidejussores, vel sufficientia pignora, quia pignora, & fidejussores quantumvis idoneos, vel idonea dare, non est solvere, *l. 4. §. ait prætor. ff. de re judic. l. quod si. ff. de pign act. l. promissor. §. ult. ff. de const. pecun. l. item. §. qui partus. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol. l. statu liberum. §. fin. ff. de stat. lib. Tyraquell. §. 3. gloss. 3. n. 14. Berlich. part. 2. conclus. 41. n. 13.*

10 Quid si autem consanguineus retrahens paratam pecuniam offerat, & emptor illam recipere recuset? Et Respondemus, quòd oblatio facta in judicio habeatur pro solutione, & quidem secundùm aliquos sine actuali deposito, quamvìs id scrupulo non careat: Videatur idem *Reinking. loc. cit. num. 63. & seqq. Surdus. decis. 262.* & *Wesenbec. consil. 73. num. 73. & seqq.*

11 Sed apud quem judicem oblatio pretij facienda est? Respondemus, non apud judicem extranei emptoris, sed apud judicem consanguinei retrahentis: Ratio est, quia solutio debet fieri in loco, in quo peti potest. *l. ult. ff. de condict. tritic. l. quod legatur. 38. ff. de jud. Scaccia de comerc. & camb. §. 2. gl. 5. n. 174. & seqq.*

12 In casu autem, quo extraneus emptor paratus est, recipere pretium in pecunia parata, non sufficit, si oblatio fiat consignata in marsupio V. G. vel alio convoluto, sed debet fieri actualis numeratio in præsentia testium: Ratio per se clara est, quia, ut diximus, integra pretij solutio requiritur, quomodò autem sciri potest, an integra sit, nisi fiat numeratio? Nisi fortè ante consignationem numeratio præcesserit, & illa legitimis testimonijs doceri possit: Idem *Scaccia. de commerc. & camb. §. 2. glossa. 5. num. 156.*

13 Sed quid si consanguineus retrahens emptorem extraneum debitorem habeat, anné pro solutione pretij compensatione uti possit? Rationes dubitandi sunt, quòd compensatio non sit vera, sed ficta, & impropria solutio, statuta autem de solutione loquentia intelligenda sunt de vera, & propria, non ficta solutione, & propterea *Tyraquellus. §. 3. gloss 3. num. 6.* videtur fluctuare, & in hanc sententiam propendere, quòd consanguineus retrahens emptori, qui pretium in contanti solvit, non per compensationem, sed per numerationem, sive solutionem in parata pecunia satisfacere debeat, & videtur hoc suadere ipsa ratio sæpiùs allegata, quòd consanguineus retrahens subintret in locum emptoris extranei, atqui emptor, ut supponimus, cum venditore convenit de præstando emptionis pretio in contanti, sive parata pecunia, ergò consanguineus eandem vicem subire, & cum sacco, sive nummis paratus comparere debet, quod maximè locum habere videtur, si ab extraneo emptore pretium conventum venditori nondum solutum fuit; Quis enim obligabit venditorē, ut loco paratæ solutionis compensationem consanguinei admittat, & loco pecuniæ delegationem, quasi & ipsum emptorem extraneum pro debitore accipiat? Verùm his non obstantibus, sententia affirmativa communiter recepta est, per sequentes rationes. Quia compensatio habet vim solutionis, prout dicit *Juris-Consultus Pomponius in l. si debitor. ff. qui pot. in pig. hab.* Nihil interest, an solverit quis, an compensaverit: Cùm compensare idem sit, quod solvere. *l. solutionis. ff. de*

ff. de solutionibus. l. Julianus ait. ff. de condit. & demonst. l. amplius ff. rem ratam hab. l. vel permutavit. ff. de lib. causa. Sic quando solutio est in conditione, dicitur impleta conditio, si jussus solvere compenset. *l. si peculium. §. 1. ff. de stat. lib.* Sic opposita compensatione liberatio non ope exceptionis, sed ipso jure fit. *l. ult. Cod. de compensat. §. in bonæ fidei. Instit. de action.*

Sic, qui juratò promisit, in certo termino solvere, compensando censetur implevisse juramentum: dict: *l. si peculium. §. 1. ff. de stat. hom.* Et hanc opinionem pluribus defendunt *Covaruvias in cap. quamvìs, part. 1. §. 4. n. 8. & seqq. de pactis in 6. Treutler. disput. 25. thes. 11. litt. A. vol. 1. Fachin. 1. controv. cap. 7. Reinking. de retract. quæst. 6. n. 94. cum multis seqq.* Ad contraria Respondetur, quamvìs compensatio videatur aliquo modo impropria solutio, tamen quoad effectum nihil est, quàm vera solutio brevi manu facta, cùm intersit nostra, potiùs non solvere, quàm solutum statim repetere. *l. 3. ff. de compensat.* & emptor, qui non vult admittere compensationem, videtur in dolo esse, cùm petat id à consanguineo retrahente, quod statim eidem redditurus est. *l. 8. ff. de except. doli. l. in condemnatione. 173. §. dolo fin. ff. de R. J. cap. dolo. de R. J. in 6.* Difficilior Responsio est ad casum, quando extraneus emptor pretium conventum nondum solvit, cùm enim venditor præsupponatur venditionem celebrâsse pro parata pecunia, utique consanguineus, qui in emptoris locum intrat, venditori in parata pecunia satisfactionem præstare debet: Sicut enim, ut priùs diximus, nec idonea fidejussio, aut pignoratitia cautio loco pretij sufficiens est, ita longè minùs cessio, vel delegatio nominis, vel debitoris quantumvis liquidi, & idonei. Rectè igitur consanguineus facit, si exspectat, donec extraneus emptor pretium actualiter solvit, tunc enim ex modo dictis eidem compensationem justè opponere potest, sicut etiam non dubitamus, si consanguineus retrahens ipsum venditorem habeat obligatum, quòd eidem post venditionē perfectam loco emptoris, qui pretium nondum solvit, compensationem opponere possit. Vid. *Tyraq. §. 1. gloss. 16. n. 32. & n. 48. Reinking. dict. quæst. 6. n. 118.* 14 15

Ad hoc autem, ut compensatio admitti debeat, oportet debitum ex omni parte liquidum, & purum esse, id est sine die, vel conditione, ut statim peti, & exigi possit: Imò quamvìs de quantitate constet, si tamen causa obligationis non appareat, comuniter volunt, tale debitum pro liquido non esse habendum. *l. 2. §. circa. ff. de doli mali. & met. except. l. cùm de indebito. §. fin. ff. de probat.* Liquidum igitur est, si constet, quid, quale, & quantum sit, & causa obligationis, ejúsdemque justitia, & veritas palàm existat. Et hanc sententiam de admittenda compensatione loco paratæ pecuniæ etiam juri nostro Bavarico conformem esse arbitramur, cùm *Tit. 11. Artic. 2.* Vers: **Vierdtens**, compensatio etiam in executione admitti possit: **Es kan /** inquit textus, **einer ein richtige vnwidersprechliche Gegenforderung an deme / was er Krafft deß Abschids bezahlen soll / abziehen / auffheben / vnd so vil dieselbe anlaufft / in seinen Handen behalten.** Si ergò compensatio ad satisfactionem rei judicatæ admittitur, admitti etiam debet ad satisfaciendum pretio rei retractæ, cùm utique privatæ conventionis major auctoritas esse non possit, quàm rei judicialiter judicatæ; Et ita videntur argumentari *And. Gail. 2. obs. 17. n. 10.* & ibi *Græv. in coron. n. 2. Theod. Reinking. dict. quæst. 6. n. 92.* 16

Aliam quæstionem circa solutionem pretij in materia juris retractûs doctores in hoc constituunt, an scilicet præstari debeat pretium conventum, vel verum, & comune? Supra jam diximus, necessarium esse, ut pretium inter venditorem, & emptorem extraneum bona fide sine fraudis consilio, vel collusione promissum, & solutum fuerit, ita ut emptor, & venditor, 17

si con-

si consanguineus retrahens petat, obligati sint, se à suspicione juramento purgare: De quo hic nihil ampliùs dicimus, solum hoc addendo, quòd, si jurare nolint, judex rem venditam ex officio judiciali æstimationi, & taxationi subjicere, &, ut articulus noster loquitur, ejusmodi collusores severè punire possit. *Reinking. loc. cit. n. 120.* cùm tale pretium fraudulentum, & iniquum sit. In nostro casu pretium conventum dicimus, quod ab ipsis contrahentibus voluntaria conventione statutum, ac definitum fuit, commune verò, quo res comuniter æstimatur, & pro illo comuniter vendi, compararique solet. *l. si quis uxori. 52. §. 29. ff. de furtis. l. 2. §. 4. ff. ad l. Rhodiam de jactu. l. filiusfamiliàs. 114. §. si quid. 5. de leg. 1. Mynsing. obs. 73. cent. 4. Gail. de pignor. cap. 18. n. 8.* In hoc igitur consistit energia hujus quæstionis, an consanguineus retrahens solumodò teneatur ad solutionem pretij, quod non ex unius, aut alterius licitatione æstimatur, sed comuni regionis æstimatione, rei qualitate, & redituum quantitate constat. Vel an præcisè ad illud pretium obligetur, quod inter venditorem, & emptorem conventum est. *Berlich. lib. 2. quæst. 41. usque ad n. 8.* rationes in utramque partem adducit, & tandem rectè concludit, si venditio celebrata fuerit sincerè, sine dolo, & fraude, quòd consanguineus retrahens ad pretij conventi solutionem teneatur, tametsi illud comunem æstimationem excedat: Ratio hujus rei est, quia res tanti est, quanti vendi potest, & cùm contrahentibus permittatur, si dolus absit, se invicem naturaliter circumvenire, *l. in causa. 16. §. idem. ff. de minoribus. l. item. 22. § ult. ff. locati. l. si quis. ff. de contrah. empt. l. fin. Cod. de jure emphyt.* dubium esse non potest, quin consanguineus, si in emptoris locum intrare desiderat, non veram, & comunem rei æstimationem, sed actualiter conventam solvere debeat, ne aliàs venditor, vel emptor damnificarentur; Venditor propterea, quia fortè rem pro viliori pretio non venditurus fuisset, emptor autem, quia duplici onere afficeretur, tum, quòd invitus rem bona fide emptam dimittere, tum, quòd de pretio jam soluto aliquid remittere cogeretur. Videantur *Hartm. Pistor. part. 1. lib. 2. quæst. 12. n. 10. Reinking. dict. quæst 6. n. 149.*

18 Interim tamen fatendum est, quòd, si pretium datum, vel promissum ultra dimidium excedat, hoc est, si quis duplo emerit, & aliquid supra, veluti rem centum aureorum, ducentis, & aliquanto pluris, non solùm ipse emptor extraneus, sed etiam consanguineus retrahens beneficium *l. 2. Cod. de rescind. vendit.* habeat, quia ad *Art. 2. Tit. 7.* der Land-Recht / prolixè deduximus, quòd illud beneficium tam venditori, quàm emptori commune sit, eò quòd concedatur potiùs causæ, quàm personæ, *Fachin. 2. controv. cap. 16. Covar. 2. var. resol. cap. 3. n. 8.* Si igitur emptori competit, dubium non est, quin eo etiam retrahens uti possit, quia retrahens surrogatur in jus, & locum emptoris, & res ad ipsum transit cum eadem qualitate eodem jure eodémque onere, quod in emptore residet. *Reinking. loc. cit. quæst. 6. n. 131.*

19 Ulteriùs circa pretij restitutionem quæstio est, in qua moneta fieri debeat, & breviter Respondemus. Quòd pretium debeat solvi in moneta proba ejusdem ponderis, &, bonitatis, in qua illud ab emptore solutum, & promissum fuit venditori, ita ut nec emptor, aut venditor ex solutione monetæ aliquo incomodo afficiatur. *Tyraquell. §. 1. gloss. 20. n. 11. & seqq.*

20 Hinc sequitur primò, si mutatio monetæ fiat; prout hoc infelici sæculo ferè singulis annis, aut semestribus contingit, ubi in bonitate extrinseca, & intrinseca minutiores nummi, die Schidt-Müntzen / vel deteriorationem, vel meliorationem accipiunt, retrahens in illa pretium, & valorem solvere debeat, qui fuit tempore contractûs, per rationem, quia in re monetali comunis sententia est, & multis supremorum tribunalium judicijs confirmata,

mata, in contractibus semper habendam monetæ rationem, quæ fuit tempore contractûs, nisi aliud expresse pactum fuerit. Videatur idem *Reinking. loc cit. quæst. 6. à n. 152. usque ad n. 366.* ubi hanc materiam monetalem fusissimè deducit.

Sequitur secundò, si venditor cum emptore convenit, ut pretium in certa specie solvatur, V. G. in ducatis, vel taleris justi ponderis, & veræ intrinsecæ bonitatis, quòd rem retrahens teneatur in eadem, & non in alia, sive diversa specie retrahere, & pretium solvere. *Wehnerus. in pract. obs. Verbo.* Gold-Gulden-Müntz/ tametsi emptoris nihil intersit, ut ei pretium potiùs in conventa, quàm in alia monetæ specie solvatur, quia satis est, quòd emptor pro se legem conventionis habeat, quæ in re licita, & honesta semper observanda est, quamvis fortè hoc in curijs nostris non admitteretur, prout *Sigis. Scaccia. de Commerc. & Camb.* §. *2. gloss. 5. n. 104.* attestatur, generalem consuetudinem totius mundi esse, ut una pecunia solvatur pro alia, si creditor ex receptione alterius pecuniæ non sentiat damnum, quamvis facilè ab emptore aliquid allegari possit, quare ipsius intersit, potiùs pecuniam conventam, quàm alterius speciei recipere, fortè quia species conventa in comercijs cum exteris est usitatior, vel ejus transferendi de loco ad locum facultas promptior, vel ad custodiendum accomodatior, & alia centum similia, quæ ad recusandam solutionem in alia specie monetæ sufficientia sunt. 21

Si autem moneta conventa tempore retractûs in usu esse desierit, vel difficulter propter ejus rarissimum usum, & non nisi magnis sumptibus haberi, & conquiri possit, consanguineum non putamus esse onerandum, ut cum grandi suo incomodo, & fortè etiam laggio, sive cambio, antiquas sortes colligat, & emptori fortè tantùm pro capricio suo satisfactionem præstet. 22

Quòd si autem species pecuniæ, sive monetæ in ipso contractu conventa tempore retractûs publico edicto fuerit prohibita, tunc neque emptor eam cum suo damno recipere, neque etiam retrahens solvere tenetur: *Berlich. part. 2. conclus. 35. num. 19. & seqq. Wehnerus. in pract. obs. in Verbo.* Gold-Gulden. *Pekius.* von Widerkauff. *cap. 15. Schrader. de contract. tit. 24. n. 42. D. RATH. in dissert. sua jurid. de potiss. differ. &c. assert. 90.* mitioris opinionis est, quòd scilicet in ejusmodi monetæ mutationibus, nec præcisè ducatorũ, aut etiam florenorum ratio haberi debeat, sed rem venditam per viros bonos æstimandam, & emptori illud pretium refundendum esse, quod ex dictamine æquitatis naturalis, & justitiæ comutativæ præceptis inveniatur æquum, & justum. 23

Si autem præsupponamus, venditionem factam esse sine ulla certæ speciei expressione, & determinatione, tunc satis est, si retrahens pretium offerat in quacunque moneta usuali currente. Ratio est, quia in debito quantitatis potest unum pro alio solvi: *gloss. in l. 2.* §. *mutui. ff. si certum petatur.* Verùm, tametsi in constitutione Imperiali Augustana de Anno 1569. expresse statuatur, quòd nemo in solutionem alicujus sumæ notabilis de minuta pecunia ultra 25. florenos accipere teneatur, hæc tamen constitutio moderno tempore inpracticabilis est, cùm species Imperiales, nempè ducati, aurei Rhenenses, & taleri sint in hodierna confusione planè invisibiles, quorum vitio? DEUS suo tempore judicabit; cùm moderna monetarum confusio non sine multorum millionum dispendio, & damno reformari possit. Et hæc de primo membro articuli nostri, nempè de restitutione pretij. 24 25

Sequitur secundum membrum, scilicet de arrha, von dem Leib-Kauff/ de quo videantur, quæ scripsimus ad *Art. 3. Tit. 6.* Ubi distinctionem fecimus inter arrham conventionalem, quæ datur pro parte pretij, & illam, quæ tantùm datur in argumentum contractus perfecti: Si arrha solvitur 26

in partem pretij, nullum dubium esse potest, quin à consanguineo retrahente veniat restituenda, quia paulò antè diximus, quòd pretium solvi debeat integrum, ita ut, si unus obolus deficiat, emptori competat exceptio non adimpleti contractus; Si autem arrha data fuerit tantùm in argumentum contractus perfecti, licèt in hoc casu non sit pars pretij, tamen est pars contractûs, & proinde à consanguineo retrahente restituenda, modò venditor in fraudem consanguinei modum non excesserit, de quo, ut supra diximus, se juramento purgare debet: Aliter distinguit *Carol. Molinæus. ad consuet. Parisf. tit. 1.* §. *13. gloss. 9. n. 3.* aut enim,inquit ille, arrhæ consistunt in certa specie, & impleta venditione emptor repetit eas à venditore per condictionē sine causa. *l. ex empto.* §. *is qui. ff. de actione empti.* aut consistunt in pecunia, & tunc computantur in pretium. *l. 1. in verbo recuperare. Cod. quan. licet à vend. reced.* In dubio autem videtur actum, ut cedant pretio. *l. fin. ff. de leg. commiss.* aliter loquitur *Reinking. cit. quæst. 6. n. 375.*

27 Ubi ait, si de consuetudine regionis arrharum datio in emptione, & venditione recepta sit, quòd illæ inter legales sumptus referantur, & à retrahente restituendæ veniant, quia solita quæ sunt, habentur pro expressis, & expensæ, quæ ex consuetudine regionis sine dedecore omitti non possunt, referuntur inter necessarias. *Alciat. in l. impensæ. n. 1. de V. S.* Impensæ verò necessariæ sine controversia refundendæ sunt; Ex quo sequitur, si emptor extraneus spontè, & liberaliter sine ulla necessitate, aut consuetudine aliquid dederit: V. G. venditoris uxori annulum, vestem, &c. vel ejus filio equum, aut librum, &c. quòd consanguineus retrahens ad restitutionem non obligetur, maximè, si præsupponas, venditorem non petijsse, nec de tali honorario in ipso contractu mentionem factam fuisse.

28 Sed quid si arrha, der Leib-Kauff / ad hunc effectum in venditione addita, & conventa sit, ut sit loco pœnæ, si una vel altera pars à contractu resilire velit? Et Respondemus, nostra opinione certissimum esse, quòd consanguineus retrahens etiam ad hanc arrham pœnalem obligatus sit: Ratio est, quia est pars contractûs, sicut igitur loco emptoris in toto contractu succedit, ita etiam debet succedere in arrha pœnali tanquam in parte, ita tamen, ut etiam gaudeat beneficio hujus arrhæ, si illa sententia vera est, quòd quis amissione arrhæ pœnitere, & liberè à contractu discedere possit. Videantur, quæ diximus ad dict: *Artic. 3. Tit. 6.* Vers: *Et quamvis arrha, cum seqq.*

29 Tertium membrum est, ut consanguineus retrahens emptori refundere debeat expensas judiciales, quæ pro erectione instrumentorum ab extraneo emptore factæ sunt, das Schreib- vnd Sigel-Gelt / vnnd andere redliche nothwendige Unkosten / so über die Fertigung deß Kauffs ergangen: *Cassanæ. in Consuet. Burgund. tit. de retractu.* §. *1. n. 6.* Ratio clara est, quia emptor tenetur facere cessionem, seu transportum juris sui per emptionem acquisiti, in retrahentem, simúlque instrumentum emptionis eidem tradere, ideóque nec immeritò ejus sumptus recipiet.

30 Hinc apparet, quàm malus abusus sit in quibusdam præfecturis, & dicasterijs nobiliū, ubi sumptus instrumentales, die Fertigungs-Unkosten/ dupliciter exiguntur, ita ut ab emptore extraneo jam semel soluti à consanguineo retrahente iterum solvi debeant,cùm tamen retrahens novo instrumento opus non habeat, quia novus contractus non est, sed contractus emptoris jure retractûs transeat in consanguineum, de quo paulò post aliquid speciale sequetur: Interim hoc annotari potest, quòd ejusmodi expensæ instrumentales debeant esse conformes legibus nostris Patrijs, der Lands- vnd Pollicey-Ordnung/ *Lib. 1. Tit. 3.* Nam si, ut plurimis locis fit, vel officialium, & judicum avaritiâ plus extorqueatur, quàm ex præscripto juris Patrij debeatur, vel ab extraneo emptore ex propria liberalitate plus solvatur, excessus officialis, vel

vel judicis injuſtus, aut emptoris voluntarius conſanguineo retrahenti non imputabitur.

Quartum membrum eſt de expenſis bibalibus, ſive ſumptibus vini: Apud nos enim Germanos, ut jam alibi conqueſti ſumus, nulla tam exigua conventio, maximè inter homines plebejos inſtituitur, ut non deſuper memoriæ causâ intolerabiles crapulas ad oblivionem uſque bibant: Et de his ſumptibus, & expenſis articulus noſter diſponit, ut non debeantur, niſi ab ordinario magiſtratu judicetur, an non ſint im̃odicæ, & exceſſivæ, quod laudabiliſſimum eſt, cùm ſæpè propter litigium, quod inter homines plebejos ad litigandum proclives exſurgit, dimidium, & ultra in ſumptus vinales impendatur, quàm ipſa res, de qua lis eſt, valeat. Et in his quatuor punctis articulus noſter conſiſtit, ſed non im̃eritò ulteriùs quæritur, annon conſanguineus retrahens ad alias quoque expenſas obligatus ſit? Et Reſpondemus, ad *Art. 8.* ſubſequentem ſpecialia quædam superventura; Interim ad hunc articulum generalia quædam addimus, & imprimis omnes expenſas in rem venditam factas à conſanguineo refundendas eſſe judicamus, quæ neceſſariò in rei conſervationem factæ fuerunt, vel, ut *Juris-Conſultus in l. impenſæ. 79. ff. de V. S* dicit, quæ ſi factæ non eſſent, res aut peritura, aut deterior futura fuiſſet; Cùm enim ejuſmodi impenſis tota rei ſubſtantia ſalva maneat, ac conſervetur, rectè dicitur, quòd augeant rei pretium, cùm etiam à malæ fidei poſſeſſore deduci, & repeti poſſint, ſive, ut com̃uniter dicitur, etiam prædoni reſtitui debeant. *l. ſi à domino. 36. §. ult. ff. de petit. hæred. l. planè. 38. eod. l. domum. C. de rei vindic.* modò tales impenſæ neceſſariæ durantem rei utilitatem reſpiciant, nam, ſi ſolum impendentis pro tempore com̃odum concernant, cum fructibus compenſantur. *l. vel ſi. 3. ff. de impenſ. in rem dot. fact. l. ſumptus. ff. de rei vindic. Gail. 2. obſ. 221. n. 13. ut ibidem repetitur.* 32 (31 32)

An autem expenſæ utiles, ſi duraturæ ſint, & non fuerint factæ in fraudem retrahentis, reſtituendæ ſint, dicemus in *Art. 8.* 33

Quid ſi autem emptor extraneus pretium à conſanguineo oblatum ſine juſta cauſa accipere recuſet? Reſpondemus, locum eſſe *l. 1. Cod. qui pot. in pignore hab. & l. ſi creditrici. l. acceptam. Cod. de uſuris*, ut ſcilicet conſanguineus tantum in judicio deponat, quantum extraneus emptor ſolvit, modò depoſitio fiat prævia numeratione, cùm depoſitio in ſacculo, & crumena conſignata inſufficiens ſit, juxta *Art. 17. hujus Tit.* Ubi ſolutio, & depoſitio in judicio pro Synonimis habentur; Plenè enim liberatur conſanguineus retrahens, ſi poſt recuſationem ab emptore factam, pecuniam in judicio numeratò depoſuerit, ſicutècontra, ſi emptor paratus eſſet, pecuniam accipere, conſanguineus verò contra ejus voluntatem illam deponeret, non ſatisfaceret, nec periculum in emptorem transferret, quod utique ſingulariter obſervandum eſt, cùm periculum rei depoſitæ ipſum contingat, qui non fecit, quod debuit. Pulchrè *Reinking. cit. quæſt. 6. n. 472. Meichn. vol. 3. deciſ. Cameral. fol. 52.* Neceſſarium tamen eſt, ut depoſitio fiat integraliter, non tantùm ipſius pretij uſque ad extremum obolum, ſed etiam arrhæ, deß Leib-Kauffs / ſumptuum pro erectione inſtrumentorum, & aliarum impenſarum neceſſariarum, de quibus in præcedentibus diximus, & *Artic. 8.* dicemus: Ratio eſt, quia, ſicut ſolutio ſine horum acceſſione non ſufficiens eſt, ita nec conſignatio, vel depoſitio, quæ in ejus locum ſuccedit. 34

Grandis autem abuſus eſt quorundam judiciorum non dicam pedaneorum tantùm, ſive inferiorum, ſed etiam ſuperiorum, ut ob quamlibet contradictionem partium ſtatim depoſitionem fieri jubeant, ad hunc effectum, ut ſibi ſportulæ judiciales accreſcant, quæ ſecundùm *Art. 2. Tit. 3. Lib. 1.* der Lands-vnd Pollicey-Ordnung / à 50. florenis, uſque ad 100. ad unum: 35

à 100. usque ad 500. ad duos, à 500. usque ad 1000. ad tres, &, si depositum mille florenos excedat, ad sex florenos se extendunt; Nam in quibusdam locis, ut ipsi experti fuimus, contra hanc claram dispositionem pro singulis florenis crucigerum exigunt, & sic pro mille florenis sedecim florenos, & quadraginta crucigeros, qui unus de notorijs excessibus judiciorum est.

36 Deinde opus est, ut consignatio, & depositio fiat de moneta conventa, seu in defectu conventionis in moneta proba, & justa ob eandem rationē, quia depositio eodem modo fieri debet, sicut solutio, solutio autem juxta prædicta, vel in moneta conventa, vel aliàs proba, justa, & usuali, ac currente facienda est, ergò & depositio.

37 Citandus autem est extraneus emptor, qui solutionem accipere recusavit, cùm depositum factum adversa parte non monita nec citata nihil operetur. *Pegius.* von Verkauff. *lib. 2. cap. 29. Cassanæus. in Cons. Burg.* §. *1. n. 9. Tyraquell.* §. *9. gloss. 3. & ult. n. 3.*

38 Quid si autem copia judicis haberi non possit? Dicendum est, pecuniam etiam in ædibus sacris deponi posse, juxta *l. acceptam. 19. Cod. de usuris.* Vel coram notario, aliisque viris honestis, juxta *l. fin. Cod. de his, qui per med. jud. non appell. Anton. Faber. in Cod. de pignor. act. defin. 6. ferè per totum.*

39 Sed quæres, si consanguineus retrahens ante finitam controversiam pecuniam depositam revocet, anné videatur à retractu recessisse, vel adhuc ipsi integrum sit, post litis decisionem paratam pecuniam de novo offerre? Respondemus, deponenti quidem semper liberum esse, pecuniam à se depositam revocare, cùm is, pro quo deposita est, ante acceptationem nullum jus in pecunia deposita acquisierit, quòd autem per ejusmodi revocationē censeatur juri retractûs renunciare, hoc vix asserere possumus, quamvis affirmativè sentire videatur *Reinking. loc. cit. quæst. 6. num. 481. Pegius.* von vorbehaltnen Widerkauffen / *cap. 17.* Vers: Wann nun der Verkauffer. Ratio est, quia renunciatio sui juris species donationis est, donátio autem nunquam præsumitur, quamdiu alia conjectura sumi potest, hîc autem conjectura sumi potest, quòd pecuniam durante lite, quæ plerúmque fiunt iṁortales, noluerit habere otiosam, & inutilem, litem autem nullo modo deserere, post ejus favorabilē exitum adhuc sibi locum esse confidens, emptori in parata pecunia satisfactionem præstandi. Dicendum igitur est, quòd consanguineus pecuniam depositam recipiens beneficium, quod per oblationem, & depositionem fuerat consecutus, quidem amittat, cùm oblatio, & depositio, quæ non durat, censeatur tanquam si nunquam facta fuisset: Si autem paratus sit, litem prosequi, utique præsumi non potest, quòd venditionem in extraneum factam approbare velit, ut ita actus recuperationis pecuniæ tollat quidem actum depositionis, non verò confirmet actum venditionis.

40 Ultimum est ad hunc articulum, quòd, si res feudalis, aut emphyteutica vendita sit, consanguineus retrahens emptorem extraneum etiam in refundendo laudemio, sive relevio indemnem servare debeat, quia laudemium, sive relevium pars est contractûs, tametsi fortè non sit pars pretij. *Tyraquell. de retractu.* §. *29. gloss. 4. n. 5.* Et emptori adeò jus repetendi laudemij competit, licèt illud venditor ex bona voluntate, aut liberalitate remiserit: Ratio est, quia nemo ex alterius gratia, aut beneficio sibi cum illius jactura commodum quærere debet. Et hoc per se satìs evidens est.

41 Illud verò majorem difficultatem facit, annon in retractu duplex laudemium, sive relevium solvendum sit? Ratio est, quia in *Art. 21. Tit. 21.* der Land-Recht / exprefsè disponitur, si duo inter se de venditione boni emphyteutici, aut translatione ex alio titulo conveniant, quòd domino

dire-

directo consensum suum ad venditionem, vel aliam quamcunque translationem præbenti laudemium præstandum sit, tametsi ex postfacto contractus iterum dissolvatur: Ob gleich der Contract wider zuruck gienge: Atqui per retractum videtur venditio extraneo emptori facta dissolvi, es gehe der Kauff wider zuruck / & sic retrahenti incumbere, ut non tantùm emptori laudemium solutum restituat, sed etiam suo nomine novum, & sic duplex solvat: Sed hoc nobis non videtur justum, & rationabile, per rationem supra jam repetitis vicibus allegatam, quòd retractus non sit rescissio contractûs, sed quædam quasi ejusdem translatio cum omnibus suis qualitatibus ex persona emptoris in personam retrahentis, indéque retractus semper validitatem, & firmitatem contractûs permanentem præsupponat, ex uno eodémque contractu verò duplex laudemium oriri non potest, & generalis Regula est, quòd consanguineus retrahens ultra id, quod emptor extraneus actualiter solvit, non obligetur, ita ut nec pactum inter venditorem, & emptorem initum valeat, ut in casu retractûs res debeat esse cariùs vendita, & lucrum pretij accedens, utriusque contrahentis, id est emptoris, & venditoris cōmune. *Reinking. de retractu. quæst. 5. n. 85.* Supra diximus, retractum domini directi in rebus feudalibus, & emphyteuticis favorabiliorem esse, quàm consanguineorum, de quo tamen sermo redibit in *Articulo 15.* cum suis distinctionibus: Absurdissimum autem foret, si dicere vellemus, 42 emptori rei emphyteuticæ consanguineo retrahenti, & fortè tertio, vel quarto propinquiori consanguineo semper de novo intervenienti præstationem laudemiorum incumbere: Licèt plurimi auctores hac in parte contrarium teneant, utpotè *Molerus. lib. 4. semest. cap. 3. Ziegler. ad praxin Calvul. §. nobiles. conclus. 1. n. 280. cum seqq. Clarus. in §. emphyteut. quæst. 205. Cassanæ. in Consuet. Burg. tit. de retract. §. 9. gloss. 1.*

Dices, D. Reinking, & alios Auctores, qui duplicem præstationem 43 laudemij non admittunt, hac ratione niti, quòd intra annum, & diem non debeatur duplex laudemium, tametsi in feudo, & emphyteusi duplex fiat mutatio possessoris, prout docet *Schraderus. de feudis. part. 6. cap. 3. n. 26. & seqq.* Cùm hoc tamen in Patria nostra notoriè non observetur, eò quòd in rebus feudalibus, & emphyteuticis tot laudemia, & relevia exigantur, quot mutationes ex parte vasallorum, vel colonorum contingunt. Respondemus, id verum esse, cùm nos ipsi experti simus, à quodam præfecto pro Ecclesia suæ jurisdictioni in temporalibus subjecta pro trinis mutationibus in uno anno contingentibus tria laudemia fuisse exacta, & nostra opinione non injustè, quia jura nostra Provincialia respectum solum ad possessorum mutationes habent, attamen hæc causa non est, quòd nos in jure tetractûs non nisi simplicē præstationē laudemij admittamus, sed ista potissimùm, quòd contractus cum emptore extraneo celebratus, ipso jure in retrahentem transferatur, & retrahens nihil aliud agat, quàm ut anteà conventa, & promissa, soluta, aut solvenda præstet, & rem cum omnibus suis qualitatibus, & conditionibussoluto pretio ad se recipiat. Vid: *Tyraquell. §. 29. gloss. 3. n. 4. & 5. Gomez. ad ll. Tauri. l. 70. cum seqq. n. 30. Ziegler. loc. cit. num. 254. Reinking. quæst. 6. num. 378. & seqq.*

Der Sibendte Articul.

OB dann der frembde Kauffer / zu Bezahlung der Kauff-Summen / gar oder zum Thail / Zihl vnd Fristen hätte / die soll der Freund / so in den Kauff stehet / sambt aller anderer Gerechtigkeit / so der Kauff mitbringt / gleich wie der Kauffer haben.

SUMMARIA.

1. *Si in venditione factæ sint dilationes cum interusurio, vel aliæ conditiones, an à retrahente præstandæ?*
2. *Quid si conditiones non in continenti, sed ex intervallo venditioni accedant, & quid in continenti fieri dicatur?*
3. *Venditio transit in retrahentem cum omni jure, id est omnibus actionibus activis, & passivis.*
4. *Quid si venditor consanguineum admittere nolit, quia homo est litigiosus, & cavillator?*
5. *An id, quod de consanguineo prodigo, & de fallimento suspecto ratione cautionis dictum, non etiam sit intelligendum de litigioso, & cavillatore?*

1 QUod jam sæpè in præmissis diximus, consanguineum retrahentem succedere in jus primi emptoris cum omnibus conditionibus, solutionum terminis, & inducijs, aliisque oneribus, & commodis, hoc in articulo isto compendiosè repetitur; Si igitur pactione inter emptorem, & venditorem divisa sit pretij solutio, auff Tag-Zeiten / sive, ut practici loquuntur, auff Zeit / vnnd Zihl / tunc eodem jure rectè etiam utitur retrahens, & eadem dilatio in persolvendo pretio concedi debet retrahenti, quam emptor ab initio habuit. *Berlich. part. 2. conclus. 41. n. 28. Hartman. Pistor. obs. 17. n. 3. & seq.* sive dilationes factæ sint cum interusurio, vel sine interusurio. Ratio clara est, quia per jus retractûs contractus venditionis non rescinditur, sed transfertur in consanguineum, utitur igitur jure emptoris, in cujus locum successit. Idem dicendum est de alijs conditionibus venditioni annexis. *Tyraquell. tract. de retractu. §. 1. gloss. 18. n. 32. & seqq. Reinking. dict. quæst. 6. num. 27.* Si venditio igitur ea lege facta fuerit, ut venditor rem intrà certum tempus restituto pretio redimere possit, hæc conditio venditioni apposita transit etiam in consanguineum, *Reinking. de retractu. quæst. 5. n. 13.* cùm pactum retrovenditionis sit quasi pars pretij, & cohæreat venditioni, ut unum sine alio stare non possit; Meritò igitur retrahens in locum emptoris surrogatus, huic legi stare debet, non inscius, quòd contractus transeat cum sua causa, qualitate, conditione, onere, & vitio. *l. si convenerit. §. 2. ff. de pignor. act. l. & post. §. fin. ff. famil. hercisc.* modò ejus-
2 modi leges, & conditiones in continenti, & non ex intervallo venditioni accedant, idem *Reinking. loc. cit. quæst. 5. n. 26. & seqq.* Censentur autem in continenti fieri, non quæ fiunt ad punctum, vel momentum, sed antequam partes ad extraneos actus deveniant. Et hujus rei ratio est, quòd simul perfecta venditione proximus consanguineus jus habeat, ex venditionis perfectione quæsitum, ideóque in ejus præjudicium pactum ex intervallo adjectum efficax esse non possit. *l. si unus. §. ante omnia. ff. de pactis.* Et hoc videtur dicere articulus noster in verbis, quòd consanguineus, neben den gemachten Fristen / auch auff andere Kauffs-Geding verbunden / so der Kauff mitbringt / quæ cohærent venditioni: Pacta enim ex intervallo supervenientia non insunt, neque cohærent contractui, nec actionem, aut contractum formant, quippè cùm jam præsupponatur contractus, antequàm tale pactum interponitur, fuisse perfectus. *Berlich. part. 2. conclus. 41. num. 18.*

3 Ad terminos solutionis, & conditiones venditioni appositas addit etiam articulus noster, quòd venditio ab extraneo inita transeat in consanguineum cum omni alio jure, mit all anderer Gerechtigkeit / quod ita intelligendum est, ut agnitio, & immissio venditionis per retractum in consanguineum translata etiam tacitam jurium, & actionum omnium, sive activæ, sive passivæ sint, sive ratione rei venditæ competant adversùs venditorem, vel

quem-

quemcunque tertium, cessionem, & translationem ex persona emptoris in personam retrahentis importet, ita ut iisdem actionibus, quibus emptor contra venditorem, & quemcunque alium experiri potuisset, etiam retrahens uti possit, sicut similiter venditori passivè obligatus est, ex omnibus actionibus, ex quibus jure contractûs emptor venditori erat obligatus, cùm, ut paulò antè præmisimus, per retractum non rescindatur prior emptio, & venditio, sed tantùm ab emptore extraneo transferatur in consanguineũ. *Berlich. part. 2. conclus. 60. n. 36.*

Diximus paulò antè, & verum est, quòd si res vendita fuerit cum hac lege, ut venditor eam intra certum tempus redimere possit, consanguineus retrahens ad hoc pactum adjectum obligatus sit. Sed quid si venditor con- 4
sanguineum offerentem pretium nolit admittere, fortè propterea, quasi non sit facilè ab eo tanquam homine litigioso, potente, cavillatore, vel similis conditionis rem venditam intra dictum tempus reluitionis ex pacto, & lege venditionis iterum recuperare, sicut ab extraneo emptore viro bono, & lites execrante? Et *Tyraquell. loc. cit. de retract. §. 1. gloss. 18. n. 41.* putat, venditorem non esse audiendum, eò quòd scire debuerit, contractum venditionis cum extraneo initum in consanguineum devolvi posse. De con- 5
sanguineo, prodigo, malo œconomo, & de fallimento suspecto supra diximus, in terminis ad solutionem datis justè cautionem per fidejussores, & pignora peti posse, an id non etiam in casu proposito hominis litigiosi, potentis, & cavillatoris justè peti possit, lectoris, & vel maximè judicis arbitrio relinquimus.

Denique ad hunc articulum benevolus Lector revocet, quæ ad *Art. 2.* diximus, quòd emptor post consanguinei retractum non maneat ampliùs obstrictus, & obligatus, sed venditor debeat solutionem in certos terminos, auff Zihl / vnd Zeit / à retrahente exigere, quod præcedenti articulo videtur conforme, qui consanguineo retrahenti omnem obligationem satisfaciendi contractui imponit.

Der Achte Articul.

Es soll auch der Kauffer in obgesetzter Zeit / darinnen jhme / wie gemeldet / die nechsten Freund in den Kauff stehen mögen / nichts bauen / ainichen Zinß / oder Gült / so auff dem verkaufften Stuck ligt / nit ablösen / noch das erkauffte Guet / weiter verkauffen / versetzen / verpfänden / verschreiben / oder zu Erb-Recht oder Leib-Geding verlassen / oder verstifften / noch auch in den zugehörigen Wälden / ainichen namhafften Holtzschlag thun / oder sonst auff ainiche andere weiß vnnd weg / jchtwas dergleichen fürnemmen / dardurch das Guet dem Einsteher zu Gefahr vnnd Schaden / wider Gebühr vnnd Recht beschwert / oder geschmälert wurde. Wo aber dergleichen beschehe / soll es von rechtswegen vnkräfftig seyn / vnd den Einsteher in nichtem binden / jhme auch der Schaden / da einer am Guet durch den Kauffer gefährlicher weiß beschehen / von demselben Kauffer erstattet werden. Doch wofern an dem verkaufften Stuck ein solcher Mangel oder Baufälligkeit wäre / die von Noth wegen gewendet vnnd bessert werden müste / also daß dieselbig Besserung ohne Schaden / vnd Gefährlichkeit nicht länger Verzug leyden möchte / Demselben Schaden fürzukommen / soll vnnd mag der Kauffer in der gesetzten Zeit / was

die

die Nothdurfft erfordert / nach der Werck-Leuth Erkandtnuß vnnd Ermässigung / die Baufälligkeit wenden / welchen Bau-Kosten / auch der Freund / so in den Kauff stehet / auff erbahre Rechnung widerlegen solle. Ein gleiche Mainung soll es auch haben / mit nothwendiger Anbauung vnd Besaamung der Felder / vnd dergleichen Grund-Stuck/dañ man solchen Bau-Kosten auff gebührliche Rechnung ebenfals zuerstatten schuldig.

SUMMARIA.

1. *In hoc articulo duo casus comprehenduntur.*
2. *Emptor abstinere debet ab ædificationibus, & reparationibus non necessarijs.*
3. *Quæ dicantur expensæ necessariæ?*
4. *Expensæ necessariæ à malæ fidei possessore, imò & prædone deducendæ.*
5. *Ad securè procedendum, an sufficiat peritorum judicium de necessitate reparandi, vel requiratur cognitio, & authoritas judicis?*
6. *An emptor etiam expensas utiles repetere possit?*
7. *An emptori melioramenta non liceat tollere, si commodè potest?*
8. *Sed quid si retrahens tantundem paratus esset solvere, quantum ex melioramentis ablatis emptor habiturus foret?*
9. *Qualis æstimatio facienda, secundùm valorem, prout cum re sunt conjuncta, vel separata?*
10. *An emptor teneatur de damno subsecuto, si rem ruinosam intrà tempus retractûs non reparet?*
11. *An hæ expensæ necessariæ cum fructibus compensari possint?*
12. *Quid si melioramenta necessaria casu fortuito periêrint?*
13. *Quid si emptor centum florenos impendit, sed per hoc rem ducentis melioravit?*
14. *Utrùm emptori liceat, intrà tempus retractûs annuas pensiones distrahere, & redimere?*
15. *An hoc etiam intelligendum sit de annuis pensionibus cessis?*
16. *Quales item pensiones, vel quæ fundo vendito debentur, vel quæ ex fundo debentur?*
17. *An id, quod de prohibito distractu annuarum pensionum statutum est, ex paritate rationis ad alia jura, & actiones extendi possit?*
18. *An emptor post traditionem rei intrà tempora retractûs fiat irrevocabiliter dominus?*
19. *Si intrà tempus retractûs ulterior fiat venditio, an sit nulla, & invalida?*
20. *Quomodò possit esse nulla, cùm emptor fuerit verus dominus?*
21. *Quid si res intrà tempora retractûs periêrit, estné periculum primi, vel secundi emptoris?*
22. *An annullatio secundæ, vel ulterioris venditionis fiat tantùm in favorem retrahentis, vel ob alium respectum, & finem?*
23. *An id, quod de ulteriori venditione hîc dictum, etiam ad alios contractus extendatur?*
24. *Utrùm etiam oppignoratio, vel hypothecatio prohibita sit?*
25. *An item concessio in feudum, vel emphyteusin?*
26. *Sed quid dicendnm de locatione?*
27. *An non saltem per retrahentem locatio tollatur?*
28. *An durante tempore retractûs emptori prohibeatur, in prædio empto arbores cædere?*
29. *Quid si nulla notabilis cæsura fiat? sed tantùm pro necessitate domestica?*
30. *Tempore retractûs, nec novas servitutes fundo imponere, nec formam ejus mutare permissum est.*

31. Etsi hoc fiat, licèt non malitiosè, sed culposè tantùm, ad damna & interesse competit actio.

32. Impensæ pro colendis agris, & fructibus colligendis, &c. restituendæ sunt.

33. Potest etiam emptor illas propria auctoritate deducere.

ISte articulus desumptus est auß der Lands-Ordnung / de Anno 1553. 1
Lib. 3. Art. 5. Ubi tantùm duo casus comprehenduntur: Primus est, quòd emptor extraneus durante tempore retractûs intermittere debeat ædificationes non necessarias: Et secundò, quòd census super re vendita constitutos redimere non possit. Qui duo casus etiam in rubro hujus nostri articuli solumodò continentur, quamvìs prudentissimus legislator in nigro ad monita suorum Consiliariorum plures adhuc alios expresserit, quod propterea procul dubio factum est, quia interpretes in hac materia juris retractûs super quæstione, quænam ex impensis necessarijs, utilibus, voluntarijs, &c. refundendæ sint, vel non, mirè variant, & dissentiunt. Nos manebimus in cancellis articuli nostri, & de singulis casibus hîc expressis aliquid breviter dicemus.

Debet igitur primò emptor abstinere à non necessarijs ædificationibus, 2
& reparationibus: Studio uterque articulus tam antiquæ, quàm novæ constitutionis loquitur de ædificationibus, & reparationibus non necessarijs, nam impensæ necessariæ in rei conservationem factæ augent pretium, *l. in summa. 6. Cod. de pign. l. si necessarias. 8. ff. de pign. l. impensæ. 79. ff. de V. S.* Dicuntur autem illæ necessariæ, quæ factæ sunt, ut rei substantia salva ma- 3
neat, *l. 5. 6. & 7. ff. qui pot. in pign. Novell. 79. §. his consequens. l. impensæ. 14. ff. de impens. in rem. dot. fact.* Sive, ut Ulpianus dicit *in dict. l. impensa. 14.* quæ habent necessitatem impendendi, vel, ut Paulus exsplicat *in cit: l. impensæ. 79.* quæ si factæ non fuissent, res aut peritura, aut deterior futura fuisset: Quamobrem, cùm his impensis tota rei substantia salva 4
maneat, ac conservetur, semper deducuntur, & repetuntur, sive sit malæ, sive bonæ fidei possessor, qui illas fecit, cùm & prædoni restituendæ sint, ut supra diximus, & pulchrè deducit *Reinking. cit. quæst. 6. n. 386. cum seqq.* modò sint duraturæ, nam si solum impendentis commodum, & utilitatem respiciant, pro tempore, quo ipse rem possidet, non deducuntur, sed cum fructibus compensantur. Idem *Reinking. loc. cit. num. 392. & seqq.* Et licèt emptor securissimè procedat, si in re vendita talem defectum inve- 5
niat, qui ex necessitate reparationem, & meliorationem requirit, der von Noth wegen gewendet/vnd gebessert werden muß/ ita ut sine damno, & periculo dilationem non patiatur, ut judicem accedat, & reparationem cum ejus præscitu, & auctoritate suscipiat, prout *Menoch. de arbitr. Jud. casu. 215. n. 4. & seqq. & de remed. recup. possess. remed. 15. n. 513.* de hoc eleganter, & latè scribit, judicis tamen auctoritas secundùm dispositionem nostri articuli (licèt *Artic. 5.* der Lands-Ordnung / de Anno 53. contrarium contineat) præcisè necessaria non est, sed sufficit peritorum judicium, quod si emptor secutus fuerit, justè à consanguineo repetit, quod sine excessu in rei conservationem impendit. Debet tamen expensarum rationem facere, & cùm tales expensæ, ut supra diximus, pretium augeant, emptor autem juxta deducta consanguineo cedere non teneatur, nisi pretium ad extremum obolum solutum sit, sequitur, quòd ratione talium expensarum jus retentionis competat, donec illæ non minùs, quàm ipsum pretium plenariè restitutæ sint.

Quid autem dicendum est, si emptor durante tempore retractûs con- 6
tra prohibitionem hujus articuli in re empta expensas utiles fecerit? De jure communi communior est sententia, quòd etiam impensæ utiles in rem factæ, quæ eam meliorem faciunt, restituendæ veniant. *Cassanæ. loc. cit.*

tit. de retractu. §. *1. n. 1. Tholosan. in Syntag. jur. lib. 26. cap. 21. n. 5. Gail. 2. obs. 19. n. 9.* Contrarium tamen, quòd emptori repetitio impensarum utilium non concedatur, tenet *Tyraquell. de retractu convent.* §. *7. gloss. 1. n. 5.* Ubi dicit, id de facto observari, & *Nicol. Boërius. decis. Burdeg. 47. num. 8. & num. 10.* Ubi de consuetudine aliquorum locorum Regni Galliæ attestatur. *Berlich. part. 2. conclus. 41. n. 41. Reinking. loc. cit. n. 403.* Ubi pulchras rationes invenies, & hanc sententiam constitutiones nostræ Bavariæ non quidem expresse, ut D. Balthasar asserit, sed tacitè nostra opinione approbant; Cùm enim solas necessarias impensas, quæ ad rei conservationem secundùm judicium peritorum ex necessitate moram non patiente factæ sunt, approbent, reliquas verò omnes excludant, clarè sequitur, quòd utilium tantùm expensarum ratio nulla habenda sit.

Dices, injustum esse, ut consanguineus cum damno emptoris locupletetur: Respondemus primò, quòd emptor scivit, vel scire debuit, in locis, ubi jus retractûs viget, intrà certum tempus competere jus retrahendi, emptor autem sciens rei gravamen actionem tantùm habet ad æstimationem pretij, neque duplæ stipulatione, neque melioratione locum haben-
7 te. *l. fin.* §. *emptor. Cod. commun. de leg.* Respondemus secundò, quamvis emptor pro utilibus impensis nec actionem, nec exceptionem retentionis habeat, quòd possit tamen illas tollere, si comodè, & sine detrimento rei tolli possint. *l. utiles ff. de petit. hæred. l. in fundo. l. Julianus. ff. de rei vin-*
8 *dic. l. domum. Cod. eod. l. pro voluptuarijs. ff. de impens. in rem dot. fact.* Nisi consanguineus paratus sit, tantundem emptori solvere, quantum utilitatis emptor ex melioramentis ablatis habiturus foret. *dict. l. in fundo. ff. de rei vindic. l. idémque. ff. mandati.* ita tamen, quod idem est, ut ejusmodi impen-
9 sarum æstimatio debeat fieri secundùm valorem, quo æstimantur à re separatæ, non quo æstimari possunt cum re adhuc conjunctæ. *Tyraquell. loc. cit.* §. *7. gloss. 1. n. 6.* Nam per se clarum est, quòd meliorationes per separationem deteriores fiant, ita ut exiguo, vel fortè nullo usui, aut separanti, aut consanguineo retrahenti futuræ sint, & hinc æstimatio non secundùm valorem, qui est in conjunctione, sed qui est post separationem facienda est. Sicut enim, ut in contrarium allegatum est, consanguineus retrahens non debet locupletari cum emptoris damno, & incomodo, ita etiam tempore durante retractûs ipsius conditio per emptorem non debet fieri difficilior, aut deterior.

10 Alia quæstio est, si res vendita ita ruinosa, & defectuosa sit, ut, si non reparetur, planè corruat, & pereat, an emptor intrà tempus retractûs ad reparationem obligatus sit, &, si eam non faciat, teneatur de damno subsecuto? *Carolus Molinæ. ad consuet. Paris. tit. 1. gloss. 8. n. 57.* hanc quæstionem examinat, quò Lectorem remittimus: Nos secundùm dispositionem articuli nostri dicimus, emptori obligationem incumbere, ut rem in statu quo conservet, donec tempus retractûs prætereat, quia articulus noster utitur verbis positivis, & obligatorijs, daß der Kauffer dem Schaden fürzukommen / in der gesetzten Zeit soll / vnnd mög / was die Nothdurfft erfordert / nach der Werck-Leüth Erkandtnuß die Baufälligkeit wenden / ubi notetur verbum, (soll) prout enim consanguineus retrahens obligationem habet, ejusmodi impensas necessarias ad amussim refundendi, ita ut emptori competat actio, & retentio, sic etiam emptori incumbit necessitas, inevitabilem rei ruinam præcavendi, cùm sciat, reparationem vel in suum comodum cedere, vel se
11 impensas à retrahente exactè recuperaturum. Et hæ quidem expensæ necessariæ, & pro rei conservatione factæ adeò privilegiatæ sunt, ut cum fructibus non compensentur, modò respiciant utilitatem rei duraturam. *Tyraquell.*
12 *cit.* § *7. gloss. 1. n. 4.* Tametsi ante retractum sine culpa emptoris casu fortuito iterum periêrint, idem *Tyraquell. loc. cit. n. 10.*

Quam-

Quamvìs in casu, quo emptor ad rem conservandam necessariò centum florenos, V. G. impendit, & res per ejusmodi impensam pro duc ntis florenis meliorata est, emptori non nisi centum floreni debeantur: Ratio est, quia ipse debet servari indemnis, non autem à retrahente lucrum exspectare, cùm alias, ut diximus, pro utilibus expensis, maximè si tolli non possint, emptori nulla actio competat. Idem *Tyraquell. loc. cit. n. 8.* 13

Secundus casus nostri articuli est, ut emptor durante tempore retractûs census annuos, vel alias pensiones, & præstationes rei venditæ inhærentes non redimat. Ex quo apparet, quòd emptori extraneo intrà tempus retractûs non solùm omnis ulterior contractus respectu rei emptæ celebrandus, sed etiam distractus prohibitus sit, per regulam, quòd distractus ejusdem naturæ sit, cujus est contractus: Sicut igitur emptori licitum non est, intrà tempus retractûs rem emptam novis annuis pensionibus onerare, ita nec eidem licitum est, antiquas annuas pensiones fundo, vel rei imobili 14
inhærentes redimere, aut distrahere, nisi fortè de solis pensionibus cessis 15
sermo sit, quia illas emptor alienare, donare, vel remittere potest pro lubitu, cùm annui reditus cessi habeantur inter mobilia, sicut fructus à solo separati. *Gail. 2. observ. 10. n. 3. Mynsing. 1. observ. 69. n. 13.* In mobilibus autem, ut supra diximus, jus retractûs locum non habeat. Loquimur hic de annuis pensionibus, quæ fundo vendito debentur, & non de an- 16
nuis pensionibus, quæ ex fundo debentur alteri. V. G. Ego emi à Titio fundum Cornelianum, cui vicinus singulis annis præstare debet pensionem decem florenorum, quam tribus annis solvere neglexit, has igitur pensiones cessas simul cum fundo Corneliano emi; Certè consanguineus Titij, tametsi jure retractûs fundum Cornelianum à me recuperare possit, tamen pro pensionibus cessis, quæ inter mobilia numerantur, tam parùm actionem habet, quàm parùm ad fructus fundi Corneliani, qui tempore venditionis jam fuerunt à solo separati, licèt mihi simul cum fundo vendito fuerint traditi. Aliud dicendum est, si fructus fundi Corneliani sint adhuc pendentes, quia tunc sunt pars fundi, & cum ipso fundo jure retractûs ad consanguineum transeunt. Videatur hac de re fusè *Reinking. de retractu. quæst. 3. n. 81. & seqq.* Est igitur articulus noster tantùm de ipso jure percipiendi annuos reditus, & de futuris pensionibus, quorum dies nondum cessit, intelligendus, quos emptor in præjudicium consanguinei retrahentis, nec alienare, cedere, remittere, redimere, aut reluere potest, sed debet rem venditam in eodem statu relinquere, in quo fuit tempore primæ venditionis.

Et hoc, quod modò de distractu in pensionibus annuis dictum est, ex 17
paritate rationis in alijs juribus, & actionibus, vel activis, vel passivis etiam locum habet, V. G. si ponas, fundum Cornelianum habere jus tigni imittendi, vel aliam quamcunque servitutem in ædibus vicini; Emptor in mei tanquam consanguinei præjudicium ejusmodi servitutem, nec gratis, nec pro pecunia remittere potest, cùm constitutionis nostræ Bavaricæ intentio sit, ut res intrà tempora retractûs permaneat imutabilis cum omnibus suis qualitatibus, oneribus, & comodis, juribus, & actionibus.

Dices, quòd emptor traditione rei subsecuta factus fuerit rei dominus, 18
cur ergo non habeat principalissimum effectum dominij, qui est potestas alienandi? Respondemus, intrà tempora retractûs emptorem non fieri irrevocabiliter dominum, cùm retrahenti actio ad contractum venditionis, & rei venditæ dominium in se transferendum competat: Non est igitur mirum, si emptori tanquam revocabiliter tantùm domino nulla potestas alienandi concedatur.

Tertius casus articuli est, ut emptor intrà annum, & diem, vel intrà 19
biennium, quo respectivè tempus retrahenti durat, rem ulteriùs vendere

non possit sub pœna nullitatis : Quamvis enim ultro fateamur, quòd inspecta ratione juris comunis emptor durante tempore retractûs rem comparatam quocunque titulo in alium transferre possit, quia verè sit dominus. *And. Tyraquell. de retractu.* §. *12. gloss. 1. n. 1.* Ita ut ulteriori emptori acquiratur rei dominium, vel saltem usucapiendi conditio : Aliud tamen de jure nostro statutario dicendum est, utpotè, quod ulteriorem venditionem penitus annullat, in verbis, **Wo aber dergleichen beschehe / soll es von rechts-wegen unkräfftig seyn.** Ubi notentur verba, **von rechtswegen /** id est ipso jure venditio debet invalida, & inefficax esse, ut proinde mirer, quòd *D. Balthasar. ad hunc tit. resol. 8. n. 11.* se torqueat, & verba nostra tam clara aliter interpretetur, quasi scilicet venditio secunda, aut ulterior facta inter contrahentes quidem valeat, non autem consanguineis in jure retractûs præjudicare possit, quasi verò hæc duo idem sint, **Es soll von rechtswegen unkräfftig seyn : Oder er soll dem Einsteher unpræjudicierlich seyn /** cùm inter utrumque palpabilis sit differentia ; Et quomodò quæso secundò contrahentes sibi invicem possunt esse obligati, si, ut verba sonant, secundus, vel ulterior contractus est ipso jure nullus, & inefficax ? Nec quidquam in contrarium facit, quòd emptor primus rei venditæ traditione fuerit factus dominus, eò quòd rei emptæ dominium non potuerit in suspenso, vel in aëre manere, quod D. Balthasar singulariter urget, nam nos ipsi concedimus, emptorem fuisse factum dominum, ut proinde dominium in ipsius persona, & non in aëre consistat, sed hoc non sequitur, quòd propterea ulteriùs alienare possit, cùm tantùm revocabiliter sit dominus, & potestas alienandi sub pœna nullitatis tamdiu suspensa sit, donec tempus retrahendi effluxerit : Ad quam dispositionem prudentissimus legislator verisimiliter propterea comotus est, quòd ex ejusmodi diversis venditionibus ingentes tricæ oriri possint, quarum aliquas jam supra ad *Art. 3.* allegavimus, & plures enumerat *Tyraquell. de retractu.* §. *120. gloss. 1. & 2. per totum.* Quæ omnes per hanc saluberrimam constitutionem ulteriorem omnem contractum infra tempora retractûs annullantem sublatæ sunt : Meritò igitur hac in parte inter jus Comune, & jus Statutarium differentiam ponimus.

(20 beside "terior contractus est ipso jure nullus"; *Diff.* beside "tur hac in parte")

21 Ex quo sequitur, si res vendita intrà tempus retractûs periêrit, quòd periculum non sit secundi, vel ulterioris, sed primi emptoris, eò quòd secundus, vel ulterior contractus sit ipso jure nullus, & proinde dominium manserit apud primum emptorē, res autem perit domino suo. Ex D. Balthasaris præsupposito, qui validitatem secundi, vel ulterioris contractûs admittit, aliud dicendum esset, quòd videlicet periculum rei spectaret ad ultimum emptorem, etiam re nondum tradita, per ea, quæ diximus ad *Artic. 1. Tit. 6.*

22 Si dicas cum D. Balthasar, quòd annullatio secundæ, vel ulterioris venditionis tantùm fiat in favorem consanguinei, juxta verba articuli, **Soll den Einsteher nit binden /** ex quibus verbis apparet, quòd prohibitio de ulteriori alienatione tempore pro retractu competente solùm in favorem consanguinei retrahentis facta fuerit : Respondemus, si articulus noster solum respectum habuisset ad consanguineum retrahentem, ista prohibitione non fuisset opus, quia jam supra deduximus, consanguineo etiam de jure communi nullum fieri præjudicium, tametsi intrà tempora retractûs res vendita in centum manus ambulaverit, cùm condictio, quæ consanguineo pro retractu competit, sit in rem scripta, & persequatur quemcùnque rei venditæ possessorem, habuit igitur legislator in decernenda hac prohibitione annullativa alium respectum, & finem, nempè declinandi difficultates, & tricas, quæ ex ejusmodi varijs, & multiplicatis alienationibus oriuntur, quod satis clarè deducitur ex monitis Consiliariorum, qui in specie hanc

prohi-

prohibitionem consultissimam esse judicârunt, Zu Abschneidung viler Strittt / vnd Irrungen. Et licèt articulus noster de sola ulteriori prohibita venditione loquatur, idem tamen de alijs quoque alienationibus quibuscúnque ad transferendum dominium habilibus, permutatione scilicet, datione in solutum, donatione, & similibus, &c. dicendum esse, dubitari non potest, cùm eadem ratio in illis subsit, quæ est in ipsa venditione prohibita nempè causa diminuendarum litium, & effugiendi multiplices difficultates, & disputationes Deinde emptionis, & venditionis verbum latissimè patet, & omnem contractum, seu alienationem, ex qua dominium transfertur, comprehendit. *l. statu liberi. §. quintus. ff. de statu lib. Mozzius. in contractu. de retract. rubr. empt. & vendit. n. 26.* & *Fabian. de Monte. in tract. de empt. & vendit. quæst. princ. 2.* adeò ut, quidquid sit, i..ov emi, seu emptionis nomine deferri, dici possit. 23

Quartus casus est, prohibitæ hypothecationis, sive oppignorationis, quia etiam species alienationis est, & quamvis alia quoque ratio sit, quòd hypothecatio, sive oppignoratio in præjudicium consanguinei retrahentis non valeat, eò quòd jus debitoris obligantis per retractum resolvatur ex causa antecedente necessaria, ut loquitur *Tyraquell. de retract. convent. §. 3. gloss. 1. n. 11.* Tamen fortiùs stringit articulus noster, qui ejusmodi hypothecationem, vel oppignorationem penitus annullat, ex quo sequitur, si hypothecarius, vel pignoratitius creditor intrà tempora retractûs debitorem suum actione hypothecaria, vel pignoratitia convenire velit, quòd exceptione nullitatis repelli possit, & si emptor hujus rei nulliter obligatæ, sive hypothecatæ ad subhastationem deveniret, quòd tali creditori non nisi actio personalis inter chyrographarios competeret. 24

Quintus casus est, quòd emptor tempore retractûs rem emptam alteri in emphyteusin dare non possit, quia concessio in emphyteusin vera alienatio est: Paulò antè verò diximus, quòd non tantùm ulterior venditio, sed omnis alienatio, per quam dominium transfertur, sub pœna nullitatis prohibita sit. Et hoc intelligendum est tam de emphyteusi perpetua, quàm temporali, sive ad dies vitæ, quia articulus etiam de vitalitio loquitur, quæ est emphyteusis ad dies vitæ: Et hujus rei ratio est, quia in utràque utile dominium transfertur, quæ translatio dominij intrà tempora retractûs prohibita est. Similiter, cùm emphyteusis, & feudum in pluribus assimilentur, sicut concessio in emphyteusin intrà tempora retractûs facta ipso jure nulla est, ita etiam concessio in feudum nullitatem post se trahit, cùm non minùs in illa, quàm in emphyteusi dominium utile transferatur. 25

Sed quid de locatione dicendum est, quæ cum emphyteusi quandam quasi comunionem habet? Benevolus Lector intelligit, quòd non loquamur de hac quæstione, an consanguineis jus retrahendi competat, quando res extraneo nudo titulo locationis concessa est, quoniam hæc quæstio ad *Art. 18. hujus Tit.* pertinet, sed eò tendit intentio nostra, an emptor intrà tempora retractûs rem à se bona fide emptam alteri sine vitio nullitatis locare possit? Ratio dubitandi est, quia articulus noster specialiter dicit, daß der Kauffer inner der Zeit deß Einstandts das erkauffte Guet zu Erb-Recht / oder Leib-Geding nit verlassen / oder verstifften köndte / ubi hoc verbum (verstifften) videtur importare locationem, & conductionem, & ita intelligit hunc terminum *D. Balthasar. loc. cit. num. 13.* Sed nos putamus, verbum verstifften / hoc loco pro Synonimo poni cum verbo, verlassen / ita ut sensus sit copulativus, quòd emptor rem in emphyteusin, vel vitalitium dare, aut concedere non possit: Comuniter quidem dicitur, quòd locatio ad longum tempus pro conformi mercede facta, V. G pro centum florenis, ad 20. annos inducat contractum emphyteusis, tamen si nudus contractus locationis pro uno tantùm, vel altero anno ab emptore extraneo fa- 26

ctus sit, hunc ex dispositione hujus articuli nullitati subjacere, nullo modo credimus: Ratio est, quia locator dominium retinet, & proinde locatio alienatio dici non potest, quæ venditioni comparetur dominium rei in em-
27 ptorem transferenti: Interim tamen dubium non est, quin per consanguineum retrahentem locatio tolli possit, quia resoluto jure datoris, resolvitur & jus acceptatoris. Juxta superiorem Tyraquelli doctrinam, cùm resolutio contingat ex causa antecedenti, & necessaria: Debet igitur conductor post retractum cedere, vel de novo cum consanguineo retrahente convenire.

28 Sextus casus nostri articuli est, quòd emptor extraneus durante tempore retractûs in prædio empto non possit cædere arbores: Faciunt quidem DD. distinctionem inter arbores fructiferas, & infructiferas, sive inciduas, id est non cæduas, inter quas utique magna differentia est, cùm damnum ex fructiferis arboribus proveniens longè majus sit, quàm ex arboribus infructiferis, & cæduis: Quia verò articulus noster hac in parte nullam distinctionem facit, rectè dicimus, quòd emptori extraneo intrà tempus retractûs omnis notabilis incisio arborum prohibita sit, utitur enim articulus noster, in verbis, **in den zugehörigen Wälderen** / in sylvis autem, & nemoribus raró arbores frugiferæ sunt, sed tantùm ad cæsuram, & culina-
29 riam comoditatem necessariæ. Diximus autem, de notabili cæsura, sive incisione, sive, ut articulus loquitur, **von einem namhafften Holtzschlag**: Nam, cùm emptor, ut aliquoties diximus, præsupponatur rei venditæ dominus, non potest ei justè inhiberi, ne pro domestica necessitate ex re sua ligna incidat: Quæstus igitur, sive excessus tantùm prohibitus est, non usus. Vid. de hac materia *Tyraquell. de retract. convent.* §. *3. gl. un. n. 23. cum seqq.* ubi alias distinctiones invenies.

Denique additur pro septimo casu, generalis clausula, quòd emptor extraneus intrà tempora retractûs nullo alio modo, aut via aliquid attentare debeat, per quod bonum venditum consanguineo retrahenti ad periculum, & detrimentum contra jus, & æquitatem oneretur, vel deteriore-
30 tur: Ex quo sequitur, quòd emptor medio tempore retractûs, nec servitutes personales, & reales fundo imponere, aut ullis alijs oneribus, & impositionibus illum gravare, nec formam ejus mutare, V. G. ex sylva cædua agrum, aut pratum facere, hortum fructiferum (ut ineptissimi rustici faciunt in odium dominorum, quibus plurimis in locis dimidium fructuum arborum debent) in pascua, vel sementa convertere, aut quævis similia temerario ausu attentare possint. Si secus factum fuerit, præter pœnam nullitatis tenentur emptores retrahentibus consanguineis ad omne damnũ, & interesse.

31 Quæres, an ad hoc, ut emptor ad omne damnum, & interesse obligatus sit, requiratur, ut ejusmodi innovationes fecerit malitiosè, & ex proposito, vel an sufficiat, ut factæ sint culposè tantùm? Ratio dubitandi est, quia articulus utitur verbis, **gefährlicher Weiß** / quæ videntur dolum, & fraudem importare. Vid. *Besold. in thesauro practico. Verbo.* **Treulich / und ohne Gefährt** / ubi dicit, quòd hæc clausula nil aliud significet, quàm dolum malũ abesse, abfuturúmque esse. *l. stipulatio. 38.* §. *si quis. l. doli. 119. l. ex ea parte. 121. de contrah. & committ. stipul.* Verùm nos doli probationem hac in parte necessariam esse, minimè existimamus, cùm emptor hoc ipso, **gefährlicher Weiß** / censeatur agere, quando agit contra expressam prohibitionem legis, quia ignorantia legum neminem à præsumpto malo animo excusat, *l. cùm quis. 10. Cod. de jur. & fact. ignor.* & bonam fidem non habet, qui juris ignorantiam allegat. *l. 2.* §. *si à pupillo. ff. pro emptore. l. 26. ff. de usucap.*

Utli-

Ultimò denique dubium non eſt, quòd impenſæ, quæ fiunt pro colendis, & ſeminandis agris, fructibúſque colligendis, & in horreum inferendis reſtituendæ ſint. *Tyraquell. de retract. convent.* §. 5. *gloſſ.* 4. *num.* 10. licèt enim articulus noſter ſolùm de ſementis loquatur, quia tamen fructus pendentes, ut ſupra diximus, ſunt pars prædij, & proinde cum prædio ad retrahentem redeunt, emptori extraneo incumbit, ut eos conſervet, & proinde repetitionem impenſarum habet, quæ pro illis à ſolo ſeparandis, colligendis, & in horreum invehendis neceſſariæ ſunt. Idem *Tyraquell. loc. cit. num.* 10. Certè ſi emptor extraneus culturam agrorum, hortorum, pratorum, & collectionem fructuum pendentium culposè negligeret, non minùs de damno dato conſanguineo retrahenti obligatus eſſet, quàm ſi intermiſſa reparatione neceſſaria bonum retractui obnoxium in præjudicium conſanguinei ſciviſſet ad ruinam devenire: Interim emptori liberum eſt, 33 ut impenſas pro fructibus colligendis factas propria auctoritate deducere poſſit, cùm fructus non dicantur, niſi deductis expenſis, quæ quærendorũ, colligendorum, conſervandorúmque gratiâ factæ ſunt. *l ſi à domino.* §. *fin. ff. de petit. hæredit. l. fructus.* 7. *ff. ſoluto matrim. l.* 1. *Cod. de fructibus, & litis expenſis.*

32

Der Neundte Articul.

WAnn auch die Kauff-Summa in dem Kauff-Brieff nicht benennet / oder kein Kauff-Brieff auffgericht iſt / vnd der Freund ſo den Kauff annemmen will / derſelben Kauff-Summen / oder wie der Kauff ſonſten bedingt vnd gemacht ſeye / nit wiſſen hat / aber zuwiſſen begehrt / So ſolle der Verkauffer vnnd Kauffer jhme / wie der Kauff allerdings beſchehen vnnd gemacht ſeye / mit Benennung der Kauff-Sum̃en (wo ſich der Freund an jhrem bloſſen Anzaigen nicht begnügen laſſen wolte) bey jhren geſchwornen Ayden / oder nach Gelegenheit der Perſohnen / bey Trauen vnd Glauben an Ayds ſtatt / lauter zuberichten ſchuldig ſeyn.

Wo ſich dann befindet / daß der Verkauffer vnnd Kauffer dem Einſteher zuwider vnd Nachtheil / den Kauff anderſt / dann er zwiſchen jhnen beſchloſſen wäre / anzaigen wurden / oder auch ein Kauff-Brieff gefährlicher Weiß / vnnd zu Verhinderung deß Einſtandts / anderſt dann im Kauff herkom̃en / auffgericht wäre / darumben ſollen ſie / als die Meinaydigen vnd Fälſcher geſtrafft werden.

SUMMARIA.

1. *Quàm pulchrè, & convenienter circa jus retractûs articuli noſtri diſponant?*
2. *An tam emptor, quàm venditor teneatur conſanguineo retrahenti verũ pretium cum ſuis conditionibus, & qualitatibus exponere, & enunciare?*
3. *An emptor, & venditor inſtrumentum ſuper hunc contractum erectũ retrahenti exhibere debeant?*
4. *Si inſtrumentum publicum adſit; an contrahentes nihilominùs ad ſinceram ſignificationem pretij ſub juramento, vel fide nobili faciendam adigi poſſint?*
5. *Quid ſi in inſtrumento ſumma, & quantitas pretij ſpecificè non comprehendatur?*
6. *Aut emptio, & venditio ſolummodò coram teſtibus ſine inſtrumenti erectione celebrata ſit?*

7. *Quid*

7. Quid si tantùm privata contrahentium scriptura adsit?

8. Quæ pœna contrahentibus maneat, si falsa instrumenta fieri procurent, aut aliter contractum in præjudicium retrahentis enuncient?

9. Supradictum juramentum potiùs est testimoniale, quàm judiciale.

10. Qui sub fide nobili deponunt, an tanquam periuri, & falsarij puniendi, & habendi sint?

1 QUàm pulchrè conveniant constitutiones nostræ in hac materia juris retractûs, quæ planè in Patria nostra quotidiana est, apparet ex accommoda connexione articulorum, nam supra jam diximus, primum gradum esse venditionis, ut venditor suis consanguineis rem venalem faciat, quod planè conveniens esse videtur, cùm utique sanguinis conjunctio hanc affectionem requirat, ut quis rem, quam ipse servare non potest, potiùs in consanguineum, quam in extraneum transferat, & hinc jura nostra statutaria hunc primum gradum oblationis tam sollicitè requirunt. Facta igitur oblatione, & à consanguineis non acceptata relinquitur secundò cuilibet libertas, rem suam alteri cuicunque extraneo vendendi: Interim tertiò consanguineo, si oblatio eidem facta est, datur annale tempus pro retractu, si autem quartò oblatio fuit intermissa, integrum biennium, de quibus omnibus jam sufficienter diximus. In hoc articulo pro consanguineis adhuc favorabilior fit dispositio, scilicet, ut facta venditione in extraneum non so-
2 lùm emptor, sed etiam ipse venditor obligatus sit, consanguineo retrahenti ad petitionem verum rei pretium conventũ cum omnibus venditionis conditionibus, & qualitatibus annexis, & cohærentibus fideliter, & si consanguineus requirat, pro personarum qualitate sub formali juramento, vel sub fide nobili, aut, ut supra ad *Art. 2.* diximus: Bey wahren Worten / Trau / vnd Glauben / exponere, & enunciare.

Ex qua dispositione ergo quædam breviter deducimus. Primum est, quòd ad hanc sinceram denunciationem, & significationem uterque contrahens, venditor & emptor obligatus sit. Ratio est, quia utriusque commune negotium est, & cùm fides consanguineorum, & cognatorũ plerumque rara sit, ut concordia fratrum, ita rectè hic articulus, qui ex errore tantùm de venditore conceptus fuit, in correcturis etiam de emptore extensionem accepit.

3 Secundum est, quòd ex hoc articulo confirmentur ea, quæ diximus supra ad *Articulum 2.* Vers: *Dices, nodum Gordium, &c.* Nempè ad venditionem, & emptionem etiam inter plebejas personas instrumentorum erectionem non esse necessariam, cùm articulus noster expresè distinguat, an super emptione, & venditione instrumentum erectum sit, vel non? Si enim instrumentum erectum est, illud contrahentes consanguineo retractum insinuanti exhibere tenentur. *Tyraquell. de retract. §. 22. gloss. 1. num. 1. & §. 1. gloss. 10. num. 102. & §. 2. gloss. 1. num. 7. Cassanæus. ad Consuet. Burgund. rubr. 3. §. 1. num. 38.* Cùm enim, ut sæpè diximus, per jus retractûs totus contractus emptionis, & venditionis cum omnibus suis conditionibus, & qualitatibus, oneribus, & comodis devoluatur in consanguineum retrahentem, ita ut etiam expensas instrumentales emptori extraneo refundere debeat, mirum non est, quòd jura emptori simul, & venditori exhibitionem instrumenti injungant, cùm illud in effectu sit commune, imò subsecuto retractu, consanguinei magìs proprium, quàm emptoris extranei.

4 Et in hoc casu, quando emptio, & venditio celebrata est sub publica fide per erectionem publici instrumenti, in quo rei pretium cum omnibus emptionis, & venditionis conditionibus, & qualitatibus fideliter continetur, nec venditor, nec emptor ad ulteriorem pretij, & aliarum circumstan-

ſtantiarum denunciationem, vel certiorationem per juramentum formale: Oder an Aydt ſtatt bey wahren Worten / Trau / vnd Glauben / obligatus eſt. *Tyraquell. de retract.* §. 2. *gloſſ.* 2. *per totum.* Ratio eſt, quia, qui fide publici inſtrumenti ſufficienter certioratus eſt, alia certioratione non indiget. Debet tamen ipſum inſtrumentum originale exhiberi, cùm copia, ſive transſumptum regulariter nihil probet, & jam ſupra dictum ſit, ejuſmodi inſtrumentum non eſſe ex aliena domo deſumptum, ſed magìs proprium conſanguinei retrahentis, quàm emptoris extranei. Idem *Tyraquell. de retr.* §. 2. *gloſſ.* 1. *num.* 10.

Si autem in inſtrumento emptionis, & venditionis ſuma, ſive quanti- 5
tas pretij conventi ſpecificè non comprehendatur, ſicut non tantùm notarijs, & tabellionibus publicis, ſed ferè etiam omnibus curijs judicialibus familiare eſt, ut tantùm hæc, vel ſimilia verba inſerant: Habs vmb ein gewiſen Kauff-Schilling / deſſen Ich der Verkauffer allerdings vergnügt / vnd zufriden bin / ꝛc. an ſich gebracht / ꝛc. ejuſmodi generalis elocutio nullam ſatisfactionem præſtat, ſed tenentur emptor, & venditor, vel ſub juramento formali, vel pro qualitate perſonarum ſub fide nobili, bey wahren Worten / Trau / vnd Glauben / ſpecificam pretij, & omnium conditionum, ſive clauſularum aperturam facere. Ratio eſt, quia conſanguineus ſe ad ſubeundum retractum declarare non poteſt, niſi ſufficienter certioratus, & informatus ſit, ex tali autem inſtrumento publico generali & obſcuro, informatio, aut certioratio deſumi non poteſt. Et hoc convenit cum articulo noſtro, qui genericum tale inſtrumentum emptionis, & venditionis, in quo quantitas pretij denominata non eſt (quoad hunc effectũ, ut venditor, & emptor à præſtatione juramenti releventur) omninò reprobat.

Quando autem emptio, & venditio inita, & celebrata fuit ſine inſtru- 6
mento publico coram teſtibus, prout ſecundùm ſuperiùs deducta fieri poteſt, non dubitamus, quin fides de certa pretij quantitate, & alijs emptionis, & venditionis conditionibus, & qualitatibus per teſtes probata non minùs venditorem, & emptorem à juramento, vel depoſitione ſub fide nobili, aut alterius obligatoriæ formulæ relevet, quàm publicum inſtrumentum. Ratio per ſe clara eſt, quia publica inſtrumenta, & teſtium jurata teſtimonia pari paſſu ambulant, & ejuſdem efficaciæ ſunt. *l.* 1. *ff. de fide inſtr. cap. pervenit.* 1. *extra de teſtibus.*

Quid ſi autem ſuper venditione, & emptione ab ipſis tantùm contra- 7
hentibus ſine adhibitione teſtium privata duntaxat ſcriptura erecta ſit, in qua pretij quantitas, & aliæ contractûs qualitates, & conditiones ſufficienter expreſſæ ſint? Reſpondemus, ejuſmodi privatam ſcripturam pro relevatione à juramento ſufficientem non eſſe, cùm contrahentes in ſcriptis æquè, ac viva voce veritatem ſupprimere poſſint, à qua ſuſpicione ſe mediante juramento purgare debent, prout jam ſupra ad *Artic.* 5. exſplicavimus.

Et quamvìs, quod pro tertio notandum eſt, in fine hujus articuli di- 8
ſponatur, ſi contrahentes inter ſe in præjudicium conſanguinei retrahentis venditionem aliter denuncient, quàm inter eos celebrata eſt, vel etiam falſa inſtrumenta deſuper fieri procurent, quòd ut periuri, & falſarij puniendi ſint; Debet tamen præſupponi, periurium, ſive falſitatem legitimè eſſe probatã, cùm, ut ad *Art.* 5. monuimus, in ejuſmodi delictis, quæ infamant, ſolæ præſumptiones, ſuſpiciones, & indicia non ſufficiant, *l. dolum.* 6. *C. de dolo. l.* 3. §. *prætereà. ff. de ſuſpect. tutor.*

Quartum eſt notabile, quòd hoc juramentum potiùs habeatur pro te- 9
ſtimoniali, quàm judiciali, cùm ab illius præſtatione nobiles, & honeſtiores perſonæ excipiantur, quæ tamen in judicialibus juramentis, ut ad *Art.* 5.

jam diximus, nullam exceptionem patiuntur, & quia iste articulus de nobilibus personis nullam specialem mentionem facit, confirmamur in nostra opinione, quam *Artic. 5.* proposuimus, quòd non solùm nobiles personæ, sed etiam aliæ honestiores, quæ sunt bonæ famæ, & vitæ, loco juramenti ad depositionem, bey wahren Worten / Trau / vnnd Glauben / admitti possint.

10 Non improbabiliter tamen, quod pro quinto notandum, dici debet, quòd deponentes, bey wahren Worten / Trau / vnd Glauben / non minùs tanquam periuri, & falsarij puniendi sint, quàm illi, qui formale juramentum præstiterunt: Ratio est, quia articulus noster utrósque simultaneè complectitur, & eos, si falsum enunciaverint, aut falsum instrumentum fieri curaverint, tanquam periuros, & falsarios puniendos esse decernit, de quo tamen vid. *Besold. in thesaur. pract. Verb.* Ayd/ an Ayd statt/ bey Trau / Ehr / vnd Glauben. Et *Wehner. in pract. observ. litt. B. in Verb.* Bey Glauben / vnd Trauen. Ubi pluribus asserit, ejusmodi formulas secundùm praxin receptam juramento æquiparari, quamvis propriè juramentum non sint, & proinde violatores mitiùs, quàm veri periuri puniendi. *Wesenb. in parat. de jurejur. n. 6. Nicol. Boër. de fide, & treuga. quæst. 6. Clarus. §. periurium. n. 4. Farina. part. 6. de fals. & simul. quæst. 160. num. 398.* Ubi expresè dicit, quòd is, qui fidem humanam falsò interponit, eámque violat, id est, Wann er bey seinen adelichen Ehren/ Priesterlichen Würden/ wahren Worten/ Trau/ vnd Glauben / etwas bestättiget/ vnd nit halt / non dicatur periurus, neque etiam pœnas periurij incurrat, nihilominùs tamen infamis fiat. Quænam autem sint pœnæ periurij, & criminis falsi, videbimus in der Malefitz-Proceß-Ordnung.

Der Zehendte Articul.

WO sich dann begibt / daß mehr als ein Freund an den Kauff zustehen begehrn / so soll allemal der Nechste im Grad dem Weiteren vorgehen / ob sich gleich der Weitere vor den Nähern angemeldet hätte. Wären aber ihr mehr in gleichem Grad / so gehet der vor / der sich am ersten hat angemeldet / beschehe aber das Anmelden zugleich / von denen die in gleichem Grad seyn / so soll sie das Loß entscheiden / es hätte dann einer auß jhnen zuvor Gemain vnd Theil an dem Guet / so hat er billich den Vorgang.

SUMMARIA.

1. *Ex jure successorij edicti desumitur regula generalis, quòd nimirum proximior excludat remotiorem.*
2. *Quid si autem in retractu remotior sibi vigilaverit, & proximior id neglexerit?*
3. *Quis dicatur proximus?*
4. *An proximitas inspicienda sit à tempore venditionis, aut per totum tempus anni, vel bienny, intrà quod retractus competere potest?*
5. *Quid si intrà tempus retractûs nascatur posthumus, an excludat patruũ, qui se pro retractu jam declaravit?*
6. *An proximitas desumenda à primo acquirente, vel ab illo, qui alienavit rem extra familiam?*
7. *Remotior non præjudicat proximiori, etiamsi priùs ad retrahendum se insinuaverit.*
8. *Nisi aliud consuetudine receptum sit, quæ in materia retractûs observanda.*
9. *Sed quid si plures in gradu æquales, an non pro rata admittendi?*
10. *An declaratio pro jure retractûs judicialiter fieri debeat?*

11. *Quid*

11. Quid ſi æquales in gradu ſine præventione ſimultaneè ſe ad jus retrahendi inſinuant, an res dividenda, vel ſorti committenda?

12. An non ſaltem ex paribus in gradu præferendus, qui in re vendita cum alienante partem, & conſortium habuerit?

13. An requiratur pars æqualis, ſive dimidia, vel an ſufficiat triens, quadrans, &c.?

14. Quando is, qui partem in re alienata habet, eſt remotior, an præferatur nihilominùs proximiori?

15. An idem reſpectus ſit vicinitatis inter pares in gradu, qui fuit communionis, & conſortij?

16. Si uterque in pari gradu, ſed unus in re vendita majorem comunionem, & partem habeat, quàm alter, an non huic præferendus?

17. & 20. An remotiores per fictionem repræſentationis in retractu, ſicut in ſucceſſione cum proximioribus admittendi?

18. Jus repræſentationis locum non habet in fideicomiſſis, jure patronatûs, &c. remiſſivè.

19. & 23. An duplicitas vinculi in retractu conſideranda ſit?

21. & 22. An non differentia conſtituenda inter agnatos, & cognatos ex linea paterna, vel materna venditori conjunctos?

24. Quid ſi res vendita provenerit ex hæreditate paterna, vel materna?

25. Opinio Berlichij improbatur.

26. Quid dicendum, ſi res à marito, & uxore conjunctim vendatur, aut communis utriſque, aut alterutrius propria?

27. Quando emptor rem venditam primo venditori iterum vendit, an ſecundi venditoris conſanguineis jus retractûs competat?

28. Quid ſi autem revenditio facta fuerit intrà tempus retractûs, qui conſanguinei præferendi, primi, vel ſecundi venditoris?

Materia hujus articuli in antiquis noſtris Statutis Bavaricis *Lib. 3. Art. 7.* comprehendebatur duabus lineis, ut ſcilicet in caſu, quo plures, quàm unus conſanguineus jus retractûs deſiderant, ſemper proximior remotiori præferatur, ſed hæc regula partim in novis conſtitutionibus noſtris ulteriorem declarationem accepit, partim etiam de jure comuni, & ex ratione juris comunis ulteriorem explicationem patitur, quæ ſingula breviter explicabimus.

Dicimus igitur primò, de jure comuni regulam eſſe generalem, quòd 1
quoties à lege, vel ſtatuto pluribus certum jus defertur, poſteriores non admittantur, quamdiu locus eſt illis, qui ſunt in priori gradu, textus eſt in *l. ſi filius. §. cùm filius. ff. de bon. libert.* in illis verbis: & ſine dubio, qui ſequentis gradûs ſunt, non admittuntur interim, &c. Et in *l. 3. & l. 1. §. ſi intrà centeſimum, &c.* in verbis: ſi mortuus ſit prior, ſtatim ſequens admitti debet. *ff. de ſucceſſ. edict. capit. ne pro defectu extra de Elect.* Et hæc diſpoſitio, quòd proximior remotiorem excludat, procedit, ut jam diximus, ex jure ſucceſſorij edicti, quotieſcunque enim plures perſonæ indefinitè, & ſub nomine collectivo ſanguinis, aut familiæ ad hæreditatem vocantur, ſemper intelliguntur vocatæ ordine ſucceſſivo, ut ſcilicet proximior primo loco, & deinceps cæteri admittantur. *l. peto. §. fratre. l. cùm ita. §. in fideicom. ff. de legatis. 2. l. hæredes. §. ult. ff. de trebell.* Sicut igitur potior in ſanguine ſemper potior eſt in jure, ita proximior in gradu potior eſt in ſucceſſione. Modò proximior ſe intrà tempus de jure noſtro ſtatutario 2
pro jure retrahendi conſtitutum ad retractum obtulerit, nam ſi id neglexerit, & poſterior conſanguineus ſibi vigilaverit, prior ſive proximior cognatus excluditur. *Tholoſanus. in ſyntag. cap. 17. lib. 26. n. 8.* Hoc tamen ita intelligendū eſt, ut in prioribus jam explicavimus, non quòd remotiori conſanguineo poſt decurſum primi anni adhuc alius annus ad retrahendum permiſſus ſit, ſed, ſi intrà ipſum annum, vel etiam biennium pro qualitate

Oooo 2 ſupra

ſupra explicata ſe ad retractum inſinuaverit, quòd in defectum proximioris cognati jus retractûs negligentis ipſe præferatur. *Reinking. de retract. quæſt.*
3 *2. n. 32. & quæſt. 7. n. 199.* Et hinc eſt, quòd in hac materia juris retractûs non ſemper proximus ille vocetur, qui venditorem proximo gradu attingit, ſed ille, qui, tametſi alios ante ſe habeat, fortè juris retractûs incapaces (de quibus ſupra mentio facta eſt) vel jure retractûs uti nolentes, ipſe tamen ad uſum juris retractûs, & ad præſtationem præſtandorum ſe paratum exhibet, admitti debeat, ad exemplum *l. gradatim. ff. de muner. & honor.* Ubi Ulpianus J. C. proximum illum dicit, qui tunc, cùm repudiatur hæreditas, primus eſt. *l. 2. §. proximum. ff. de ſuis, & legit. l. 1. §. proximus. ff. unde cognati.* Proximus igitur eſt, quem nullus antecedit, vel antecedere non vult, aut antecedere non poteſt, defectu aliquo juris ſibi obſtante.

4 Interim non inutilis quæſtio eſt, quod tempus ad declarandam proximitatem inſpiciendum ſit, an tempus, quo venditio facta eſt, vel totum tempus illud anni, vel biennij, intrà quod reſpectivè conſanguineis jus retractûs competere poteſt? Videtur hæc quæſtio eſſe paradoxa, ſed planè factam eſſe legimus, & ſæpiùs fieri poteſt; Caſus enim hic eſt: Frater meus vendidit aliquod bonum Titio extraneo emptori: Poſt venditionem factam ipſe genuit filium, ego frater ipſius intrà tempus legitimũ rem venditam jure retractûs peto mihi cedi, & adjudicari. Quæritur, an non tutores, hujus filij poſthumi me à jure retractûs excludere poſſint? Ratio eſt, quia proximior patri conſanguineus non eſt niſi filius. Sed ad hanc quæſtionem comuniter reſpondent, tempus proximitatis æſtimandum eſſe à tempore venditionis, ita ut is, qui tempore venditionis proximior erat, non obſtante, quòd intrà tempus retractûs alius proximior ſuperveniat, jus retractûs habeat. *Caſſan. ad Conſ. Burg. tit. de retr. Verb. leplus. annot. ult. Reinking. de retr. q. 2. n. 39.* Modò præſupponas, fratrẽ jure retractûs uſum eſſe, antequam venditoris filius naſceretur.

5 Similiter pone, me hodie Calendis Januarij vendidiſſe domum meam Titio extraneo emptori, & non habuiſſe propinquiorem conſanguineum quàm patruum, id eſt patris mei prædefuncti fratrem. Is ſe pro retractu declarat, & ad omnia præſtanda paratum offert, poſtmodùm naſcitur mihi ex matre ſuperſtite frater poſthumus: Vel poſt matris novas nuptias frater uterinus intrà tempus retractûs. Certè, licèt frater germanus, vel uterinus mihi propinquiores ſint, quàm patruus meus, tamen à retractu excluduntur, cùm tempore venditionis non extiterint, & per nativitatem jus patruo meo jam quæſitum ampliùs intervertere non potuerint. *Reinking. loc. cit. quæſt. 2. n. 46. Peg. l. 2.* vom Verkauff. *cap. 34.* Quamvìs *D. Balthaſar. tit. 10. reſol. 10. num. 3. Berlich. part. 2. concluſ. 39. num. 31.* & *Tyraquell. §. 1. gloſſa. 9. num. 81.* contrariæ opinionis ſint, quæ tamen nobis minùs probabilis eſſe videtur.

6 Alia quæſtio eſt, an proximitas reſpicienda ſit ad illum ex conſanguineis, à quo bonum venditum familiæ primò acquiſitum fuit, vel ad illum, qui bonum rurſus ex familia alienavit? E. G. Avus meus comparavit domum, quam ego, ut priùs diximus, Calendis Januarij alienavi: Ad retractum concurrunt patruus meus, & frater meus: Certum eſt, quòd patruus meus excluſurus eſſet fratrem meum, ſi proximitatis ratio, ſive reſpectus habendus eſſet ad primum acquirentem, quia utique avo filius ſuus, id eſt patruus meus, quàm nepos frater meus propinquior eſt. Sed comuniter reſolvitur, reſpectum habendum eſſe ad me venditorem, & conſequenter fratrem meum præferendum patruo. *Tyraquell. §. 11. gloſſ. 1. n. 18. Berlich. part. 2. concluſ. 39. num. 30.* Ratio eſt, quia jus retractûs ſequitur jus ſucceſſionis, in ſucceſſionibus autem præfertur proximior defuncti, non

ſtipi-

ſtipitis, cujus deſijt eſſe hæreditas. *l. ſed etſi plures.* §. *filio. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Videatur tamen in contrarium *Caſſan. ad Conſuet. Burgund.* §. *1. loc. cit.*

Et hæc regula, quòd proximior remotiorem excludat, extenditur, 7 tametſi remotior ſe priùs ad retrahendum inſinuaverit, quia diſpares in jure per prævention em ſibi invicem præjudicare non poſſunt, & unius feſtinatio, qui minus juris habet, alteri potius jus habenti ob tardationem ſuam bravium non adimit, ut paulò poſt ſequetur, quando de pluribus in eodem gradu conjunctis ſermo redibit, juxta verba articuli noſtri ſatis clara: Ob ſich gleich der Weitere vor dem Näheren angemeldt hätte: Quamvis, ut ſupra 8 jam inſinuavimus, quorundam locorum conſuetudine aliud receptum ſit, quæ procul dubio obſervanda eſt, cùm tota materia juris retractûs ſolùmodò fundetur in conſuetudine, & hujus rei ratio eſſe poſſit, quòd per conſanguineum remotiorē res æquè conſervetur in familia; Quæ unica cauſa eſt, quare contra juris cōmunis diſpoſitionem per ſtatuta, & conſuetudines plurium locorum jus retractûs introductum ſit, ut proinde dici poſſit, cùm finis legis per remotiorem non minùs obtineatur, quàm per proximiorem, juſtum eſſe, quòd præventioni locus ſit: Quod tamen cum priore declaratione intelligendum eſt, ſi proximior intrà tempus legitimum, licèt remotiore ſeriùs intervenerit, & retractum petiêrit, nam ſi illud neglexerit, remotiori jus quæſitum eſt, quod nec per reſtitutionem in integrum, nec ullâ aliâ viâ, ut ad *Art. 2. Verſ. ult.* fuſiùs diximus, ampliùs eidem auſferri poteſt.

Diximus ſecundò, quòd ſi plures in gradu æquales conſanguinei ſuper- 9 ſint, is ex paribus in gradu præcedat, qui alios pro retractu inſinuando ſe prævenit: Juxta verba, Wären aber jhr mehr in gleichem Grad / ſo gehet der vor / der ſich am erſten hat angemeldet: Et licèt *D. Rath. in contin. differ. aſſert. 7.* hæc verba tantùm ad caſum retorquere velit, quo res vendita diviſionem, vel omnino non, vel non accomodè patitur, ut ſtatuta noſtra eò magìs cum jure cōmuni, vel ſaltem cum cōmuni DD. opinione conveniant, quæ habent, quòd, ſi pluribus nomine collectivo cognationis, vel familiæ aliquid competat, tum proximiores in pari gradu exiſtentes ſimul pro rata admittendi ſint. *Tyraquell.* §. *11. gloſſ. 10. n. 3.* Tamen nos D. Rathij opinionem approbare non poſſumus, cùm articulus noſter de hac diſtinctione, an res diviſibilis, vel indiviſibilis ſit, nullo verbo mentionem faciat, ſed Sereniſſimus Legislator eò potiùs reſpexiſſe videatur, ut inter eos, qui pares ſunt in jure, præoccupationi locus ſit, ne res deveniat ad cōmunionem, quæ facilè parit diſcordias, vel, ſi inter æquales fiat diviſio, neutri res retractui obnoxia aliquid proſit, cùm diviſa bona minùs ſint utilia, quàm unita, *Auth: de trient. & ſemiſſe.* Et quia in caſu, quo res vendita eſt individua, is ex paribus in gradu præfertur reliquis conſortibus, qui ſe priùs inſinuavit, cur non etiam præferri poſſit in re aliàs facilè diviſionem patiente, maximè propter evitanda incōmoda diviſionis, & communionis, & ad obtinendum principalem effectum juris retractûs, ut res in familia conſervetur, quæ per diviſionem faciliùs exit, cùm tota, & indiviſa utique pluris æſtimetur, quàm in multas particulas diviſa, & diſpretiata, ita ut ampliùs, nec affectionem, nec conſervationem in familia mereatur?

Non eſt autem neceſſe, ut prior hæc inſinuatio fiat judicialiter, ſed 10 ſufficit, ut emptori extraneo facta eſſe probetur, cùm nullibi in toto hoc titulo requiratur, ut declaratio pro jure retractûs fieri debeat judicialiter; Quilibet igitur modo, quo poteſt, optimo ſibi vigilet die feſto, vel profeſto, diuturno, vel nocturno tempore, cùm neceſſe non ſit, judicis præſentiam habere, ut conſortes, ſive coæquales ſuos in gradu præveniat, quia jura

 vigi-

vigilantibus ſcripta ſunt, & hac in parte nudæ præoccupationi etiam extrajudiciali locus eſt.

11 In caſu autem, quo æquales in gradu concurrunt, & ſimultaneè ad jus retrahendi ſe inſinuant, poſſet quidem dici, diviſioni locum eſſe, ſi res comodè dividi poſſit, juxta regulam, quorum æqualis eſt ſanctitas, eorum debet eſſe æqualis feſtivitas, *can. ſcire debet. diſtinct. 76. Pegius. in tract.* **vom Verkauff.** *lib. 2. cap. 10. Tyraquell.* §. *1. gloſſ. 9. n. 178. &* §. *11. gloſſ. 10. n. 1. Gomez. ad ll. tauri. l. 70. cum ſeqq. n. 13.* Attamen nec hoc articulus noſter admittit, ob rationem paulò antè allegatam, ne re indiviſa manente inter pares in gradu ex comunione diſcordiæ oriantur, aut poſt ejus diviſionem, nec familiæ, nec ſingulis conſanguineis diviſionem facientibus utilitati, & uſui ſit. Jubet igitur articulus ſine diſtinctione, an res diviſibilis, vel individua ſit, ut in ſimultaneo concurſu parium, ſive æqualium conſanguineorum in gradu, res committatur ſorti, quod planè conſultiſſimũ eſt. Potes ergò benevole Lector, ſi vis, in hac materia aliàs à jure com-*Diff.* muni exorbitante duplicem ponere differentiam juris noſtri ſtatutarij, vel à juris communis ratione, vel ſaltem à DD. communi opinione, quòd ſcilicet etiam in re diviſibili inter pares gradu præventio inſinuationis locum habeat: Et ſecundò, quòd inter ſimultaneè concurrentes res ſorti ſit committenda.

12 Dicimus tertiò, ceſſare tamen jus præventionis, ſive præoccupationis, & jus ſortis mittendæ, ſi unus ex paribus in gradu in re vendita cum venditore conſortium, & participationem habuerit, juxta verba: **Es hätte dann einer auß Ihnen /** id eſt, æqualibus in gradu, **zuvor Gemain unnd Thail an dem Guet /** communionem, vel partem in bono retractui obnoxio. *Caſſan. in Conſuet. Burgund. rubr. 10.* §. *1. Verbo. le pluc. n. 4.* Ut ita jus antiquum, quo juxta *l. dudum. 14. Cod. de contrah. empt. & vendit.* etiam conſortibus jus retractûs olim concedebatur; aliquo modo revocatum eſſe, dici poſſit:

13 Et ad hanc prærogativam conſortis noſtra opinione non requiritur, ut cum venditore habuerit partem æqualem in re vendita; Quia textus hoc non dicit, ergò nec nos gratìs textui affingere debemus, ſed quia triens, quadrans, &c. æquè partes dici poſſunt, quàm ſemiſſis, & qui pro triente, vel quadrante in communione eſt, cùm ſocij nomen non minùs mereatur, quàm qui pro ſemiſſe participat, utique reliquis in gradu paribus, qui in re vendita prorsùs nullam partem habent, potior eſt, cùm duo vincula fortiùs ſtringant, vinculum ſcilicet æqualitatis in gradu, & vinculum comunionis, quàm unum ſimplex, id eſt vinculum tantùm paris proximitatis. Ex quo ſequitur, cùm hìc duplicitas vinculi conſideretur, quòd is, qui ſolam partem, vel comunionem in re vendita habet, venditori tamen ſanguine junctus non eſt, jus retractûs habere non poſſit, cùm retractus jure conſortij competens in dict: *l. dudum. 14. Cod. de contrah. empt. & vendit.* jam dudum ſublatus, & in ſtatutis noſtris non aliter reſtitutus ſit, niſi cum

14 proximitate conjunctus: Imò, ſi ponas, illum, qui in re vendita partem, & communionem habet, etiam venditoris conſanguineum eſſe, ſed gradu remotiorem: V. G. Patruum, qui cum fratre venditoris concurrit, nihilominùs putamus, remotiorem ejuſmodi conſortem, id eſt patruum à proximiore cognato, id eſt fratre excludi: Ratio eſt, quia deficit duplicitas vinculi, nempè paritas gradûs, cui Articulus noſter derogare nihil voluit, cùm aliàs vinculum proximitatis fortius ſit, quàm vinculum conſortij, cujus articulus non niſi inter pares in gradu conſiderationem habet.

15 Sed quid ſi unus ex paribus in gradu etiam conſiderationem vicinitatis habeat, annè reliquis conſortibus intuitu hujus præferri poſſit? V. G. Ego vendidi ædes meas, quæ ſunt contiguæ cum ædibus fratris mei Cornelij: Cor-

Cornelius, & reliqui mei fratres simul concurrunt, & retractum petunt, quæritur, an res sorti sit committenda, vel an frater meus Cornelius respectu vicinitatis potior sit? Et quamvis respectus consortij, vel communionis ex articuli nostri dispositione prælationem inter pares in gradu tribuat, tamen eundem ad jus vicinitatis extendere neutiquam ausim, cùm, ut superiùs ad *Art. 1.* dictum est, in Patria nostra jure vicinitatis retractus nemini concedatur; Licèt non desint, qui non dubitant asserere, quòd, si unus ex consanguineis sit confinans, quòd is præferendus sit consanguineo non confinanti, non obstante, quòd sint in pari gradu. Sed nos hoc aliter non admittimus, nisi statutum, vel consuetudo localis etiam ex capite vicinitatis jus retractûs indulgeat: Nam tunc consanguineus confinans haberet duplicitatem vinculi, & proinde prærogativam præ consanguineo secum in eodem gradu consistente. Vid. *Reinking. de retract. quæst. 2. n. 56.* Interim, 16 si duo ex paribus in gradu consanguineis in re vendita cum venditore communionem habuerint, unus majorem, & alter minorem, non dubitem, quin ille præferendus sit, qui majorem partem communionis habet: Si enim ex paribus in gradu ille, qui parvam partem communionis habet, reliquos nihil habentes excludit, cùm sub hoc respectu communionis reliquis præponderet, cur non dici possit, quòd majorem partem communionis habens præponderet etiam minorem habenti?

Dicimus quartò, tametsi DD. communiter velint, quòd jus retractûs 17 reguletur secundùm jura successionis, ita ut ex hoc præsupposito dicendum sit, fratrum liberos jure repræsentationis in parentum prædefunctorum locum, & gradum succedentes æquali jure cum ipsis fratribus adhuc superstitibus retractu uti posse: Nos tamen hoc juri nostro statutario minimè conforme esse judicamus ex sequentibus rationibus. Primò, quia articulus noster ad retractum ex pluribus consanguineis vocat proximiorem, certum autem est, quòd stricto jure inspecto frater meus proximior sit, quàm fratris mei filius, sive nepos ex fratre meo: Et quia statuta in verbis, prout loquuntur, strictissimè interpretanda sunt, præsertim in hac materia à juris ratione aliena, ideò proximitas per fictionem juris ad repræsentationem extendi non debet: Secundò, repræsentatio est fictio quædam juris, in exorbitantibus autem à jure communi fictio non admittitur, sed veritas requiritur, cùm, sicut natura in generatione non facit saltum, ita nec nos facere debeamus in exorbitanti materia juris retractûs, sed prioritatem gradûs ex prioritate generationis computare: Hinc tertiò plures docent, repræsentationi locũ non esse, quoties specialiter vocatur proximior. *Novell. 118. §. si igitur, & auth. post fratres. Cod. de legit. hæred.* atqui in materia retractûs specificè vocantur proximi, die Negste im Grad / ergò repræsentationis nulla est habenda consideratio: Quartò, duo specialia non facilè in eadem persona admitti debent, in fratrum liberis antem duo specialia concurrerent, utpotè 1. quòd juris retractûs vi statutotum nostrorum capaces essent, cùm tamen de jure communi ex *l. dudum.* omne jus retractûs sublatum sit, deinde 2. ex juris communis, sive potiùs prætorij dispositione gauderent privilegio repræsentationis, ut consequenter duo specialia in eorum personis concurrerent. Quinta denique, & principalis ratio est, quòd Legislator noster Serenissimus ob futuras rixas, & discordias cavendas juxta paulò antè dicta inter pares in gradu locum præventionis, sive præoccupationis concesserit, vel in coæqualium simultaneo concursu rem sorte dirimendam commiserit, quis igitur credet, ipsius intentionem fuisse, fratrum liberos in effectu gradu remotiores per fictionem repræsentationis cum ipsis fratribus admittendi, cùm certè hic verissimus, & expeditissimus modus esset, incidendi in nescio quas tricas, & discordias? Nam pone, pro parte alicujus fratris prædefuncti jure repræsentationis 5. liberos adesse, qui præ fra-

tribus

tribus venditoris, vel forte, vel præventione, & præoccupatione retractum in re vendita obtinuerunt, nunquid recidimus in antiquum labyrinthum, ut, si in communione manere velint, discordias habituri sint, vel, si posteà rem retractam inter se dividant (quod illis nemo prohibere potest) ea sic dismembretur, ut nec pro affectione, nec pro familiæ conservatione utilis sit, & sic corruat totus effectus juris retrahendi? Firmissimè igitur credimus, jure nostro statutario circa materiam retractûs repræsentationi locum non esse. Consentit in hoc *D. Balthasar. tit. 10. resol. 11. num. 4.* quamvis paulò antè, id est *n. 3.* dixerit, proximiorem, qui intrà tempora retractûs natus est, præferendum esse remotiori, eò quòd in jure retractûs observandus sit ordo successionis, quod cœteris paribus, si nulla ratio diversitatis subsit, verum esse potest, sicut autem hîc rectè diximus, quòd ex pulcherrimis rationibus adductis juri repræsentationis locus non sit, ita etiam putamus, satìs clarum, & evidens esse, quòd, si tempore venditionis ego venditoris proximus consanguineus fuerim, & rem actualiter retraxerim, mihi jus meum legitimè quæsitum ex postfacto per supervenientiam proximioris interverti non possit, ut ibi jam sufficienter probavimus. Videantur de hac quæstione pulchrè differentes *Tyraquellus.* §. *11. gloss. 9. Gabriel. de successs. ab Intest. conclus. 2. n. 20. & seqq. Reinking. de retract. quæst. 2. n. 65. & multis seqq.*
18 *Forster. de success. ab Intest. lib. 4. cap. 22. n. 15. & seqq.* Ubi etiam in alijs casibus, puta fideicomissis, jure patronatûs, tutelis, &c. juri repræsentationis tanquam singulari locum non esse, multis ostendit.

19 Dicimus quintò, quòd, sicut in jure retractûs jus repræsentationis non attenditur, ita etiam non attendi debeat duplicitas vinculi: Si itaque fundum vendidero, & pro retractu frater meus uno vinculo mihi conjunctus, & nepos ex fratre duplicis vinculi concurrant, frater nepoti præferendus est, per rationem priùs allatam, quòd statutum nostrum solam consideret propinquitatem, & alios respectus excludat. *Tyraquellus. de retractu.* §. *11. gloss. 9. n. 3. & 4. Et de jure Primog. quæst. 40. Reinking. dict. quæst. 2. n. 63.* Ubi expresè dicit, quòd in retractu non duplicitas vinculi in gradu, sed jus familiæ, & agnationis respici debeat, quod ego eò usque extendo, ut frater ex uno vinculo conjunctus vincat nepotem fratris duplici vinculo conjuncti, tametsi nepos se priùs pro retractu insinuaverit: Ratio est, quia præventio, sive præoccupatio tantùm locum habet inter pares in gradu, ut paulò antè diximus, sed frater, & nepos ex fratre notoriè non sunt pares in gradu, seposita fictione repræsentationis, ergò nepotis præventio fratri tam parùm nocere potest, quàm parùm, si patruus insinuatione fratrem meum prævenisset.

20 Dicimus sextò, quòd hactenùs quidem tantùm de repræsentatione collateralium locuti fuerimus, sed an idem etiam in repræsentatione descendentium locum habeat, propterea dubium esse potest, quòd subindè, imò verò plerumque, cùm amor descendendo augeatur, plus ament nepotes, quàm filios, ut igitur aliquid paterno affectui tribuendum esse censeatur. Sed hoc non attento manet regula firma, cùm in retractu ex statuto competente sola proximitas consideretur, quòd filius nepoti sublata fictione repræsentationis in jure retractûs præferendus sit. *Tyraquell. & Reinking. loc. cit.*
21 Ubi tamen Reinking de contraria observatione Darmstadiana attestatur, juxta speciale statutum, daß das Jus repræsentationis, da die Kinder an statt ihrer Elteren tretten / bey dem Abtritt ferner nit / dann in der absteigenden Lini gelten soll: In nostris autem statutis de exceptione lineæ descendentis nihil reperitur dispositum, manet ergò simpliciter regula hujus articuli, daß allemal der Negst im Grad dem Weiteren vorgehen soll.

22 Dicimus septimò, quòd in jure retractûs nulla differentia facienda sit inter agnatos, vel cognatos ex paterna, vel materna linea venditori conjun-

junctos: Ratio est, quia hæc differentia à Justiniano in successionibus sublata est, ergò etiam sublata manet in materia juris retractûs, quia secundùm superiùs dicta, ubi non subest specialis aliqua ratio, jus retractûs regulari debet secundùm jus successionis. Videantur dicta ad *Tit. 31. Artic. 5. ad fin.*

Quod in tantum extendimus, ut rejecta duplicitate vinculi frater meus 23
uterinus in re à me vendita cum fratre meo germano duplici vinculo mihi juncto concurrens habendus sit pro æquali, & pari in gradu, & si in insinuatione pro retractu fratrem meum germanum prævenerit, is in jure retractûs potior erit, si autem ambo simul se insinuaverint, res sorte dirimenda est. *Covar. in Epitom. de success. ab intest. sub n. 3. Donell. lib. 9. comment. Jur. Civil. cap. 4.*

Dicimus tamen octavò, hoc ita intelligendum esse, si ego vendiderim 24
rem à me de novo acquisitam, nam, si vendidero rem ex hæreditate patris, vel matris paterna, vel materna linea ad me devolutam, ex opinione dictorum Juris-Consultorum in bonis, quæ à paterna linea habeo, potior est is, qui per patrem me contingit, etiamsi remotior sit eo, qui per matrem mihi conjunctus est, & similiter in bonis maternis præferuntur, qui per matrem conjuncti sunt, juxta Vers: *Maternis cedant Materna, Paterna Paternis. Ritterhus. coment. in Novell. part. 7. cap. 13. n. 10. Rebuff. ad l. proximus. 92. fol. 400. ff. de V. S.* Ubi ait, considerandam esse cognationem illius lineæ, ex qua bona proveniunt: Et profectò hæc doctrina est rationi conformis, nam juxta sæpiùs dicta jus retractûs propterea inventum est, ut bona conserventur in eadem familia: Justissimum igitur est, ut bona paterna conserventur in paterna linea, & materna in linea materna propter affectionem, quæ principalis causa est procurandi effectum juris retractûs. Verùm difficultatem facit *Artic. 2. Tit. 41.* **der Land-Recht.** Ubi expressè statuitur, quòd in successione collateralium nulla distinctio facienda sit, sive bona deveniant à linea paterna, sive à linea materna, juxta verba, **So Erben alsdann Geschwistrig von einem Band / vnd derselben Kinder zugleich alle Haab / vnd Güter / so die verstorbene Persohnen hinderlassen / ohne Unterschid / ob sie von Vatter / oder Mütterlicher Seithen / an das verstorben Geschwistrigt kommen /** sæpiùs autem jam dictum est, quòd in materia retractûs observentur jura successionis, si nulla specialitas rationis id impediat. Et hinc est, quòd *Berlich. lib. 2. conclus. 39. n. 101.* dicat, si quis possideat bona avi- 25
ta ex diversis familijs ad se delata, illos consanguineos præferendos esse, ex qua stirpe bona proveniunt, utpotè in bonis paternis alienatis paterni, in bonis verò maternis cognati materni: Sed hoc de jure Saxonico observandũ non esse, quia hæc distinctio in successionibus non observatur, & quia jus retractûs regulariter sequitur naturam successionis, rectè placuisse affirmat, quòd consanguinei promiscuè nulla distinctione adhibita, ex quanam stirpe bona proveniant, ad retrahendum admittantur: Quamvìs mihi contraria opinio probabilior videatur, cùm alia ratio sit in jure retractûs, quàm in jure successionis: Sublata enim distinctione bonorum juri successionis nihil præjudicatur, præjudicatur autem juri retractûs, id est conservationi rei in eadem familia, dum reverà res à paterna linea descendens per proximiorem ex linea materna non minùs devolvatur in alienam familiam, quàm per emptorem prorsùs extraneum. Certè statuta nostra Bavarica de hac exceptione nullam prorsùs mentionem facientia videntur negotium dispositioni juris communis relinquere, cùm & *Molerus. ad constit. Saxon.* testetur, contrarium contra *Berlichium. in scabin. Lipsen.* judicatum esse. Quod tamen judicio Lectoris committo.

Dicimus nonò, si res conjunctim à marito, & uxore vendatur, sed 26
alterutrius tantùm propria sit, tunc illius cognati ad retractum admittentur,

cujus res vendita proprietaria fuit, quia alterius conjugis insertio in instrumento venditionis facta honoris tantùm causâ facta esse præsumitur. Si autem res inter conjuges fuit communis, utriúsque consanguinei pro rata cujúsque partis ad retractum admittuntur, ita tamen, ut inter partes ex utráque linea præventio observetur, vel inter simultaneè concurrentes res sorte dirimatur. *Reinking. de retract. quæst. 2. n. 127.* sicut in alijs venditoribus pluribus rem communem vendentibus ratio consanguineorum singulorum habenda est, ut scilicet cujuslibet proximus consanguineus in ea parte ad retractum admittatur, in qua communis venditor proprietatem habuit. *Tyraquell.* §. *31. gloss. 1. per totum.*

27 Dicimus decimò, quando emptor rem sibi venditam primo venditori iterum vendit, quòd secundi venditoris consanguineis jus retractûs competat: Ratio est, quia per venditionem, & desuper subsecutam traditionem dominium transivit in primum emptorē, ideò consanguineis illius jus quæsitum est, ut rem per novam venditionem in primum venditorem reversam retrahere possint. *Reinking. loc. cit. n. 134.* & *Tyraquell.* §. *1. gloss. 10.*

28 *n. 35.* Nisi revenditio facta fuerit intrà legitimum tempus retractûs, tunc enim cognati primi venditoris consanguineis secundi præferuntur: Ratio est, quia cognati primi venditoris durante tempore legali ex ipsa prima venditione jus quæsitum habent, quod ipsis invitis sine facto suo aufferri non potest. Idem *Reinking. loc. cit. n. 135. cum seqq.*

Der Ailffte Articul.

VNd soll in disem Kauffs Einstandt die Siptschafft nach Satzung der Weltlichen Recht gezehlt vnd gerechnet werden; Auch sich diser Lands-Brauch vnd Gerechtigkeit deß Einstandts in die Käuff / über die vierdt Sipt nit erstrecken / vnd nach Erscheinung obbestimbter Zeit / keineswegs mehr statt haben.

SUMMARIA.

1. *In hoc Artic: repetitur, quòd jus retractûs competat ad 4. usque gradum inclusivè.*
2. *Additur, quòd computatio debeat fieri non secundùm jus canonicum, sed civile.*
3. *Quid si circa computationē alia consuetudo locorum sit?*
4. *An clerici à foro sæculari exempti nihilominùs teneantur computationem facere secundùm jus civile?*
5. *An clericus retrahens teneatur ad solvenda laudemia, & gabellas?*

1 AD præcedentem *Artic. 2. Vers. 1.* jam diximus, licèt de jure communi ex DD. opinione consanguineis jus retractûs competat usque ad 10. gradum, per rationem, quòd jus retractûs reguletur secundùm jura successionis, quæ secundùm communiorem doctrinam se ad 10. gradum extendunt, nihilominùs tamen prædictum *Art. 2.*, retractum ad quartum solummodò gradum inclusivè restrinxisse, quod in hoc articulo repetitur, &

2 simul etiam additur, cujus in prioribus pariter meminimus, computationem graduum faciendam esse non secundùm dispositionem juris canonici, sed secundùm dispositionem juris civilis, quò Lectorem remittimus, ne crambem bis coquamus. Vid. tamen *Cujacius. loc. cit. consult. 9.* & *Reinking. dict.*

3 *quæst. 2. n. 51.* Si autem secundùm statuta, vel consuetudines aliorum locorum introductum est, ut in jure retractûs observentur gradus secundùm dispositionem SS. Canonum, id procul dubio tenendum est, prout in statu

Pon-

Pontificio, sive terris Ecclesiæ fortè sic receptum esse potest: Et quamvis, ut jam supra dictum est, indubitatum sit, quòd etiam clerici ad jus retractûs laicorum consanguineorum suorum admittantur, *cap. constitutus. x. de in integ. restit.* (cùm talis consuetudo, vel statutum laicorum, & clericorum commune sit, nisi fortè in ipso statuto clerici per expressum excipiantur, quod in nostris constitutionibus Bavaricis nullibi factum reperitur) 4
tamen etiam clerici debent esse in quarto gradu constituti, & numeratio graduum, licèt clerici aliàs à foro sæculari exempti sint, secundùm jus civile computari. *Tyraquell. de retract.* §. *1. gloss. 8. n. 41. & seqq.* & *eod.* §. *1. gloss. 8. n. 7.* Ubi pluribus ostendit, quòd clericus, qui vult uti favorabili statuto laicali pro se, debeat illud admittere etiam contra se. Idem *Tyraquell.* §. *29. gloss. 4. n. 2.* Ubi deducit, quòd clericus ad retractum accedens ad solvenda laudemia, & gabellas, tametsi aliàs ab ijs immunis esset, &, ut nos addimus, ad omnia alia obligatus sit, ad quæ juxta hactenùs exsplicata vi statutorum nostrorum quilibet emptor laicus extraneus obligatus fuisset, per rationem sæpiùs repetitam, quòd succedat in locum emptoris, ergò illi omnia ea præstanda incumbunt, quæ emptori laico incubuissent. 5

Der Zwölffte Articul.

Damit aber in den Käuffen desto weniger irr in dem Einstandt vnd sonsten fürgehe / So sollen füran die Käuff nit heimblich / sonder offentlich vor der Obrigkeit / oder sonsten in Beysein erbahrer Leüth gehandelt vnnd beschlossen werden; Sonderlich aber auff dem Land die Baurs-Leüth vnd gemain Volck / jhre Käuff vor jhren Gerichts- vnd Hofmarchs-Obrigkeiten / auch Lehen- vnd Grund-Herrn / wo sich solches nach Gelegenheit der Güter gebührt / auffrichten vnd fertigen lassen. Doch sollen sie mit Schreib- vnd Sigel-Gelt / über die in der Policey-Ordnung gesetzte Maß nit beschwert / noch deßhalben mit vnnothdürfftiger Zehrung vnd Versaumbnuß jhrer Arbeit / vil hin vnd wider gesprengt / sonder fürderlich abgefertigt werden.

Wurde aber jemand disen Articulen zuwider endlich vnd beschließlich haimblich verkauffen oder kauffen / Solle von jedem hundert Gulden deß Kauff-Schillings / ein jeder fünff Gulden zur Straff verfallen haben / vnd in solchem Fall dannoch die Zeit deß Einstandts erst jhren Anfang / von der Einantwortung deß Guts nemmen.

SUMMARIA.

1. *Quomodò contractus emptionis, & venditionis celebrari debeant?*
2. *Quæ pœna statuatur, si plebei homines, & rurales tales contractus clandestinè celebrent?*
3. *An erectio instrumentorum apud plebejos sit de substantia actûs?*
4. *An de jure nostro statutario instrumenta non nisi coram ordinario magistratu erigi possint?*
5. *Quid si erectio instrumentorũ non substantiæ, sed probationis causâ petatur?*
6. *An sit in libertate contrahentium, in contractibus nudo consensu subsistentibus erectionem instrumentorum desiderare, vel non?*
7. *An non erectio instrumenti sit necessitatis in contractu pignoris, vel hypothecæ?*
8. *Quando, & quotuplex sit necessitas erigendi instrumenta?*
9. *An etiam cives teneantur coram magistratu ordinario erectionem instrumentorum facere?*

10. Utrùm hæc necessitas sit intelligenda adhoc, ut tantùm evitetur pœna, vel quoad nullitatem actûs?
11. Utrùm tam venditor, quàm emptor pœnæ subjaceat?
12. Quid si plures venditores, & emptores fuerint?
13. Quid si inter ipsos partes fuerint inæquales?
14. An dictam pœnam incurrant cives, & oppidani æquè ac rurales?
15. Quid dicendum de nobilibus?
16. Affirmativa defenditur.
17. Argumenta in contrarium solvuntur.
18. Expensæ instrumentales ne sint excessivæ.
19. An erectio instrumentorum etiam fieri debeat coram dominis feudalibus, & emphyteuticis?

1 DEmonstravimus jam supra ad *Art. 2. hujus Tit. & ad Art. 1. & 2. Tit. 6.* quòd contractus emptionis, & venditionis tam à privilegiatis personis nobilibus, quàm à plebeis, & ignobilibus, vel judicialiter, vel extrajudicialiter, in, vel sine scriptura publica, vel privata, coram, vel sine testibus celebrari possit, cùm emptio, & venditio contractus sit, qui solo consensu constat, modò igitur de consensu liqueat inter ipsos contrahentes, oritur mutuum sinalagma, & reciproca obligatio, & contractus inter eos perfectus, & consumatus est, ne autem in materia retractûs tot lites, & discordiæ oriantur, articulus iste providentissimè disponit, ut imposterum contractus emptionis, & venditionis non fiant clandestinè, occultè, & in secreto, sed palàm, & publicè, vel coram magistratu, vel in præsentia hone-
2 storum virorum, & testium: Præcipuè autem rurales, & plebei homines jubentur, ut suas emptiones, & venditiones coram præfectis Provincialibus, vel coram judicibus Hoffmarchialibus, dominis feudalibus, emphyteuticis, vel alijs superioribus, ad quos pro qualitate bonorum negotium pertinet, celebrent, & desuper instrumenta fieri procurent; Quòd si secus faciant, & res suas clandestinè vendant, de singulis centenis pretij quinque florenos mulctæ nomine solvere coguntur.

3 Ex qua textûs dispositione deducitur primò, hanc erectionem instrumentorũ, quæ imponitur plebeis, & ruralibus hominibus, non esse de substantia actûs, ut supra citatis locis satìs probavimus, cùm articuli nostri intentio fuerit, plebejos homines non sub nullitate contractûs, sed sub metu pœnæ ad erectionem instrumentorum compescendi.

4 Nec quidquam obest, quòd in *Artic. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / Vers: So vil aber / & in *Art. 5. Lib. 1. Tit. 3.* der Land- vnd Pollicey-Ordnung / expressè dispositum sit, ut instrumenta super contractibus ruralium, & plebejorum hominum non nisi coram ordinario magistratu erigi possint: Nam nemo non videt, distinctionem faciendam esse inter contractus, qui ex nudo consensu dependent, & qui ex speciali dispositione juris nostri statutarij sine judiciali instrumentorum erectione non subsistunt. Emptio, & venditio ex nudo consensu dependens pro validitate sua instrumenti erectione opus non habet, & consequenter in arbitrio contrahentium est, an desuper velint instrumenti confectionem procurare, vel illam omninò omit-
5 tere: Si autem probationis, non substantiæ causâ instrumentum erigere volunt, secundùm dispositionem articulorum paulò nunc allegatorum erectio fieri debet coram ordinario magistratu, cujus rei rationes sunt, quæ allegantur in dict: *Art. 5. Tit. 3. Lib. 1.* der Lands- vnd Pollicey-Ordnung / scilicet, quòd plurimæ personæ sibi jus conficiendi instrumenta, & sigillandi arrogaverint, quæ subinde tam in: & deformiter erectæ fuerunt, ut exinde non nisi lites, & discordiæ orirentur. Saluberrimè proinde huic malo obviando constitutum est, ut imposterum omnia instrumenta obligatoria inter personas plebejas, & rurales, item inter cives, & oppidanos, qui jus sigil-

landi

landi non habent, erigenda sint coram ordinarijs suis magistratibus : Re- 6
manet autem cuilibet libertas sua, an in contractibus nudo consensu subsistentibus instrumentorum erectionem desideret, vel non : Si desiderat, curet fieri erectionem ab ordinario magistratu, cui sportulæ, & instrumentales expensæ potiùs debentur, quàm alijs imperitis rabulis, notarijs, tabellionibus, & alijs hujusmodi hominibus imperitis, qui sibi instrumentandi licentiam attribuunt : Ex hoc tamen non sequitur, quòd erectio instru- 7
mentorum necessitatis sit : In contractu verò, qui sub hypothecatione, vel oppignoratione bonorum initur, inter plebejos homines civicos, & rurales adeò necessaria est judicialis instrumentorum erectio, ut sine illa oppignoratio, sive hypothecatio sit nulla, ut fusè exsplicavimus ad *Artic. 20. & 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Quamvìs interim ex tali contractu personalis actio maneat.

Duplex igitur necessitas est, prima, quæ tendit ad substantiam, & sub- 8
sistentiam actûs, altera, quæ necessitatem præcisam non habet, sed modificatam, si quis hoc vel illud facere velit sine pæna, aut modo recto, & perfectiore ; Qui hypothecariè contrahit ex plebeis sine judiciali instrumentatione, nulliter contrahit, & hæc est necessitas præcisa ; Si quis autem non substantiæ, sed probationis tantùm causâ instrumentum erigere velit, quod ipsi prorsùs liberum est, alteram necessitatem habet, erigendi non coram rabulis, sed ordinario magistratu, & sic etiam hîc pro evitanda pæna.

Licèt autem judicialis instrumentatio, sive erectio juxta hunc articu- 9
lum in materia retractûs requiratur apud homines rurales, quibus absolutè injungitur, ut suas venditiones fieri curent coram suo ordinario magistratu, civibus tamen liberum constituitur, an emptionem, & venditionem celebrare velint coram suo magistratu civico, vel coram testibus, & personis honestis : Ratio est, quia in civitatibus, & oppidis, in Stätt / vnd Märckten / plures ejusmodi homines, & viri honesti reperiuntur, qui per præsentiam suam fidem judicialis erectionis supplere possint.

Interim hoc semper intelligendum est, ut ista injunctio non sit præci- 10
sæ necessitatis ad evitandam nullitatem actûs, sed solummodò pro declinanda pœna, & alijs exindè exurgentibus incomoditatibus.

Deducitur secundò, quòd ejusmodi contractus inter rurales personas initus ipso jure subsistat sine judiciali instrumentorum erectione, ita tamen, ut contrahentes pro singulis centenis pretij conventi mulctentur quinque florenis.

Et hoc non tantùm intelligendum est de venditore, cui pretium ac- 11
cedit (qui proinde majorē culpam habet, quia secundùm *Art. 1. hujus Tit.* venditor obligatus est, consanguineis suis venditionis oblationem facere, ad quam emptor extraneus non obligatur) sed etiam de ipso emptore, ita ut pretium conventum decimetur, E. C. Titius vendidit Sempronio rem mille florenis clandestinè, & sine erectione judiciali, non tantùm ipse venditor, sed etiam emptor pro singulis centenis quinque, & sic in effectu decem florenos pœnæ nomine solvere debent, quæ pœna satìs gravis est, cùm præsupposita venditione mille florenorum, pœna legalis ad 50. florenos excedat. Consultius igitur est pauperculis hominibus plebeis, instrumentorum erectionem admittere, quàm se periculo ejusmodi exorbitantium pœnarum exponere : Expresſè enim articulus noster dicit, daß ein jeder / id est uterque contrahens, fünff vom hundert zur Straff verfallen haben soll.

Quid si autem plures venditores, vel emptores fuerint, tenetúrne qui- 12
libet de singulis centenis pretij conventi quinque loco pœnæ persolvere ? Dubium facit verbum articuli nostri, ein jeder : Verùm cùm nostra opinione verbum, ein jeder / non significet personas singulares contrahentium, sed tantùm utramque partem contrahentem, id est venditorem, vel em-

ptorem, putamus, ultra decimationem pretij conventi pœnæ nomine nullam ulteriorem detractionem faciendam esse, E. C. Titius, Cajus, & Sempronius vendiderunt Cornelio fundum quendam pro mille florenis neglecta instrumenti erectione, clandestinè, & in secreto. Cornelius itaque tanquam emptor dabit pro pœna quinque pro centum, id est 50. florenos, ècontra similiter Titius, Cajus, & Sempronius tanquam tres consortes venditores non plus dabunt, quàm 50. florenos inter se pro rata dividendos: Ratio est, quia ipsi simul juncti unam partem contractûs nempè venditoris constituunt, alias inter emptoris, & venditoris conditionem esset inæqualitas, cùm tamen utriúsque partis contrahentis æqualis sit culpa, & sic reciprocè dicendum est de pluribus emptoribus, ut æqualiter pro illa parte obligentur, pro qua quemlibet emptio in particulari contingit.

13 Si verò inter plures venditores, vel plures emptores partes fuerint inæquales, eorum quoque mulcta debet quotæ, sive ratæ suæ proportionari, E. C. Titius vendidit in bono semissem, id est dimidium, Cajus trientem, id est ex asse quatuor uncias: Sempronius sextantem, id est duas uncias. Certè dicendum est, omnes tres copulativè sumptos de 50. florenis loco pœnæ irrogatis non nisi pro partibus suis, in quibus venditores extiterunt, obligatos esse.

14 Deducitur tertiò: Hanc mulctam legalem non solùm rusticellis, & plebeis hominibus, quando neglexerunt erectionem judicialium instrumentorum, sed etiam civibus, & oppidanis incumbere, quando non adhibuerunt emptioni, & venditioni pro testibus viros probos, & honestos: Licèt enim articulus noster ruralibus hominibus solùm videatur sub prædicta pœna legali imponere necessitatem erigendi judicialia instrumenta, & civibus ac oppidanis libertatem relinquere, ut cum adhibitione testium, & virorum honestorum contractum emptionis, & venditionis celebrare possint, tamen indubitatum esse credimus, quòd neglecta testium adhibitione hanc pœnam legalem non minùs, quàm homines rurales incurrant: Ratio est clara, quia plebei quidem ad pœnam evitandam simpliciter obligantur ad judicialem instrumentorum erectionem, cives autem, & oppidani cum distinctione, ut contractui fidem facere possint, vel per erectionem instrumentalem proprij magistratûs, vel per adhibitionem honestorum virorum, si ergò utrúmque neglexerint, nostra opinione non minùs, quàm rurales in hanc pœnam legalem incidunt: Ratio est, quia hæc est pœna clandestinè contrahentium: Clandestinè autem contrahunt, qui nec Magistratûs, nec testium, aut aliorum bonorum virorum interventum admittunt.

15 Major difficultas est, quid de nobilibus personis dicendum sit, quæ inter se contrahunt sub nuda fide suorum sigillorum nobilium? Et has non subjacere dispositioni hujus articuli suadent sequentes rationes 1. fides nobilitatis; Non enim præsumendum est de personis in dignitate constitutis, quòd inter se ad tertium intervenientem decipiendum colludere velint. Secundò, in *Art. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / expresè statuitur, quòd obligationes etiam hypothecariæ à nobilibus personis sub propria sua subscriptione, & sigillatione erectæ publicam fidem habeant, & instar instrumentorum judicialiter erectorum valeant. Tertiò, in *Art. 2. hujus Tit.* instrumenta nobilium etiam quoad jus retractûs approbantur, videtur igitur omninò concludendum, quòd hæc pœna clandestinitatis in nobilium instrumentis sine adhibitione testium, vel honestorum virorum erectis locum non habeat, si enim locum non habet in instrumentis judicialibus, ergò etiam locum non habebit in instrumentis nobilium, quæ publicis æquiparantur.

16 His tamen non obstantibus putamus, verum esse, etiam personas nobiles in materia retractûs ad hanc juris nostri statutarij saluberrimam præcau-

tio-

tionem obligatos esse: Ratio est, quia articulus noster generaliter loquitur, & nullam sortem hominum excipit, quod præsertim innuit versic: Wurde aber jemand / quod vocabulū, jemand / omne genus hominum comprehendit: Deinde hic non agitur de validitate actûs, sed tantùm de pœna clandestinitatis: Cùm igitur nobilis sine testibus contrahens non minùs vitium clandestinitatis comittat, quam civis, aut rusticus, non minùs subjacere etiam debet eidem pœnæ.

Nec quidquam in contrarium allata prosunt, non enim negamus, instrumenta nobilium habere plenam, & publicam fidem, hoc tamen de ipsis contrahentibus tantùm intelligendum est, non de tertio interveniente, 17
id est consanguineo retrahente, de cujus corio agitur, nam hoc ipso, quòd nobiles contrahendo testium interventum declinent, censentur clam, occultè, & in secreto agere, & ad decipiendum consanguineum inter se colludere, ut in pœnam clandestinitatis, id est supradicta quinque per centum non minùs, quàm homines civici, vel rurales incidant. Confirmatur hoc ex *Art. 9.* tametsi enim nobiles personæ super emptione, & venditione inter se celebrata instrumentum sub sua tantùm subscriptione, & sigillatione erigant, in illo nec testes adhibeant, nec quantitatem pretij, aut emptionis, & venditionis conditiones, vel qualitates exprimant, tenentur ad petitionem consanguinei sub fide nobili, bey wahren Worten / Trau / vnnd Glauben / auch an Ayd statt / veritatem aperire, & summam pretij, aliásque circumstantias designare: Si igitur fides nobilitatis illos ab hoc onere non liberat, multò minùs liberabit à pœna clandestinitatis. *Articul. 2.* potiùs est contra nobiles, quàm pro illis, hoc ipso enim, quòd multa clandestinè sub proprijs scripturis, & sigillationibus agere possint, tempus retractûs ad terminum traditionis restringitur, cùm tamen rusticis, & plebeis hominibus currat à die insinuationis factæ ad protocollum: Et hinc, si instrumentum judiciale intermittunt, secundùm finalem clausulam hujus articuli hoc privilegio quoque privantur, & terminus retractûs primùm à die traditionis currere incipit, ut ad *Art. 2.* jam exsplicavimus.

Ne autem plebei homines nimijs expensis instrumentalibus onerentur, 18
severè prohibetur, ne judices moderationem statutam, in der Pollicey-Ordnung / excedant, nec immodicas expensas bibales ipsis imponant, aut contrahentes à negotijs domesticis abstrahant, & sua negligere faciant.

Quæres, quare in hoc articulo dicatur, quòd plebei homines erectionem 19
nem instrumentorum procurare etiam debeant apud dominos suos feudales, vel emphyteuticos? Respondemus, hoc esse in duplici differentia, quidam enim sunt, qui simul in bonis suis feudalibus, & emphyteuticis ordinariam jurisdictionem habent, quidam autem, qui jurisdictione carent. Coram prioribus ad effectum hujus articuli facta venditionis insinuatio utique sufficit, coram posterioribus verò erectio instrumenti necessaria non est, sed sufficit, ut venditio juxta *Art. 1.* cum domini feudalis, vel emphyteutici consensu fiat; Et licèt in hoc casu posteriori subditus feudalis, vel emphyteuticus litteras dominicales, die Willen-Brieff/ impetrent, hæc instrumenta tamen non sunt judicialia, & proinde subditis feudalibus, vel emphyteuticis hoc privilegiū non competit, ut tempus retractûs computare possint à die perfectæ venditionis, sed primùm à die traditionis: Et hinc est, quòd articulus noster dicat, erectionem instrumentorum etiam fieri debere apud dominos feudales, & emphyteuticos, nach Gelegenheit der Güter / wo sich solches gebührt / hoc ipso sufficienter insinuans, quòd judicialis ejusmodi erectio non omnibus dominis feudalibus, & emphyteuticis competat, quam sibi tamen Domini Prælati animosè sed sine fundamento asserunt, ut in altera *semicent. nostra controv. 74.* fusè refutavimus.

Der

Der Dreyzehendte Articul.

IſSt ein Freund / der deß Einſtandts berechtiget / bey Abred eines Kauffs / ſo mit einem anderen gemacht würdet / gegenwärtig / So ſoll der Verkauffer jhme zu derſelben Zeit das Anbott thun / vnd der Freund ſich außtruckentlich erklären / ob er einſtehen / oder nit einſtehen / oder jhme ſein Recht vorbehalten wölle / Da er ſolches thut / ſoll jhme die Gegenwärtigkeit bey der Kauffs-Abred / nit ſchädlich ſeyn / Wolte er ſich aber nit erklären / ſoll er alsdann den Einſtandt verlohren haben / Es wäre dann / daß jhme das Anbott gehörter maſſen nit beſchehen; In welchem Fall jhme ſein Gegenwärtigkeit beym Kauff / vnnd Leüt-Kauff an dem Einſtandt keinen Nachtheil geberen ſoll; Wurde aber ein Freund jemand ſelbs zum Kauff anraitzen / oder die Gewehrſchafft verſprechen / oder den Kauff-Brieff vnd Kauffs-Abred vnderſchreiben / mit ſeinem Inſigel / oder Pettſchafft fertigen / oder ſonſten dergleichen etwas thun / ſo hat er den Einſtandt verlohren / er ſeye gleich bey der Abredung / vnnd Beſchlieſſung deß Kauffs geweſen / oder nit / auch im Fall wann jhme gleich das Anbott nit beſchehen wäre; Es ſeye dann Sach / daß er in jetzt-erzehlten vnnd dergleichen Fällen / gegen dem Kauffer offentlich proteſtiert vnd bedingt hätte / daß er jhme dannoch den Einſtandt wölle vorbehalten haben / vneracht er ſelbſt gehörter maſſen / zum Kauff Hülff vnd Fürſchub thue / in welchem Fall jhme alsdann / Krafft ſolcher Proteſtation, in gebührender Zeit einzeſtehen noch bevorſtehet.

SUMMARIA.

1. *Utrùm conſanguineus præſens contractui, & tacens ſibi præjudicet?*
2. *An venditor teneatur conſanguineo actui venditionis præſenti de re vendenda ante omnia oblationem facere?*
3. *An non ſibi jus in ſalvo reſervare poſſit ſine cathegorica declaratione?*
4. *Quid ſi de bibalibus participaverit?*
5. *Quid ſi conſanguineus tale aliquid gerat, ex quo ipſius conſenſus non permiſſivus, ſed diſpoſitivus colligi poſſit?*
6. *Quales hi actus eſſe debeant?*
7. *Quibus caſibus conſanguineus ipſo facto jus retractûs amittat?*
8. *An tutor, vel curator conſanguineus ſibi præjudicet, minori alienanti authoritatem ſuam accomodando?*
9. *Quid ſi conſanguineus actui venditionis tanquam teſtis accedat?*
10. *Quid ſi inſtrumentum ſimul ſubſcripſerit, & ſigillaverit?*

DIximus ad *Art.* 2. quid juris ſit, quando conſanguineo abſenti venditionis fit denunciatio, & oblatio, & ipſe pro ea vice tractatum recuſat, vel ſimpliciter tacet, vel expreſsè ſibi jus retractûs reſervat, aut renunciationem detrectat, quòd ſcilicet per ejuſmodi actus negativos ſibi non præjudicet, licèt dubium ſit, annon illi præjudicium oriatur, ſi expreſsè,
1 & poſitivè dixerit, ſe nolle emere: Nunc in hoc articulo quæritur, quid juris ſit, ſi conſanguineus venditioni ſit præſens? In qua quæſtione locorum ſtatuta variant; Certum eſt, ex Jure Communi nudam præſentiam conſanguineo nihil obeſſe, per *l. ſicut. 8. non videtur. ff. quibus mod. pignor. vel hypothecat. &c.* Ubi Martianus Juris-Conſultus ita Reſpondet:

NON

NON VIDETUR CONSENSISSE CREDITORI, SI SCIENTE EO DEBITOR REM VENDIDERIT, CÙM IDEÒ PASSUS EST VENIRE, QUÒD SCIEBAT, UBIQUE SIBI PIGNUS DURARE. Concordat constituio Friderici de Jure Protymiseos. §. *vocantur.* Ibi: QUI PRÆSENTES VENDITIONI ADFUERUNT, ET TACUERUNT, &c. fieri enim fortè potuit, ut præsens volens vitare invidiam, & odium contradictionis, erubuerit contradicere, maximè cùm scire potuerit, quòd actum impedire non possit, & sibi etiam tacenti jus suum in salvo sit. *Reinking. de retractu. quæst. 2. n. 201. & seqq. Berlich. part. 2. conclus. 40. n. 45. & seqq. Pegius. in tract.* vom Vorkauff. *lib. 1. cap. 14. Tyraquell.* §. *1. gloss. 9. n. 148.* His tamen non attentis, in ordinat: Darmstad: & Solmen: statutum esse attestatur *Reinking. loc. cit. n. 206. & seqq.* quòd præsentia, & taciturnitas consanguinei jus retractûs excludant, cùm præsentia, & taciturnitas tacitum quasi consensum inducant. In præsenti nostro articulo aliquot distinctiones, & diversæ dispositiones fiunt pro varietate circumstantiarum: Et inprimis jubet articulus, si consanguineus, cui jus retractûs competit, actui venditionis intersit, quòd venditor eidem de re vendenda oblationem facere debeat: Quâ factâ consanguineus obligatus est, cathegoricam declarationem facere, quòd velit uti jure retractûs, vel, quòd nolit: Vel saltem debet protestationem interponere, quòd sibi jus retractûs reservet: Si dicas, hoc nimis durum esse, quòd consanguineus ita coarctetur; Cùm ipsi ad deliberandum, & media comparanda de jure annale tempus indultum sit, quod venditor eidem per suam oblationem adimere, & abbreviare non potest. Respondemus, si articulus noster consanguineum simpliciter ad affirmativè, vel negativè respondendum arctare voluisset, tunc utique dici potuisset, quòd jura nostra statutaria una manu datum, alterâ iterum subtraherent: Sed, quia consanguineus absolutè nec affirmativè, nec negativè respondere tenetur, sed jus suum sibi in salvo reservare potest, pro injuria habere non debet, si neutrum ex his tribus faciat, quòd per præsentiam suam, & taciturnitatem jus retractûs amittat. Si autem secundò venditor neglexerit, consanguineo oblationem facere, articulus noster juris communis dispositionem approbat, quòd nuda præsentia, & taciturnitas consanguineo in jure retractûs nihil deroget, & huc quadrant Martiani verba, quòd consanguineus censeatur passus esse, rem venire, cùm sciverit, sibi ubique jus suum durare. *l. quædam. 26. ff. de administ. &c.* 2 3

4 Et hoc tertiò etiam locum habet, tametsi consanguineus participaverit de bibalibus, wann er schon den Leüt-Kauff mit trincken helffen / licèt enim hic actus plus aliquid importare videatur, quàm nudam taciturnitatem, ut propterea ordin: Solmens: talem compotatorem, sive conbibonem habeat pro vero consentiente, tamen, cùm talis actus positivus non sit, ut necessariò ex eo consensus inferri possit, statuta nostra Provincialia ordinationem faciunt, quòd præsentia consanguinei, beym Kauff / NB. vnnd Leüt-Kauff / id est ejusmodi bibalibus sumptibus illi in jure retractûs impedimento esse non debeat, cujus rei nostra opinione ratio est, quia ex tali compotatione consanguinei conjectura desumi potest, quòd potiùs ad confirmationem futuri retractûs, quàm venditionis approbationem compotare voluerit, cùm illi ignotum esse non potuerit, quòd secundùm *Art. 6. hujus Tit.* illi refusio expensarum bibalium in casu retractûs incumbat.

5 Pro quarto tamen in articulo nostro alia notabilis distinctio fit, concernens personam consanguinei retrahentis, quamvìs enim tacere sit medium quoddam inter fateri, seu consentire, & negare, seu contradicere. *l. qui tacet. 185. ff. de R. J. & cap. 43. & 44. in 6.* Tamen, si consanguineus præsens in actu venditionis, tale aliquid gesserit, ex quo ejus consensus positivus, & obligativus, vel renunciativus inferri possit, à jure retractûs excluditur, juxta doctrinam *Carol. Molin. in Consuet. Paris.* §. *13. gloss. 1.*

1. n. 9. & *Mastril. decis. 50. n. 12.* qui distinguunt inter consensum simplicem, seu permissivum, & inter consensum dispositivum: Si enim consanguineus remanserit in meris terminis neutralitatis, & taciturnitatis, nihil in jure suo sibi praejudicat, si autem procedit ad aliquem actum positivum, & obligatorium, jus retractûs sibi competens omninò amittit.

6 Tota igitur decisio in eo sita est, qui sint ejusmodi actus obligatorij consensum inducentes? Articulus noster aliquos exprimit. Primus est, si consanguineus extraneum emptorem ad emendum allexerit, incitaverit, induxerit, aut persuaserit, **wann ein Freund jemand selbsten zum Kauff anraitzet /** juxta *l. si quis affirmaverit. ff. de dolo malo.* Secundus, si consanguineus contractui interveniens se de evictione obligaverit. *l. exceptione. Cod. de evict. l. vindicantem. ff. eod.* Tertius, si instrumentum venditionis subscripserit, vel sigillo suo subsignaverit. *l. fidejussor. §. 1. ff. de pignor. l. 2. Cod. de reb. alien. non alienan.* de quibus latiùs agit *Tyraquell. §. 1. gloss. 9. num. 158. & seqq.* Et licèt communiter DD. hujuscemodi actum obligativum, dispositivum, vel renunciativum praeter praesentiam consanguinei requirant, tamen articulus noster expresse disponit, ut consanguineus jus retractûs amittat, si talem actum etiam absens commiserit, **Er seye gleich bey der Abredung / unnd Beschliessung deß Kauffs gewesen / oder nit:** Sive ipsi praesenti in contractu venditionis oblatio facta fuerit, sive non, **auch im Fall / wann jhme gleich das Anbott nit geschehen wäre.** Ex quo manifestè apparet, quòd consanguineus per omnem actum positivum ad alienationē concurrens censeatur consentire, & juri suo retractûs renunciare, ex quo confirmatur opinio nostra, quam ad *Art. 2.* approbavimus, ubi cum Fachinaeo consanguineo jus retractûs denegavimus, quando expresse, & disertis verbis dixit, se nolle emere: Si enim juxta articulum hunc jus retractûs amittit, quando aliquo actu positivo demonstrat, se alienationi in extraneum consentire, multò magis amittet, si expressis verbis, vel in praesentia, vel etiam in absentia ad oblationem sibi factam se positivè declaraverit, quòd nolit emere: Talis enim expressa declaratio non minorem vim, & efficaciam habet, quàm nuda aliqua, & simplex ad actum alienationis accedens cooperatio.

7 Addit denique articulus noster clausulam generalem, **oder sonsten dergleichen etwas thue:** Ex quo deducitur, plures alios casus esse, quibus ipso facto jus retractûs amittitur, E. C. si consanguineus praesens venditioni, & non contradicens ab emptore extraneo pretium recipiat sibi à venditore in solutum assignatum. *Tyraquell. dict. §. 1. gloss. 9. num. 159. & 160. D. Rath. in contin. differ. &c. assert. 12.* vel se obliget, quòd contractum in sua praesentia initum contra quosvis omni meliori modo manutenere, & defendere velit, *Reinking. dict. quaest. 2. n. 221.* Vel venditori, aut emptori tanquam Advocatus, Notarius, vel Patronus assistat. *l. si exhaeredatus. ff. de inoff. testam. Tyraquell. dict. §. 1. gloss. 9. n. 297.* Vel pro contractûs observatione loco venditoris, & emptoris interveniat, & fidejubeat. Idem *Tyraquell. n. 273.* Quod cum secundo casu nostro correspondet, prout plures alij casus non minoris efficaciae excogitari, & evenire possunt: Quos omnes in medium afferre, nimis operosum foret, sufficit nobis haec generalis regula, quòd toties consanguineus jus retractûs amittat, quoties venditioni praesens talem actum positivum committit, ex quo nulla alia conjectura, quàm praestitae approbationis, & consensûs desumi potest.

8 Sed quid de tutore, vel curatore dicendum est, qui plerúmque solent esse consanguinei, anné jus retractûs amittunt, quando minori rem per venditionem alienanti auctoritatem suam accomodant? Et respondet *Tyraquell. § 1. gloss. 9. n. 143. Hartm. Pistor. l. 3 quaest. 17. n. 2.* & *D. Rath. in contin. differ. assert. 11.* quòd non, per rationem, quòd id faciant ex necessitate officij, cùm igitur alia conjectura sumi possit, de tutore, vel curatore au-

ctori-

ctoritatem suam venditioni accomodante, quàm quòd juri sibi competenti renunciare, vel actui in suum præjudicium consentire velint, amissioni juris retractûs locus non est: Majus dubium est, an consanguineus actui venditionis, ut testis accedens sibi præjudicet? Ratio dubitandi est, quia id non ex necessitate officij, sed ex nuda, & mera voluntate spontaneè facit, sed communiter volunt, quòd consanguineus, qui venditionis instrumentum tanquam testis subscripsit, jus suum remisisse non intelligatur. Idem *Pistor. loc. cit. n. 2.* per text: in *l. Cajus. ff. de pignor. act.* Et ratio videtur esse, quia in teste subscribente alia videtur conjectura desumi posse, quàm approbationis, nempè indagandæ veritatis, ut eò magìs deliberare possit, an sibi consultum sit, jure retractûs uti, cùm in ejusmodi tractatibus æstimatio, & pretium rei penitiùs examinentur: An autem hoc juri nostro statutario conveniens sit, valdè subsisto, cùm articulus noster expresè statuat, consanguineum jus retractûs amittere, si instrumentum venditionis subscripserit: Nam, cùm ipse venditor, & emptor principales personæ contrahentes sint, & consanguineus subscribens, & subsignans, hìc sub nullo alio prætextu, quàm nomine testis comprehendi possit, necessarium est, ut tanquam testis subscribens, aut subsignans sibi præjudicet. 9

Nostra tamen opinione distinguendum est, an consanguineus interfuerit tanquam nudus inspector, vel tanquam simultaneus expeditor: Si prius, nihil ipsi præjudicat sua præsentia, tametsi ex postfacto, si contractus fiat litigiosus, in testem adhibeatur, cùm per nudam suam præsentiam, & inspectionem nullum actum positivum committat, qui consensum, aut approbationem illius de necessitate importet: Si posterius factum est, ut consanguineus haberetur pro simultaneo expeditore, ist zum Mitfertiger gebraucht worden / séque instrumento subscripsit, & sigillum suum apposuit, etiamsi supponamus, illud tantùm testimonij causâ fecisse, certè juxta verba articuli nostri sibi per subscriptionem, & sigillationem præjudicium generavit, ut facilitati suæ imputare debeat, quòd non à cooperatione abstinuerit, vel in subscriptione, aut sigillatione protestatus fuerit, quòd non attenta sua cooperatione nihilominùs jus suum retrahendi per expressum sibi reservet, quam protestationem validam esse, noster articulus circa finem declarat, juxta *cap. fin. x. de appellat.* 10

Der Vierzehendte Articul.

Es mag auch der nechste Freund an ein verkaufft Lehen-Stuck / Erb-Recht / Herrn-Gunst oder Leib-Geding / zu bestimbter Zeit unnd Maß / doch mit Wissen unnd Willen deß Lehen- unnd Grund-Herrns wol einstehen / unnd den Einstandt so wol / als im aignen Guet begehren.

SUMMARIA.

1. & 5. *An jus retractûs locum habeat in bonis feudalibus, & emphyteuticis, item in censibus, & annuis reditibus?*
2. *Quid si feudum novum sit, & non antiquum?*
3. *An in bonis emphyteuticis dominus retrahens præferatur consanguineo?*
4. *Utrùm idem jus sit, quando emphyteusis est perpetua, modalis, vel temporalis?*
6. *An etiam à rusticis tempora retractûs exactè observanda?*
7. *An æquè ad modum retrahendi præscriptum obligentur?*
8. *An retractū petere debeant cum præscitu, & voluntate domini directi, & an dominus consensum denegare possit?*

1 QUin jus retractûs etiam in bonis feudalibus, & emphyteuticis locum habeat, nemo dubitare potest ex ijs, quæ deduximus tam ad *Artic. 1. Quæst. 1. & seqq.* & ad *Art. 5.* Vers: *Ultimum est*: Ubi diximus, retractum concurrente domino feudali, vel emphyteutico, & agnatis, sive consanguineis vasalli, vel emphyteutæ dominum præ consanguineis potiorem esse, tametsi hæc assertio adhuc exactiorem examinationem patiatur, ut ad *Artic. seq.* videbimus: Hujus rei ratio est, quòd affectio, cujus causâ jus retractûs inventum est, non minùs cadat in bona feudalia, vel emphyteutica, quàm in bona propria, & allodialia. Hoc videmus quotidie in colonis, & rusticellis, quàm tenaces sint paternorum, & avitorum bonorum, ut illa non nisi extrema necessitate dimittant. Cùm essem Assessor Electoralis Consilij Aulici, in commissione quadam obtigit mihi molitor ruralis, qui gloriatus est, se nomen, & stemma suum ex possessione molendini sui emphyteutici à plus, quàm trecentis annis probare posse, & propterea, tametsi bibulus, & multò ære alieno gravatus esset, continuò dicebat, se libentiùs moriturum, quàm molendinum suum dimissurum in dedecus scilicet antiquæ suæ prosapiæ, ad quem tandem confundendum cum colera dixi, quòd probando successionem trium sæculorum, non plus probet, quàm à tot annis prædecessores suos fures fuisse.

2 Quòd in feudalibus jure proximitatis retractus concedatur, textus est in *cap. Titius. Si de feudo defunct. conten. cap. 1. §. nec etiam. Per quos fiat invest. Hartm. Pistor. lib. 2. quæst. 5. 7. & seqq. Rosenthal. de feud. cap. 9. memb. 2. conclus. 87. Schrader. part. 8. cap. 3. & seqq. Fachin. lib. 7. cap. 8. & seqq.* Et passim alij, quod intelligendum est de feudis antiquis, cùm in feudo novo, cujus alienans primus acquirens fuit, consanguinei nihil juris habeant: De quo tamen nos dubitamus, ut suo loco videbimus, *Clarus. §. feudum. quæst. 41. & seqq.*

3 De bonis emphyteuticis minor dubitatio esse potest, cùm illa jure sanguinis, ut bona propria, & allodialia transmittantur in posteros. *Math. de afflictis. de Jure Protymiseos. §. tota hæc lex. n. 11. Gutierez. pract. quæst. 145. lib. 2. n. 1. & seqq. Covar. tom. 2. var. resolut. lib. 3. cap. 11. n. 3.* Ubi tamen disputant, an dominus directus, vel consanguineus in retractu præferatur, quod apud nos disputatione caret, cùm ad *Artic. 1. Quæst. 1.* jam dixerimus, jus dominij directi fortius esse, quàm jus proximitatis, & consanguinitatis, ut paulò post sequetur.

4 Et hoc ipsum, quod nunc de emphyteusi diximus, non tantùm intelligendum est de vera emphyteusi transeunte ad omnes hæredes, sed etiam de emphyteusi modali, von dem Herrn-Gunst / oder der veranlaithen Frey-Stifft / item de emphyteusi ad dies vitæ, sive vitalitio, von dem Leib-Geding / de quibus omnibus articulus noster in rubro, & nigro conceptus est, per rationem, quòd in his tribus speciebus verum dominium utile possessoribus competat, ad hæredes transmissibile: Si igitur emphyteuta perpetuus, modalis, vel temporalis alienationem faciat, consanguineis ejus jura retractûs denegari non possunt: Regulantur enim illa secundùm jura successionis, ergò qui alienatione non facta succedere potuisset, post alienationem ad rem in familia conservandam jure retractûs gaudet.

5 Quod etiam extendunt ad census, & annuos reditus in perpetuum, vel ad longum tempus constitutos. *Gabriel. conclus. 8. n. 3. Mynsing. cent. 1. obs. 69. n. 12. & alij.* Quam materiam ulteriùs non prosequor, cùm hujus articuli non sit.

6 Hoc tamen admonet articulus primò, quòd etiam à rusticis, & colonis, si jure proximitatis bona emphyteutica retrahere velint, constituta tempora retractûs exactè observari debeant, licèt enim rusticitati subinde ali-

quid

quid indulgendum sit. *l. 7. ff. de jurisdictione. l. sed etsi.* §. *scire. ff. de petit. hæred.* tamen in materia retractûs per se aliàs à jure communi exorbitante, & odiosa nihil particulare habent.

Admonet secundò, quòd etiam ad modum retrahendi in præcedentibus articulis præscriptum obligentur, de quo, si aliquid ex ignorantia intermiserint, excusationem non habent, quia ignorantia ejus, quod publicè, & soleñiter propositũ est, habetur pro improbabili. *cap. 1. x. de postul. prælat.* Cautè igitur boni rusticelli, & coloni procedere, & peritis advocatis, & procuratoribus uti debent, si cum molitore meo rem venditam tam charam habeant, ut magìs vitam, quàm illam derelinquere velint. 7

Admonet tertiò, quòd retractus peti debeat cum præscitu, & voluntate, mit Wissen vnd Willen / domini directi, deß Lehen-vnd Grund-Herrns: Hoc tamen ita intelligendum est, ut explicavimus ad *Art. 1. Quæst. 2. & 3.* quòd debeat dominus pro consensu requiri, quem autem denegare non potest, si nullam justam, & legitimam causam habeat, consanguineum recusandi: Si enim juxta *Art. 4. & 21. Tit. 11.* der Land-Recht / dominus emphyteutæ consensum denegare non potest, quando bonum emphyteuticum prorsùs extraneo venditur, multò minùs denegandus erit, quando res per retractum venditionis transfertur in consanguineum: Ad quid enim hoc privilegium, quod jura nostra statutaria consanguineis colonorum, & bona emphyteutica possidentiũ tribuunt, illis proderit, si in domini potestate est, ex nudo capricio, & sine ulla rationabili causa retrahentibus iterum adimendi, quod illis ex dispositione legis favorabiliter concessum est, quamvìs non negemus, quòd dominus consanguineum retrahentem facilè removere possit, si ipse utatur jure retractûs, cùm jam ad *Artic. 1.* dixerimus, retractum domini directi potiorem, & favorabiliorem esse retractu consanguineorum, ita ut dominus obligationem nullam habeat, rem, quam retraxit, pro se retinendi, sed illam iterum pro lubitu solius lucri, & quæstûs causâ in alium alienare possit, cum quo convenit articulus subsequens, ut mox sequetur. 8

Der Fünffzehendte Articul.

DOch soll vermelte Zulassung deß Einstandts / dem Lehen-vnnd Grund-Herrn / an jhrer Gerechtigkeit vnd gebührlichem Einstandt / an die verkauffte Lehen vnd vererbte Stuck / auch Herrn-Gunst vnd Leib-Geding vnnachtheilig seyn / vnd sie darmit vor den Freunden / die auch einstehen wolten / den Vorzug / aber solcher deß Lehen-Herrn Einstandt / allein in den Beuttel vnnd nicht Edelmanns oder Ritterlehen statt haben. Es wolte oder kundte dann deß Verkauffers Freund / den Kauff solches Edelmanns- oder Ritter-Lehens nit annemmen / vnd solches beygebracht werden / alsdann soll dem Lehen-Herrn der Zugang auch vnbenommen seyn.

Nachdem auch die Lehen-vnnd Grund-Herrn mehrertheils selbs über die Käuff vmb die Lehen vnd Erb-Recht fertigen / ist jhnen doch solche Fertigung an dem Einstandt vnverhinderlich.

SUMMARIA.

1. Retractus consanguineis permissus dominis directis in suis juribus nihil præjudicat.

2. Dñi emphyteutici consanguineis sunt præferendi.

3. An etiam hoc in dominis feudalibus obtineat?

 4. Quæ

4. Quæ distinctio facienda inter feuda bursatica, & equestria?
5. Qualis actio, sive remedium competat consanguineus, si feudum equestre alienetur?
6. An dominus directus per consensum suum præstitum sibi præjudicet, & retractum sibi competentem amittat?
7. Quid si det solummodò consensum ad alienandum?
8. Quid si etiam consentiat, ut consanguineus rem alienatam retrahere possit?
9. An non saltem sigillatio officiat dominis directis, sicuti subscriptio, & subsignatio consanguineis?

PОnit igitur hic articulus ad præcedentem generalem, & universalem exceptionem, ut scilicet consanguineis colonorum concessum privilegium juris retrahendi, dominis directis in retractu sibi jure dominij competente non debeat esse præjudicio, quod cum ijs convenit, quæ ad *Art. 1 & 5.* jam priùs diximus, & in præcedente articulo repetivimus, scilicet causam domini directi in materia retractûs præponderare causæ consanguineorum.

1 Notentur autem verba articuli nostri, quòd retractus consanguineis permissus dominis directis in juribus suis dominicalibus, an jhren Gerechtigkeiten / & deinde in jure retractûs sibi competente, an jhrem gebührlichen Einstandt / esse debeat innocuus. Certum est proinde, quòd, si res feudalis, vel emphyteutica vendita à consanguineo venditoris retrahatur, is simpliciter domino directo in omnibus illis obligatus sit, in quibus ipse venditor obligatus fuit, quia venditor plus juris in alium transferre non potuit, quàm ipse priùs habuit, consanguineus autem retrahens succedit in locum emptoris, ergò similiter obligationem primi venditoris habet.

2 Quod attinet ad retractum, cùm ille juxta dicta ad *Art. 1.* directis dominis jure comuni competat, utique per se clarum est, hoc jus, quod jure nostro statutario ex superabundanti etiam consanguineis comunicatum est, dominis antiquius & fortius jus habentibus non debere esse detrimento: Et hinc specialiter repetitur, ut domini directi præ consanguineis in retractu præferentiam habeant.

3 Semper hactenùs nobis sermo fuit tam de feudalibus, quàm emphyteuticis dominis directis: Nunc articulus noster differentiam ponit inter dominos directos emphyteuticos, & feudales; Domini enim emphyteutici simpliciter in jure retractûs præferentiam habent præ consanguineis; Ratio est, quia bona emphyteutica quoad jus dominij directi ejusdem sunt conditionis, & qualitatis, ut nullus consanguineorum præcipuum aliquid præ reliquis prætendere possit. Aliud est in feudis, quæ diversæ naturæ sunt, & proinde, sicut in successione, ita etiam in jure retractûs diversas modificationes admittunt

4 Distinguit igitur articulus inter feuda communia, sive bursatica, & feuda equestria. In feudis bursaticis jura nostra statutaria dominis directis jure retractûs simpliciter eandem potestatem, & prærogativam concedunt, sicut in bonis emphyteuticis quibuscúnque, cùm feuda bursatica, ut diximus ad *Art. 4. Tit. 11.* deß Sumarischen Proceß / bonis emphyteuticis, imò & merè allodialibus omninò æquiparentur: In bonis verò equestribus feudalibus hæc prærogativa dominis directis denegatur; Ratio per se clara est, quia feuda equestria sunt feuda vera, recta, ex pacto, & providentia, quæ ad posteros descendunt non jure successionis, sed jure sanguinis ex pacto, & providentia primi acquirentis: Sicut igitur dominus directus nullum jus habet, ab ipso primo acquirente feudum sine culpa, & felonia ad se retrahendi, ita nec ab alio ex descendentibus avocare potest, cùm quibuslibet, & singulis idem jus competat, quod competit primo acquirenti: Si
5 ergò præsupponas, feudum aliquod equestre ab uno ex descendentibus primi acquirentis fuisse alienatum, reliquis à primo acquirente descendentibus

du-

duplex remedium competit : Primum eſt actio revocatoria feudi, cùm alienatio feudi conſanguineis non obſit, tametſi fiat cum conſenſu domini, *cap. 1. §. prætereà. quib. mod. feud. amitt. cap. 1. in princ. de alienat. feud. patern. Vulte. de feud. lib. 1. cap. 11. n. 79.* ita ut etiam non teneantur ad refuſionem pretij, dict: *Vulte. loc. cit. n. 28.* quia verò hæc actio revocatoria locum non habet, quamdiu vivit alienans, ideò alterum remedium ſupereſt, ut conſanguineus, ſi velit, uti poſſit jure retractûs, quo alienatore vaſallo adhuc vivente feudum ab extraneo, reſtituto tamen pretio, recuperare poteſt. Idem *Vult. loc. cit. n. 81.* Et hoc caſu, ſi dominus directus cum conſanguineo retrahente concurrat, eidem cedere debet ex ratione præmiſſa, quòd conſanguineis jus competat ex pacto, & providentia primi acquirentis, cui dominus contravenire non poteſt. Et hic eſt caſus hujus articuli noſtri, qui in feudalia incurrit, de quibus alibi compendiosè dicemus.

Præſuppoſita autem diſpoſitione articuli noſtri præcedentis clariſſima, 6
quòd in retractu conſanguineorum quoad bona feudalia, & emphyteutica præſcitu, & conſenſu domini opus ſit, non immeritò quæritur, an dominus directus per conſenſum ſuum præſtitum adeò ſibi præjudicet, ut jus retractûs ſibi competens amittat? Benevolus Lector in examinatione hujus quæſtionis facilè deprehendet, aliam quæſtionem eſſe, an dominus directus poſt conſenſum vaſallo, vel emphyteutæ ad alienandum ſemel legitimè præſtitum adhuc jure retractûs uti poſſit: Vel an poſt conſenſum conſanguineo ad rem venditam retrahendam iterum pœnitere, & jure dominicali ipſum à retractu adhuc excludere poſſit? Magnam inter utrumque caſum differentiam eſſe, ex ſequentibus apparebit.

Dicimus igitur primò, ſi quis vaſallus, vel emphyteuta rem feudalem, vel emphyteuticam alienare velit, quòd ad alienationem ſemper directi domini conſenſu opus habeat. De feudis textus eſt clarus in *Art. 3. Tit. 12.* der Land-Recht: Et de bonis emphyteuticis *Artic. 8. Tit. 21.* ermeldter Land-Recht.

Dicimus ſecundò, inter DD. quidem ingentem differentiam eſſe, an 7
conſenſu à domino directo ſimul legitimè præſtito adhuc eidem poſt venditionem perfectam jus retractûs competat? In qua quæſtione inter ſe multùm diſſentiunt; De affirmativa videantur *Hartm. Piſtor. lib. 2. quæſt. 12. n. 49. Schneidew. de feud. part. 7. cap. 2. num. 79.* Pro negativa *D. Rath. in contin. differ. aſſert. 14. Balthaſar. ad tit. 10. reſol. 14. n. 7.* Ubi pro utraque ſententia plures auctores, & rationes invenies. Quod attinet ad jus noſtrum Bavaricum, dubium eſſe non poteſt, quin tam domino feudali, quàm emphyteutico præſtatio conſenſûs ad alienandum in jure retractûs nihil officiat: Ratio eſt nimis manifeſta, quia in alienatione bonorum feudalium, & emphyteuticorum in *Art. 2. & in hoc noſt. Art. 15.* expreſsè dominis directis reſervatur jus dominicale retractûs, & quidem præ jure retractûs conſanguineorum magìs privilegiatum: Atqui alienatio bonorum feudalium, & emphyteuticorum, ut paulò antè præmiſimus, fieri non poteſt ſine conſenſu dominorum feudalium, vel emphyteuticorum, ergò neceſſariò præſupponit articulus, quòd dominus etiam poſt conſenſum præſtitum jus retractûs in ſalvo habeat: Uno verbo, non requiſito conſenſu domini alienatio ipſo jure nulla eſt: Præſtito autem conſenſu alienatio quidem tenet, ſed domino, vel eo renuente, proximo conſanguineo jus retractûs competit: Et hæc apud nos tam clara ſunt, ut ulteriori dilucidatione non indigeant, prout exſpicavimus in *Art. 2. & 14. hujus Tit.*

De altero caſu major difficultas eſt, quando ſcilicet dominus directus 8
non ſolùm ad ipſam alienationem in extraneum conſenſum ſuum præſtitit, ſed etiam conſanguineo conſenſit, ut rem alienatam retrahere poſſit. Ratio dubitandi eſt, quia geminatus, & repetitus conſenſus fortiùs ligat.

l. Ba-

l. Balista. 32. ff. ad Trebellianum, & geminata vim majorem habent, quàm ſimplicia: Hinc legatum inutile per repetitionem utile redditur, & dictum teſtis ob defectum ſolennitatis inutile per repetitionem robur adipiſcitur; Sic geminata cautio tollit beneficium Vellejani. *l. ſi mulier. 22. Cod. ad S. C. Vellejan.* Sic geminata confeſſio facit præſumptionem pro numeratione: *l. in contractibus. Cod. de non numer. pecun.* Et geminata confeſſio extrajudicialis confitenti præjudicat. *l. cùm ſcimus. 22. Cod. de agric. & cenſit.* Et quæ ſunt alia ſimilia: Cur igitur geminatus conſenſus ad alienandum conceſſus non etiam præjudicet domino? Sed his non attentis putamus, dominum etiam poſt repetitum conſenſum adhuc, ſi velit, rem à conſanguineo retrahere poſſe: Ratio eſt, quia conſanguineus intrat in locum primi emptoris, ſicut igitur dominus directus non obſtante ſuo conſenſu rem à primo emptore potuiſſet retrahere, ita etiam poteſt retrahere à conſanguineo in ejus locum ſuccedente, modò ſe intrà legitima tempora ad retractum declaret; Nam poſt lapſum eorum etiam domino jus retrahendi ademptum eſt: Ratio per ſe patet; Nam, ſicut dominus ipſum venditorem ex bono feudali, vel emphyteutico non potuiſſet ſine cauſa legibus probata expellere, ita nec emptorem extraneum, aut conſanguineum retrahentem expellere poteſt: Si præſupponas, tempus retrahendi elapſum eſſe.

9 Et hæc, quæ diximus de conſenſu à domino directo præſtito in jure retractûs ſibi neutiquam præjudicante, confirmantur etiam ex ultimo *Verſ: hujus Art:* Ubi diſponitur, quòd ſigillatio dominorum ſuper bonis feudalibus, vel emphyteuticis facta ipſis in jure retractûs nullum præjudiciũ pariat. Si ergò ſigillatio, per quam conſenſus in ſcriptis declaratur, non officit dominis, multò minùs officiet conſenſus ad venditionem tantùm oretenùs datus.

Ex hoc autem iterum apparet, dominorum retractum favorabiliorem eſſe præ retractu conſanguineorum: Quia ſecundùm *Art. 13.* conſanguinei inſtrumentum venditionis ſubſcribentes, vel ſubſignantes jus retractûs penitùs amittunt, ut ibidem explicavimus, domini autem directi ſibi per ſubſcriptionem, & ſubſignationem nihil præjudicant, cujus rei utique nulla alia ratio eſt, quàm quòd conſenſus dominos non ita obliget, ſicut conſanguineos, fortè quia, ut præmiſimus, dominorum retractus nititur jure comũni, conſanguineorum verò contra rationem juris, & expreſſam diſpoſitionem *citatæ l. dudum.* procedit.

Et hæc eſt vera ſubſtantia duorum *Art. 14. & 15.* qui in effectu coincidunt, quorum compendium eſt, quòd contractus non minùs in feudalibus, & emphyteuticis bonis quibuſcunque perpetuis, modalibus, & vitaliticis locum habeat, quàm in allodialibus, non tantùm pro conſanguineis, ſed etiam pro dominis feudalibus, & emphyteuticis, & quidem, ut dominus ſemper præferatur, ſaltem in feudis burſaticis, & merè hæreditarijs, cùm in equeſtribus agnatorum ratio prævaleat dominorum cupiditati: Et quòd conſenſus domini feudalis tam venditori, quàm etiam conſanguineo retrahenti, & ſic geminatò præſtitus in jure retractûs prorſùs nullum præjudicium generet, ex quibus concludenter apparet, ea, quæ à DD. de præſtatione conſenſûs, & ejus ſimplici, vel duplici requiſitione in caſu, quo conſanguineus pro retractu intervenit, multifariam diſputantur, apud nos inutilia eſſe, cùm omnia exactiſſimè inveniantur diſpoſita.

):(o):(

Der

Der Sechzehendte Articul.

Es mögen auch die Söhn / Töchter / vnnd Enigkel / oder deren Vormunder in jhrem Nahmen / so jhr Vatter / Mutter / Anherr vnnd Anfrauen jhre Güter verkauffen / in vorbemelter Zeit vnnd Maß / in den Kauff stehen / doch daß sie die Kauff-Summa / nit von dem Vatter oder Mutter / die das Guet verkaufft / sonder in anderweg haben / vnd bezahlen köndten / vnd jhr Vermögen vnnd Gelegenheit also beschaffen sey / daß sie das Guet selbs erhalten mögen / vnnd nit etwann der Einstandt einem anderen zu Gutem / oder eines Ubergewinns halben / oder dem Kauffer etwas abzetringen (wie im 5. Articul vermeldtet) gesuecht werde.

SUMMARIA.

1. *An liberi in bonis parentum venditis jus retractûs habeant?*
2. *Quæ à liberis in hoc retractu observari debeant?*
3. *An non liberi pecuniam, vel media retrahendi aliunde, quàm à parentibus habere debeant?*
4. *Quid si non pater alienans, sed mater pecunias subministret?*
5. *Utrùm etiam filius teneatur, pro se, & sua utilitate retrahere?*
6. *An liberis concedatur jus retractûs in rebus à parentibus venditis, si tempore retractûs jam præmortui sint?*
7. *Quid si liberi sunt hæredes parentū, & quidem sine beneficio inventarij?*
8. *Quid si parens venditor emptori securitatem ab omni retractu promiserit?*
9. *An etiam filius posthumus ad retractum admittatur in re à parentibus vendita?*
10. *Quid dicendū de liberis naturalibus?*

POsset aliquis existimare, quæstionem in hoc articulo propositam, an scilicet liberis in bonis parentum venditis jus retractûs competat, Domitianam esse, cùm hactenùs semper dixerimus, hoc jus retractûs in consuetudine fundatum, & approbatum in constitutionibus nostris Provincialibus, semper proximioribus consanguineis competere; Per se autem clarum est, quòd parentibus proximiores consanguinei non sint, quàm liberi: Verùm hæc res sine ratione dubitandi non est, cùm enim liberi sint in potestate patris, agere non possunt ad retractum sine auctoritate patris, pater autem auctoritatem suam contra factum proprium accomodare non potest. Deinde emptio, & venditio inter patrem, & filium non subsistit, cùm habeantur pro una eadémque persona per jura vulgaria, His tamen non obstantibus, articulus noster cum communi DD. opinione statuit, liberis in bonis paternis, & maternis venditis jus retractûs denegandum non esse. *Boërius. decis.* 138. & *Tyraquell.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 70. & 75. Et quidem sine distinctione, sive parentes adhuc vivant, sive præmortui sint, sive liberi consistant in patria potestate, sive emancipati sint: Ratio est, quia in jure retractûs consideratur sola affectio, bona in paterna domo, & familia conservandi, quæ major esse non potest, nisi in filijs & liberis, primi vel ulterioris gradûs. 1

Addit tamen articulus primò, ut à liberis retrahentibus omnia observari debeant quoad tempus, & modum, quæ in *præcedent. Artic.* observanda præscribuntur, in his enim jure filiationis nihil singulare participant. 2

Deinde, quod præcipuum est, si liberi rem à parentibus venditam retrahere velint, media retrahendi debeant aliunde habere, quàm ex parentum bonis: Cujus rei ratio principalis est, ne aliàs legi fraus fiat, pa- 3

ter enim, vel mater, avus, vel avia rem à se venditam retrahere non possunt, quia nemini permittitur venire contra factum proprium, si autem pater, & mater, avus, vel avia, filio, vel nepoti retrahenti pecuniam accomodare possent, concederetur ipsis per obliquum, quod directò prohibitum est. *Cassan. in Consuet. Burgund. rubr. 10. §. 1. n. 2.* Plures rationes videantur apud *D. Rath. loc. cit. assert. 16.* Et apud *D. Balthasar. ad hunc articulum. n. 3. Mangil. de evict. quæst. 134. n. 31. Pegium. lib. 2. cap. 13. in fine. Reinking. quæst. 2. num. 439. & seqq. Vid. controv. nost. 27. semicent. 1.* Quod tamen ita intelligendum est, si filius ab eodem parente, qui venditionem fecit, pecuniam pro retractu accipere velit: Aliud est, si accipiat pecuniam ab altero parente, qui cum venditione nihil commune habet.

4 E. C. Pater alienavit domum, quam alienationem mater improbat, & impedire non potest; Subministrat igitur de bonis suis receptitijs filio tantundem, ut venditam domum paternam retrahere possit, vel vicissim mater alienavit prædium quoddam receptitium, quod patri displicet, is planè non prohibetur filio pecuniam subministrare, ut prædium maternum alienatum jure retractûs recuperet, cùm cesset ratio, ob quam hæc prohibitio inducta est, nam neuter ex parentibus per subministrationem pecuniæ contra proprium factum agit. Et hinc est, quòd articulus dicat, probandum esse, quòd filius reluens, die Kauff-Summa nit von dem Vatter / oder Mutter / die das Guet verkaufft/ sonder in anderweg habe: Ergò, si pretium venditionis habet ab altero parente, der das Guet nit verkaufft / justè pro jure retractûs tale pretium accomodare potest, quod idem etiam de avo, & avia dicendum. *Vid. nostr. semicent. 1. dict. controv. 27.* Ubi casum de re à patruo vendita, & per pecuniam patris à filio retracta adduximus, & examinavimus.

5 Denique, tametsi filius aliundè media habeat, quàm à parente alienante, debent tamen ista media ita esse comparata, ut rem retractam etiam pro se, & sua utilitate in familia retinere, & conservare possit: Nam, si fortassè hodie pecuniam pro retractu mutuò suscipiat, quam crastino, vel proximo die iterum statim restituere, & proinde rem retractam ulteriùs vendere debet, retractus ei non permittitur, cùm juxta *Art. 5.* dispositionem, quæ hîc repetitur, nulli concedatur, ut rem tantùm alterius commodi, vel alicujus lucelli causâ, wegen eines Ubergwinns / retrahere possit. Sed, cùm articulus videatur tantùm loqui de liberis, qui rem à parentibus venditam retrahere volunt, ipsis adhuc viventibus, cùm expressè statuat, parentes liberis pretium retractûs subministrare non posse, quod utique præ-
6 supponit, eos adhuc in vivis esse, ideò fortior quæstio est, an illis retractus in rebus à parentibus venditis permittatur, si tempore retractûs jam præmortui sint? Et siquidem præsupponas, liberos non esse hæredes parentum, res dubio caret, quia utique liberi proximi parentum consanguinei sunt, & consequenter juris retractûs præ omnibus alijs capaciores: At si sint hæ-
7 redes parentum, & quidem sine beneficio inventarij, magna est inter DD. controversia, an nihilominùs rem à parentibus venditam retrahere possint? Negativam plures defendunt, per rationes non contemnendas, quas videre poteris apud *Theod. Reinking. de retract. quæst. 2. à n. 368. usq. ad n. 394.* quarum præcipua est, quia filius hæres defuncti personam repræsentat, ideòque non potest venire contra legitimum defuncti factum: Et hujus opinionis fuit etiam *D. Rath. in dissert. Jurid. de potiss. diff. assert. 84. litt. B.* Sed nos *in semicent. nost. 1. controv. 27. n. 9.* contrarium sustinuimus, eò quòd articulus noster filijs, & nepotibus in rebus à parentibus utriusque sexûs alienatis jus retrahendi simpliciter concedat, neque distinguat, an hæredes sint, vel non, an ante, vel post mortem parentum eo jure uti velint: Deinde, quia textus etiam de tutoribus filiorum, vel nepotum loqui-

tur,

tur, & ſic parentes defunctos eſſe clarè præſupponit: Scimus quidem, aliquos ex dominis Aſſeſſoribus, dum in Aulico Conſilio de hac quæſtione diſceptatio fuit, articulum hunc, quatenùs loquitur de tutoribus, intellexiſſe ſolummodò de filijs, & nepotibus, qui à paterna hæreditate abſtinuerunt, vel qui rem ſolùm à matre adhuc vivente alienatam retrahere volunt: Verùm hæc interpretatio cum articulo ſimpliciter retractum admittente non convenit, prout etiam *D. Rath. in contin. different. aſſert. 15.* hoc agnovit, & priorem opinionem ſuam immutavit: Cujus rei à doctoribus pulcherrimæ rationes aſſignantur. Vid. *Mangil. de evict. quæſt. 134. num. 29. Hartm. Piſtor. lib. 2. part. 1. quæſt. 5. Rickius. de unione prol. cap. 7. num. 65. Pinell. de bon. matern. part. 3. num. 99. Tyraquell.* §. *1. gloſſ. 9. num. 47. & ſeqq.* Generaliſſima hæc eſt, quòd, quoties hæres non defuncti, ſed ſuo & proprio jure nititur, quod ei competijſſet, etiamſi hæres factus non eſſet, factum defuncti hæredi non obſit. *l. fin. Cod. de evict. l. 22.* §. *1. ff. de adopt.* Tametſi igitur filius ſit hæres patris, tamen rem venditam non retrahit ut hæres, ſed tanquam agnatus alius, nullus enim eſt proximior agnatus, quàm filius. *l. filius. ff. de ſuis, & legit.*

Notabilem tamen limitationem addit *Gutierez. pract. quæſt. quæſt. 149. lib. 2.* Si ſcilicet parens venditor extraneo emptori promiſiſſet, ſe rem venditam eidem præſtiturum tutam, & ſecuram adversùs omnem retractum, tunc enim filius hæres ex hac promiſſione obligatur, & proinde jure retractûs uti poteſt. 8

Sed quid dicendum de filio poſthumo? D. Balthaſar ad hunc locum eidem, ſive potiùs tutori ventri dato indiſtinctè jura retractûs concedit, ut liberis jam natis, & exiſtentibus: Nos hoc verum eſſe putamus, ſi poſthumus tempore venditionis jam fuerit conceptus, quia privilegia, quæ habet in ſucceſſione, utique etiam habere debet in jure retractûs, cùm jura retractûs regulentur ſecundùm jura ſucceſſionis per ſæpiùs dicta: Sed ſi ſupponas, tempore venditionis venditori nec liberos natos, nec poſthumos, nec in re, aut in ſpe fuiſſe, ſed fratrem habuiſſe, qui ſtatim poſt venditionem perfectam ſe pro jure retractûs inſinuavit, & obtinuit, poſthumo deſuper concepto & nato nullum ampliùs jus competit, quia illud patruo ſuo jam quæſitum eſt, quod eidem ſine cauſa ampliùs auferri nequit: Ut ſupra jam exſplicavimus. 9

Illud videtur nobis ſatis ineptum, quòd DD. Hiſpani etiam liberis naturalibus, modò non ſint ex damnato coitu procreati, jura retractûs permittant, eò quòd in jure retractûs ſola conſideretur ſanguinis propinquitas: Quod nos planè negamus, ſi enim ſola propinquitas ſanguinis conſideretur, cur non etiam conſideratur propinquitas incœſtuoſorum, & ex damnato coitu natorum? Requiritur igitur propinquitas ſanguinis juſta; Et quia liberi naturales, & illegitimè nati juxta *Tit. 39.* der Land-Recht / nec patri, nec matri, niſi in certis caſibus, ut ibidem videbimus, ſuccedunt, ideò illis nullam facultatem retractûs concedimus, prout pulchrè deducit *Theod. Reinking. de retract. quæſt. 2. num. 241.* per rationem, quia Jus Protymiſeos hac ratione introductum eſt, ne res exeat de genere, & familia, at ſpurij, & baſtardi non ſunt de domo, aut familia, nec poſſunt dici cognati, vel agnati, nec gentilitatis, aut familiæ ſigna ferunt: Et hoc extenditur etiam ad ſpuriorum, & baſtardorum liberos legitimos, quia infectâ cauſâ primitivâ inficitur & derivativa, & ſi radix primæ nativitatis ſit corrupta, nullus inde naſcitur fructus legitimus: Item ad ſpurios, & baſtardos per ineptos comites Palatinos, imò etiam per reſcriptum Principis legitimatos: Niſi fortè Princeps expreſsè in legitimatione addiderit, ut legitimatus plena jura proximitatis habeat, & retractu uti poſſit. *Forſter. de ſucceſſ. ab inteſt. lib. 6. cap. 29. n. 4. Mynſ. cent. 5. obſ. 42. n. 6.* 10

Adjungimus nos non improbabiliter filium naturalem, sive spurium etiam eo casu jure retractûs uti posse, quo admittitur ad successionem, cùm jus retractûs jura successionis æmuletur: De quo plenior exsplicatio redibit in *Artic. 39.*

Der Sibenzehendte Articul.

DJeweil sich auch zu vilmalen zwischen den Kauffern vnd Freunden/ so an den Kauff stehen / von wegen der Frücht / Zinsung / Gült / oder Nutzung deß gekaufften Guets / welchem Theil dieselben zustehen / vnd gefolgen sollen / Irrungen vnd Stritt zuetragen / soll es füran in solchem Fall also gehalten werden. Nemblichen wann solche Frücht / Zinß / Gült oder Nutzungen / ehe vnd zuvor der Einsteher den Kauff-Schilling vnd Unkosten bezahlt / oder hinder die Obrigkeit erlegt hat / verfallen / oder durch den Kauffer zu gebührlicher Zeit gefängt vnd eingebracht seyn / daß dieselben dem Kauffer gefolgen vnd bleiben / vnd in den Bauren Gütern / die Gült vnd Stifft-Zeit auff St. Michaelis verstanden / vnnd für verfallen gerechnet werden sollen. Wo sie aber zu der Zeit / als der Einsteher den Kauff-Schilling vnnd Unkosten bezahlt / oder hinderlegt hat / nit verfallen / noch eingefängt wären / sollen dieselben dem Freund / der in den Kauff stehet / folgen vnd zustehn. Doch daß er dem Kauffer neben dem Unkosten / davon oben im 6. vnnd 8. Articul / alsdann für sein Interesse / deß bezahlten Kauff-Gelts halben / nach Anzahl der Zeit / vnd der bezahlten Kauff-Summen so vil geb / daß es auff ein gantz Jahr fünff vom hundert treff / vnd solch Interesse von der bezahlten Kauff-Summa / soll auch der Freund / der in den Kauff steht / dem Kauffer bezahlen / ob gleich das verkauffte Guet gar kein Nutzung getragen hätte.

SUMMARIA.

1. *Quotuplicis generis sint fructus?*
2. *An emptor consanguineo retrahenti fructus bona fide perceptos restituere debeat?*
3. *Quinam fructus restitui debeant, an ij, qui percepti fuerunt ante retractûs perfectionem, vel ejus denunciationem?*
4. *Quid ad perfectionem retractûs requiratur?*
5. *An etiam fructuum civilium restitutio fieri debeat?*
6. *Fructus civiles quando dicantur percepti?*
7. *Quid si perceptio fructuum fiat non consueto tempore, & immatura collectione?*
8. *An non aliqui fructus dentur, qui imaturi majoris sunt utilitatis, quàm maturi?*
9. *An emptor extraneus lucretur fructus ante retractum exstantes?*
10. *Quid de fructibus civilibus, quorum dies solutionis jam cessit?*
11. *Quid de præstationibus dominicalibus, & quando horum sit dies cessionis, & perceptionis?*
12. *Quando dies laudemiorum, & releviorum cedat?*
13. *An fructus nondum percepti pertineant ad consanguineum retrahentem?*
14. *An retrahens teneatur emptori ad usuras pro rato temporis, & pretij?*
15. *Quod de licitis usuris intelligendum est.*
16. *An præstationes annuæ inter emptorem, & consanguineum sint dividendæ, quæ singulis momentis, & horis cedunt?*

17. & 20.

17. & 20. Quare consanguineus tenetur emptori pro rato temporis usuras solvere, emptor verò vicissim consanguineo nec ad obulum obligatur?

18. Ad quem pertineant fructus jurisdictionales, ad consanguineum retrahentem, vel emptorem?

19. Quid de angarijs dicendum?

SÆpissimè, inquit articulus iste, inter emptores extraneos, & consanguineos retrahentes super fructibus rei venditæ difficultates oriri, quibus præcavendis legislator utilissimas quasdam dispositiones fecit, quas mox breviter exsplicabimus, si priùs præmiserimus, quotuplicis generis fructus sint, & quæ in perceptione eorum differentia: Dicuntur itaque alij fructus naturales, alij industriales, & alij civiles, & ex illis iterum alij pendentes, & alij percepti, & ex his ultimis iterum alij extantes, alij verò consumpti. Naturales dicuntur, quos natura suâ sponte producit sine facto, & opera hominis. Industriales vocantur, qui non sua sponte proveniunt, sed curâ, & industriâ hominum indigent; Civiles sunt, qui non ex corpore, natura, fœtúque rei, sed propter rem, ejúsque occasione, & usu quæruntur, sive qui civili ratione, & jure percipiuntur: Ut sunt reditus annui, menstruales, pensiones ædium, navium, usuræ, annui canones, & alij reditus dominicales, Stifft und Gülten / laudemia, relevia, & similia alia emolumenta: Pendentes dicuntur, qui adhuc fundo, vel stipitibus inhærent: Percepti, qui à fundo, vel corpore, ex quo provenerunt, separati sunt: Extantes, qui adhuc sunt in manu, & in bonis possessoris: Consumpti, qui ampliùs non extant. 1

Ponitur igitur regula prima, quòd emptor extraneus lucretur rei sibi venditæ fructus, si illos ante retractum consanguinei bona fide percepit: Tametsi enim videri posset, consanguineo rem etiam cum fructibus perceptis restituendam esse, eò quòd retrahens illam in eo statu accipere debeat, quo tempore contractus initi fuit penes venditorem, quia verò emptor extraneus per venditionem, & traditionem sibi factam verè rei venditæ dominus effectus est, utique percipiendo fructus suos facit, quia fructus ad eum regulariter pertinent, qui est rei dominus. *l. emptor. ff. de rei vindic. Covar. var. resol. lib. 1. cap. 8. n. 4.* si enim nudus possessor bonæ fidei cum titulo fructus perceptos suos facit, multò magìs illos lucrabitur, qui simul cum titulo, & bona fide per traditionem dominium consecutus est. 2

Ponitur secundò regula, quòd illos fructus perceptos solummodò suos faciat, quos percepit ante retractum. Ex quo dubium oritur, an hoc intelligendum sit ante retractûs denunciationem, vel ante retractûs perfectionem? Videri posset, quòd denunciatio retractûs sufficiat, cùm illa possessorem constituat in mala fide: Sed hoc non obstante articulus noster expresè statuit, quòd ad hoc, ut extraneus emptor à perceptione fructuum excludatur, pretium rei venditæ à consanguineo debeat esse actualiter solutum, vel depositum, in verbis, ehe / vnnd zuvor der Einsteher den Kauff-Schilling bezahlt / oder hinder die Obrigkeit erlegt hat. Vid. *Tyraquell.* §. *1. gloss. 18. & 19.* Nec obstat ratio in contrarium allata, quia extraneus emptor, ut diximus, fructus perceptos lucratur non solùm ut bonæ fidei possessor, sed ut verus rei dominus, quod jus dominij ei per nudam denunciationem interverti non potuit: Aliud est, si actualis solutio pretij, vel depositio facta sit, tunc enim consanguineus retrahens succedit in locum extranei venditoris, & proinde ipsi percipiendo fructus ampliùs præjudicari non potuit. 3

Oportet tamen, quod pro regula tertia notandum, præter pretium rei venditæ etiam alias legitimas expensas fuisse solutas, vel depositas: Quænam autem illæ sint, sufficienter exsplicavimus ad *Art. 6.* quò benevolus lector regressum habere velit. 4

5 Ponitur quartò pro regula, quòd hoc non tantùm intelligendum sit de fructibus fundorum, & stipitum, sed etiam de fructibus civilibus: Textus noster clarus est, quia loquitur æquè de censibus, & pensionibus, quæ fructus civiles sunt, quàm de naturalibus fructibus fundorum, Von den Früchten / vnd Nutzungen deß verkaufften Guets.

6 Hæc tamen pro regula quintò distinctio est, ut fructus fundorum, & stipitum dicantur percepti, postquam a solo, & corpore sunt separati, juxta priùs dicta, fructus verò civiles, id est census, pensiones annuæ, canones, laudemia, & similia emolumenta ex rebus percipi solita, dicuntur percepta, quando dies solutionis cessit, wann sie sich verfallen / ut expresse articulus innuit in verbis: Nemblichen / wann solche Frücht / Zinß / Gült / oder Nutzungen sich verfallen / quod convenit cum jure comuni, quoniam, quod in fructibus naturalibus operatur separatio, hoc in civilibus operatur cessio obligationis, & sicut in naturalibus attenditur tempus separationis quoad effectum acquisitionis, ita in civilibus attenditur tempus, quo incipiunt deberi: *Bald. in cap. 1. n. 25. tit. de pace tenenda in usi. feud.* ubi pensiones, seu fructus civiles æquiparat fructibus separatis à solo, si cesserit dies solvendæ pensionis, si autem nondum cessit, æquiparat fructibus pendentibus. *Carolus Molin. in Cons. Paris. tit. 1. n. 1. gloss. 1. quæst. 3. n. 32. & seqq. Gail. lib. 2. observ. 10. n. 3. & seqq.* quæ sententia Baldi huic articulo omninò convenit, ubi pensiones, canones, & ejusmodi obligationes annuas, sive quascunque cessas comparat fructibus naturalibus: Die zu gebührlicher Zeit gefangt / vnd eingebracht worden.

7 Ubi pro regula sexta notentur verba, zu gebührlicher Zeit / nam paria sunt, non esse, vel inutiliter esse: Quemadmodum igitur, ubi nulli sunt rei fructus, percipi non possunt, sic etiam ✱ si venditor extraneus fructus ante maturitatem pendente retractu in fraudem consanguinei à solo separet, illa accelerata collectio nihil prodest emptori, sed habetur pro non facta. *Molinæus. loc. cit. gloss. 8. n. 32. & seqq. Schraderus. de feud. 2. part. 9. part. princip. sect. 3. n. 22.* adeò enim hæc res odiosa est in materia retractûs, ut, tametsi dixerimus, extraneum emptorem rei dominum esse, donec consanguineus retractum solutione pretij, & expensarum, vel saltem legali depositione compleverit, nihilominùs tamen per ejusmodi immaturam collectionem non consueto tempore factam perceptio habeatur pro dolosa, ut exinde potiùs pœnam, quàm perceptionis privilegium mereatur. *Theod. Reinking.*
8 *de retractu. quæst. 8. n. 83. usque ad n. 100.* quia tamen quidam fructus sunt, qui immaturi majoris utilitatis sunt, quàm maturi, ut de olivis habemus, text: in *l. 42. ff. de usufructu leg.* & in amygdalis, aliisque delicatioribus fructibus quotidiana exempla habemus, emptor extraneus facilè excusandus est, si præsagiente sibi animo, consanguineum pro retractu superventurum, sibi vigilet, & ex fructibus immaturis, quorum ante retractum absolutus dominus est, suum commodum procuret: Prout etiam facilè excusarem rusticum emptorem, qui avenam immaturam, prout facere ubique moris est, pro equis suis demessuit, antequam consanguineus bonum ab eo legitimè emptum retraheret, plures casus declarativos vide apud *Schrad. loc. cit. sect. 3. num. 23. & seqq.* & apud *Tyraquell. de retract. convent.* §. *5. glossa. 4. num. 19.*

9 Extenditur modò dicta regula, ut emptor extraneus ante retractum lucretur fructus perceptos non tantùm industriales, & naturales consumptos, sed etiam adhuc exstantes. Aliud quidem est in bonæ fidei possessore: Ille enim semper fructus exstantes tam naturales, quàm industriales re evicta restituere tenetur. §. *35. Inst. de acquir. rer. dom.* ubi illa materia a DD. fusiùs traditur. Ratio differentiæ inter bonæ fidei possessorem, & emptorem extraneum hæc est, quia emptor extraneus fructus percipit non ut nudus

dus possessor, sed ut verus rei sibi venditæ dominus: Prout jam antè diximus. Nudus enim bonæ fidei possessor acquirit dominium fructuum solùm revocabiliter, donec dominus superveniat, & rem evincat, extraneus autem emptor per venditionem sibi factam, & traditionem subsecutam rei venditæ factus est dominus, ergo fructus non percipit, ut nudus bonæ fidei possessor revocabiliter, sed tanquam verus dominus lucratur irrevocabiliter.

Adeò ut etiam fructus civiles, id est annuas pensiones, canones, census, &c. sibi acquirat, tametsi illas ad manus non receperit: Sufficit enim, quòd dies solutionis cesserit, non enim per manûs receptionem, sed per solutionis cessionem perceptio fructuum civilium contingit, ut hæc omnia jam anteà præmisimus. 10

Dubium esse potuit de dominicalibus præstationibus, von Stifft / vnd Gülten / & similibus: Ideò articulus noster pro regula septima, in præstationibus, in Stifft / vnnd Gülten / pro die cessionis, seu perceptionis: Da sich dieselbe verfallen / diem Sancti Michaëlis designat. Ratio est, quia tunc temporis omnes coloni fructus agrenses, & hortenses jam intulerunt in horrea: Quamvìs igitur dominis suis seriorem præstationem faciant, & subinde usque ad alterius anni Pascha differant, tamen perceptio, quæ in extranei emptoris commodum cedit, non ab eo die computanda est, quo præstatio fit, sed quo fieri debuit, nempè à die Sancti Michaëlis: Ita ut, si ponas, venditionem alicujus boni ruralis factum esse pridiè ante festum Sancti Michaëlis, emptori cedant omnes præstationes dominicales: Alle Stifft / vnd Gülten / si consanguineus retrahens post festum Sancti Michaëlis primùm retractum insinuaverit, pretiúmque solverit, aut deposuerit, quia illo tempore nempè in festo Sancti Michaëlis verus rei fuit dominus, titulus autem dominij ad lucrandos fructus perfectissimus est, quamvìs, ut paulò post sequetur, hoc non videatur carere duritie extranaturali: 11

Quod attinet ad laudemia, & relevia, &c. illorum dies non cedit, nisi à tempore mutationis, vel ex parte domini, vel ex parte vasalli, vel emphyteutæ contingentis: Si igitur supponas, venditorem mortuum esse, antequam consanguineus retrahens intrà tempus legitimum se insinuat, & præstanda præstat, utique laudemium, vel relevium emptori extraneo, non ipsi consanguineo retrahenti accrescit, ex regula præsupposita, quòd præstationes dominicæ cessæ acquirantur emptori. Sicut è contrario supra diximus, quòd, si emptor extraneus laudemia, vel relevia ratione boni sibi venditi solvit, illa à consanguineo retrahente refundenda sint. 12

Ponitur ulteriùs regula octava, quòd fructus, qui tempore soluti, vel depositi pretij nondum fuerunt percepti, die sich noch nit verfallen / noch eingefangt worden / pertineant ad consanguineum retrahentem: Ratio est, quia fructus pendentes qualescunque sint, sive industriales, sive naturales, sunt pars fundi, & ideò sequuntur suum totum. *l. fructus. 44 ff. de rei vindic. l. ult. §. fructus. ff. quæ in fraud. cred.* & quia fructus civiles, ut paulò antè diximus, æquiparantur fructibus pendentibus, quamdiu dies solutionis non cessit, Ehe sich die Bezahlung verfallen / ideò rectè articulus ista duo conjungit: Die sich noch nit verfallen / oder noch nit eingefangt worden. 13

Notabilis tamen additur limitatio, ut scilicet consanguineus retrahens emptori extraneo pro fructibus, qui ad ipsum devolvuntur, pretij soluti usuras pro rato solvere teneatur. Ratum autem est duplex, nempè ipsius pretij, & ratum temporis, exempli causâ: Pone, quòd emeris fundum à Titio pro 1000. florenis hac conditione, ut dimidium pretij solvatur statim 14

tim in pecunia parata tempore venditionis, alterum dimidium post annum decursum: Si igitur consanguineus Titij post sex menses utatur jure retractûs, ipse fundi venditi quidem fructus pendentes, sive, qui pro pendentibus habentur, suos facit: Attamen debet tibi emptori pro quingentis florenis solvere semestre interesse, ein halb-jährigen Zinß / id est duodecim florenos cum dimidio: Per se enim clarum est, quòd tu emptor pro reliquo dimidio pretij, quod nondum solvisti, nullum interesse prætendere possis, nec non nisi pro illo tempore, quo caruisti pecuniâ tempore venditionis statim expositâ.

15 Addit articulus, quòd ratum hujus interesse, de quo agimus, non debeat legitimum modum usurarum excedere, id est 5. per 100. tametsi igitur inter Titium venditorem, & te convenerit, quòd rescisso contractu emptionis, & venditionis tibi pretium debeat restitui cum usuris 6. vel 7. per 100. consanguineus retrahens ex tali pacto illicito, & usurario non obligatur: Tametsi præsupponas, retrahentem ex fructibus alterum tantum, id est 10. per 100. lucratum fuisse, quia illa non percipit tanquam lucrum usurarium, sed post derivatum in se contractum venditionis tanquam dominus rei.

Diximus hactenùs fructus civiles, quorum dies nondum cessit, haberi pro pendentibus, & proinde ad consanguineum retrahentem pertinere: Et hoc satìs clarum est, si fructus civiles cedant aliquo certo, & determinato tempore, V. G. si sint pensiones menstruæ, semestres, annuæ, & similes: In illis enim dies priùs non cedit, quàm tempus menstruum, semestre, annuum effluxerit: Idem est dicendum de dominicalibus præstationibus, von Stifft / vnnd Gülten / quæ cedunt ex singulari dispositione nostri articuli à die Sancti Michaëlis, quia tunc temporis omnes fructus boni emphyteutici communiter præsupponuntur esse collecti, & in horrea reconditi: In laudemijs verò, & relevijs dies solutionis cedit à morte emphyteutæ, vel vasalli, & in feudis etiam à morte domini.

16 Difficilior quæstio est de annuis præstationibus, quæ singulis horis, ac momentis cedunt, quoniam ratio videtur suadere, ut pro rato temporis dividantur inter emptorem, & consanguineum. *D. Rath. de cont. diff. jur. ass. 18.* Exemplum est in usuris, & censibus, qui singulis horis, & momentis decurrunt, & in curijs nostris nihil frequentius est, quàm ut venditores sibi ratum temporis reservent: Hanc regulam Judæi, & Hæbrei optimè sciunt, de quibus in synopsi nostra Arimethica singularem inscriptionem de Anatocismo quotidiano in gratiam juniorum facilitatis causâ posuimus, cùm hæc malitiosa, & perversa computatio jam etiam apud Christianos inoleverit, ut quædam civitas juxta alibi dicta per quotidianum istum Anatocismum magnum quendam comitem Imperij ferè omnibus bonis suis exuerit. Licèt igitur cum Domino Rathio, & multis alijs magnæ existimationis viris, & DD. negare non possimus, usuras, & census annuos cedere in singulos dies, horas, & momenta, tamen, sicut Anatocismus de jure communi prohibitus est, ita etiam articulus noster in jure retractûs ejusmodi cessionem quotidianam, sive momentaneam non admittit, sed solum, & unicum respectum habet ad tempus annale, quo census decurrit, auff die Zeit / wann sich der Zinß verfallt: Ex quo sequitur, si quis extraneus emptor comparaverit prædium Calendis Januarij, ex quo debetur annuus census qualiscunque, cujus dies primùm cedit postremo die anni, quòd consanguineus Calendis Julij retractum faciens fructus, sive census, & usuras cum venditore extraneo dividere, aut communicare non debeat: Ratio est, quia habentur pro pendentibus, donec anni terminus effluat. Probatur hoc expresè in articulo nostro, qui non tantùm loquitur de fructibus naturalibus, & industrialibus in corpore, sive stipite adhuc pendentibus, sed etiam de NB. censi-

censibus, & pensionibus, von Zinsungen / Gülten / oder andern Nutzungen: Communis enim ferè ubique, & præcipuè in patria nostra consuetudo est, ut usuræ, & census non habeantur pro cessis, die Zinß / vnd Interesse werden nit für verfallen gehalten / nisi post decursum totum annum à tempore debiti contracti: Quod benevole Lector, cùm *Dominus Rath. loc. cit.* à nobis non dissentiat, si velis, inter differentias juris communis, & nostri statu- *Diff.*
tarij numerare poteris.

17 Miraberis autem, quare articulus noster expresè disponat, quòd consanguineus retrahens, qui fructus pendentes, sive naturales, sive civiles suos facit, debeat extraneo emptori pro rato temporis expositi pretij interesse solvere, & tamen emptor extraneus fructus à solo separatos, vel aliàs secundùm prædicta legitimè perceptos plenos lucretur, nec consanguineo ad obolum obligetur? Respondemus, hujus rei planè rationem esse, quòd emptor ante retractum pro pretio soluto in re vendita verum jus, & quidem jus dominij (si supponas, venditorem dominum fuisse, vel quasi) habuisse: Justissimum igitur est, ut, cùm jure suo in favorem consanguinei cedere debeat, eidem pro eo tempore, quo toto, vel parte pretij caruit, satisfactio, & indemnitas præstetur; Consanguineus verò antè retractum in fructibus rei venditæ nihil juris habuit, non est igitur mirum, si emptor per perceptionem eos adeò suos faciat, ut nihil consanguineo retrahenti communicare obligatus sit, per rationem, quòd emptor non sit habendus pro nudo bonæ fidei possessore, qui alias fructus extantes restituere cogitur, sed pro domino, cui jure dominij irrevocabile dominium in fructibus perceptis accedit, ut priùs jam exsplicavimus.

18 Sed quid dicendum est de fructibus jurisdictionalibus: V. G. Si quis emit bonum aliquod Hoffmarchiale, quod postmodum à consanguineo retrahitur, suntné fructus jurisdictionales decursi, utpotè mulctæ, pœnæ pecuniariæ, confiscationes, &c. ante retractum ad emptorem, vel ad consanguineum retrahentem pertinentes? Et non dubitamus, pertinere illos ad emptorem, sive ante retractum jam fuerint soluti, sive adhuc extantes, sive ejusmodi mulctæ, & confiscationes committantur ipso jure, sive primùm per sententiam desuper latam: Ratio est, quia in fructibus jurisdictionalibus inspicitur tempus delicti commissi, per quod domino jurisdictionali statim jus acquiritur. *l. quæcunque actiones. ff. de actionibus, & oblig. l. si is qui. §. si posteà. ff. quod vi, aut clam.* quod eidem per consanguineum retrahentem ampliùs adimi non potest. Referenda sunt ergò compendia mulctarū, & confiscationum statim post maleficium commissum inter fructus jurisdictionales perceptos, qui emptori extraneo cedunt, tametsi illa ante retractum non exegerit: Ratio est, quia paulò antè de alijs fructibus civilibus idem dicendum esse asseruimus, illos videlicet, postquam dies cessit, ad extraneum emptorem pertinere, tametsi illos per exactionem, aut executionem ad suas manus nondum receperit. Vid. *Tyraquellus. de retractu. convent. §. 5. glossa. 4. num. 21. Cassanæ. in Consuet. Burgund. rubric. 1. §. 7. num. 7. Gail. de pignorat. cap. 20. num. 4. Auctor. decis. Camer. verbo. jurisdictio. vers. mulctæ.*

19 Quod attinet ad fructus jurisdictionales angariarum, der Scharwerch / vnd Robolt / secundùm consuetudinem patriæ nostræ distinctio facienda est, an præstentur in natura, vel in pecunia conventa: Si prius, emptori cedunt, quæ exactæ sunt ante retractum: Angariarum enim neglectarum nulla est obligatio, cùm nullæ debeantur, nisi fuerint petitæ, & exactæ, ut suo loco dicemus; Si posterius, inspiciendum est tempus, quo ejusmodi operarum præstatio, sive solutio fieri debet, prout communiter duo termini statuti sunt, tempus Hypopanti, sive Purificationis, & tempus Pentecostes: Si ergò unus, vel alter terminus lapsus est, antequam retractus solu-

tione, vel dispositione pretij fuerit consummatus, ejusmodi pensiones cessæ acquiruntur emptori extraneo, reliquæ verò nondum cessæ transeunt ad consanguineum. Nec in hoc reditu angariarum de jure nostro statutario admittenda est divisio pro rato temporis, ex illa ratione, quòd dicantur cedere in singulas horas, sive momenta; Cùm jura nostra statutaria, ad declinandas innumeras lites, & discordias, horariam istam, sive momentaneam cessionem non agnoscant, ut paulò antè de censibus, & alijs pensionibus latiùs diximus, & sufficere debet emptori, si in recompensationem, legitimum interesse de soluto pretio pro rato temporis accipiat, 20 quod juxta verba ultima hujus articuli emptori præstandum est, tametsi consanguineus retrahens de fructibus ne obolum participet: Cujus rei ratio est, quia per retractum totum contractum emptionis, & venditionis, & cum illo periculum fructuum in se recepit, qui, si casu fortuito antequam maturent, perierint, pereunt consanguineo retrahenti, & sicut emptori ad plus non fuisset obligatus, quàm ad congruum pretij soluti interesse, tametsi ex fructibus decuplò plus accepisset, ita rationabiliter ad congruum, & proportionatum interesse pretij obligatur, si adverso rerum eventu de fructibus nihil consecutus est.

Der Achtzehendte Articul.

Und soll diser Gebrauch vnnd Gerechtigkeit deß Einstandts/ auff Wechsel/ Täusch/ oder Ubergaben nit gezogen werden/ sonder allein in Käuffen statt haben/ Doch daß solche Wechsel/ ohne gefährlicher Weiß/ vnd durch einen solchen Schein/ den nechsten Freunden den Einstandt zuverhindern/ damit die Güter in frembde Hand kommen/ nicht geschehen/ sonder beeder Theil Nutz vnd Nothdurfft nach/ auffrichtiglich/ vnd recht Wechsels- oder Tausch-weiß fürgenommen oder gehandelt werden/ Welches dann/ auch wie obsteht/ so es die nechsten Freund begehren wurden/ durch die Partheyen/ bey geschwornem Ayd/ oder nach Gelegenheit der Persohnen/ bey Trauen vnd Glauben an Ayds statt erhalten/ vnd beståttigt werden solle/ ohn alle gevårde. Wo auch im Tauschen das Auffschatz-Gelt/ oder in den Ubergaben das jenig/ so der Einthuer deß Guets herauß gibt/ grösser ist/ dann der Werth/ deß daneben eingewechßleten Guets/ oder in Ubergaben/ den halben Werth deß übergebenen Guets übertrifft/ soll es für ein Kauff gehalten werden.

SUMMARIA.

1. *An retractus solùm in emptione, & venditione, vel etiam in alijs contractibus locum habeat?*
2. *An non in permutatione, & cessione?*
3. *Quid si permutatio facta fuerit fraudulenter?*
4. *Quæ sint indicia fraudulentæ permutationis?*
5. *Quid si pretium rem permutatam excedat, an non censeatur potiùs venditio?*
6. *An non sit venditio, si res immobilis permutatur cum re mobili æstimatò data?*
7. *Quid si intentio contrahentium ab initio fuit, emere, ex postfacto verò supplementi causâ declinavit in permutationem?*
8. & 9. *Quid sit cessio de consuetudine patriæ nostræ, & an in ea retractus locum habeat?*
10. *Quando cedens pro cessione facta pecuniam accipit, an non sit venditio?*

11. An

11. An jus, opificia, & commercia exercendi, sit hæreditarium, & an vendi possit?
12. An non tota taberna mercatoria tanquam corpus vendi possit?
13. & 14. Si apotheca, vel insignis bibliotheca integraliter, & indivisim vendatur, an retractui locus detur?
15. An retractus in datione in solutum locum habeat?
16. Quid si non pro pecunia, sed re in specie debita, alia res in solutum detur?

EX rubrica hujus articuli statim apparet, omnes quæstiones à doctoribus latè traditas, videlicet, an jus retractûs locum habeat in permutatione, datione in solutum, in dotem, in feudum, in emphyteusin, in locatione ad longum tempus, in transactione, donatione, pignoratione, compensatione, & alijs contractibus, &c. inutiles esse, cùm in rubro uno filo præscindantur per particulam SOLÙM, statuendo, quòd retractus non nisi in contractu emptionis, & venditionis obtinere debeat: Quæ circa quemlibet alium contractum rationes, & considerationes sint, quòd retractui locus non concedatur, latissimè videri possunt apud *Tyraquell.* §. *1. gl. 14. per tot. Reinking. quæst. 4. concl. 2. usque ad fin. Hartm. Pist. lib. 2. quæst. 12. Berlich. lib. 3. concl. 39. à n. 53. usque ad n. 85.* 1

In specie verò articulus noster duos contractus specificat, in quibus jus retractûs excluditur, nempè contractum permutationis, & cessionis, utpotè quia post venditionem frequentissimi sunt, cùm in defectu pecuniæ nil magis usitatum sit, quàm ut res pro re detur, & apud rusticos ferè quotidianum, ut senio confecti liberis suis bona cedant, reservata sibi annua quadam præstatione pro alimentis, & vitæ necessarijs. 2

Licèt igitur in permutatione retractus locum non habeat, sunt tamen quidam casus, in quibus retractus admittitur: Primus, & principalis ex nostro articulo est, si permutatio facta fuerit fraudulenter, id est, ut articulus noster loquitur, ad hunc solum finem, & effectum, ut consanguineis res subtrahatur, & extra familiam in alienas manus devolvatur, prout supra jam conquesti sumus, quòd inter consanguineos sæpissimè talis invidia sit, ut malint, quas ipsi conservare non possunt res, in prorsùs alienas manus derivare, quàm consanguineis relinquere, quod statuta nostra Provincialia singulariter improbant, ita ut ad petitionem consanguinei retrahentis contractum permutationis celebrantes juramentum præstare, vel pro qualitate personarum loco juramenti, bey ihren wahren Worten / Trau / vnnd Glauben / asseverare debeant, quòd permutationem pro sua utilitate, vel necessitate verè, & sincerè inierint, & nullam intentionem, sive animum habuerint, consanguineos jure suo defraudandi, ad similitudinem illius juramenti, quod juxta *Art. 9.* emptor, & venditor ad denunciandum verum pretium rei venditæ aliarúmque qualitatum, & conditionum contractûs præstare debent. 3

Præsumuntur autem contrahentes fraudulenter, & malitiosè agere, cùm res permutatæ non diu permanent apud permutantes, sed statim iterum distrahuntur. *Berlich. lib. 3. conclus. 39. num. 59.* Vel si res permutata maneat apud alienantem, ut inquit *Tyraquell.* §. *1. gloss. 14. num. 35.* nec actualiter permutetur, censentur enim tunc tacitè pecuniam recipere, & contractum permutationis tantùm per fraudem, & simulationem, sive *dicis* causâ fecisse, ut consanguineos à retractu excluderent. Quæ indicia satìs evidentia, & urgentia, si ad contractum permutationis concurrant, vel certè contrahentes à purgatione juramentali removerem, vel illam majori severitate, & conscientiæ stimulo injungerem. 4

Secundus casus est, quando instrumentum contractûs loquitur quidem de permutatione, interim tamen constat, quòd res permutata tantum non va- 5

leat, quantum eidem pecuniæ, ſive pretij nomine additum eſt, ſive, ut *Berlich. d. loc. cit. num. 59.* inquit: ſi pecunia, quæ alteri rem minoris pretij danti refunditur, multùm excedit, Da das Auffſchatz-Gelt / ſo der Einthuer deß Guets herein gibt / gröſſer iſt / dann der Werth deß darneben eingewechßleten Guets. Cenſetur enim tunc potiùs facta venditio, quàm permutatio, cùm magìs principale trahat ad ſe minùs principale.

6 Tertius caſus eſt, ſi res immobilis permutatur cum re mobili æſtimatò data. *Tyraquell. loc. cit. n. 39.* æſtimatio enim rei venditionem facit. *l. plerumque. 10. cum ll. ſeqq. de jure dot. l. 3. ff. pro empto. l. 1. & l. quoties. 5. Cod. de jure dot.* Imò *Tyraquell. loc. cit. n. 40.* ſimpliciter putat, quoties res immobilis datur pro re mobili, etiam inæſtimata, quòd ſemper retractui locus ſit, de quo tamen nos ſubſiſtimus, cùm ipſe tantùm loquatur de varijs regionum conſuetudinibus, quas ad patriam noſtram ſine juris textu accomodare veremur *cum D. Rath. in contin. different. aſſert. 21.* Quamvìs *Berlichius* hanc ſententiam ſimpliciter approbet *loc. cit. n. 60.* & *Balthaſar. reſol. 18. n. 4.* niſi velis utramque opinionem hoc fœderis nexu conjungere, ut diſtinctio fiat inter res mobiles ſtabiliter permanentes, & res fungibiles, ſive mercantiles, quæ in numero, pondere, & menſura conſiſtunt; Hæ enim cenſentur potiùs pro pecunia, quàm permutationis loco dari, cùm quotidie in pecuniam converti, & per illarum còmmercium jus retractûs conſanguineorum facilè eludi poſſit. Securior eſt prorsùs negativa opinio, cùm hæc controverſia ſuis difficultatibus non careat, & paucos eſſe credamus, qui non libentiùs paratam pecuniam, quàm ejuſmodi res fungibiles, & mercantiles pro ſolutione recuperent. Ridiculum eſt, quòd teſte Tyraquello, Gallis vinum ita pretioſum ſit, ut, ſi quis illud cum re immobili permutaverit, conſanguinei retractum excludat, fortè propterea, quòd excludatur præſumptio, permutationem fraudulenter, vel ſimulatè factam eſſe, cùm quilibet potiùs vinum uſûs, & delitiarum, quàm commercij, & fungibilitatis causâ comparare videatur, quod noſtris Germanis non minùs, quàm Gallis rectè accomodaveris.

7 Quartus caſus eſt, ſi ex circumſtantijs contractûs appareat, contrahentium intentionem ab initio principalem fuiſſe, emere, ex poſtfacto tamen ſupplementi causâ declinâſſe in permutationem. Idem *Berlich. loc. cit. n. 57. Pegius.* vom Vorkauff. *lib. 3. cap. 2.* Sed nec hæc opinio nobis probatur, niſi conformiter ſecundùm articulum noſtrum, id eſt, ſi id, quod ex poſtfacto in defectum rei permutatæ per pecuniam ſuppletur, prævaleat rei permutatæ; In hoc ſolo enim caſu, ut loquitur articulus noſter, da der Auffſchatz deß Guets Werth über die Helffte überſteigt / haberi poteſt pro venditione, tametſi enim alij hujus opinionis ſint, quòd, ſi conſtet, contrahentium intentionem ab initio fuiſſe, emptionem celebrare, & ex poſtfacto acceſſerit res majoris æſtimationis, quàm fuerit pecunia ſoluta, nihilominùs tamen vera contrahatur emptio, prout hujus opinionis eſt *Theod. Reinking. de retract. quæſt. 4. n. 86. & ſeqq.* Hoc tamen nobis non probatur, cùm contractus non dijudicandi ſint ex intentione, aliàs, ſi quis aſinum cum bove commutaret, uno obolo pro pretio dato cum hac intentione, quòd emptionem, & venditionem celebrare velit, talis contractus deberet ſubſiſtere ut emptio, & venditio, quod nemo dixerit: Sed contractus debent judicari ex ſubſtantialibus eorum: Si quis igitur minus pecuniæ dederit, quàm rei juxta articulum noſtrum acceperit, celebrat contractum permutationis, & proinde juri retractûs locus non eſt.

8 Nunc ad ſecundum caſum noſtri articuli deveniendo, nempè ceſſionis, der Ubergab / ex jam præmiſſis ſupponenda eſt conſuetudo Patriæ noſtræ, vigore cujus patresfamiliâs emeriti, &, ut ita dicam, depontani, quando rebus ſuis ampliùs præeſſe non poſſunt, in civitatibus, & oppidis: ma-

maximè

ximè verò ruri in pagis, suis liberis, & bona & opificia, sive commercia sua, reservatâ sibi annuâ præstatione pro vitæ superfluæ necessitatibus spontanea cessione tradunt, quam communiter vocant, die Ubergab.

Quæritur igitur, an in ejusmodi cessione juri retractûs locus sit? Nos 9 hunc articulum nostrum non tantùm de retractu consanguineis competente intelligimus, sed principaliter de retractu, quem in rebus feudalibus, & emphyteuticis ipsi domini directi habent: Ratio est, si enim supponas, cessionem, & traditionem in liberos factam esse, jam hoc ipso consanguineis nullum jus competere potest, cùm parentibus proximior consanguineus esse non possit, quàm filius. Si igitur articulus noster principaliter intelligendus est de cessionibus, von den Ubergaben / quæ à subditis ruralibus, suis liberis fiunt, hoc ipso, quod singulariter notandum est, sequitur, etiam jus retractûs jure dominij directi competens non nisi in venditione locum habere, ita ut, si emphyteuta meus rem alio modo (cum consensu domini) alienaverit, V. G. per permutationem, dationem in dotem, &c. Et dominus jure retractûs uti velit, prorsùs maneat exclusus. Si enim manet exclusus in cessione, sive traditione liberis facta eo modo, ut mox sequetur, manebit etiam exclusus in alijs contractibus extra venditionem, licèt hoc aliquando dubitatum, & disputatum fuisse recordemur.

10 Præsupposito igitur hoc fundamento, quòd in ejusmodi cessionibus, in den Ubergaben / jus retractûs locum non habeat. Ulteriùs quæritur, an non saltem in eo casu, prout de permutatione diximus, admitti debeat, quando cedens pro traditione, & cessione facta pecuniam accipit? Et respondet articulus noster, si pecunia boni cessi dimidiam æstimationem rei excedat, quòd pro vera venditione habenda, & ideò retractui locus sit: Ego ipse ejusmodi casum in praxi habui, dum quidam rusticus meus filio villam suam, seinen gantzen Hof / senectutis causâ cederet, sed præter alimenta in frumentis, & alijs rebus consistentia pacisceretur, ut sibi mille quadringenti floreni in certis terminis solverentur, ego contendi, mihi domino directo jus esse utendi retractu, cùm hæc potiùs venditio, quàm nuda cessio sit, & meo judicio non malè, licèt postmodum amicabiliter inter nos convenerimus. Sæpissimè proinde miseri isti rusticelli sibi pessimè vigilant, cùm per talem traditionem putent, jus retractûs domini evitare, & scyllam effugere, ècontra verò in charybdim incidant, nam si cessione neglectâ bona sua jure hæreditario ad filios devenire permittant, domino jus non est, illa sine legitima causa etiam refuso pretio ad se recipiendi. Per rationem sæpiùs dictam, quòd in sola venditione, cui talis traditio, sive cessio pro potiori parte pecuniæ assimilatur, juri retractûs locus sit, non autem in successione hæreditaria, aut in divisione inter liberos facta.

11 Quod diximus de cessione opificiorum, & commerciorum, solùm pro intellectu hujus vocabuli, der Ubergab / in medium adduximus, non quòd voluerimus indicare, etiam in cessione opificiorum, & commerciorum retractum competere, cùm notorium sit, quòd jus, opificia & mercaturas in civitatibus, & oppidis exercendi, non sit hæreditarium, sed ex libero magistratûs arbitrio dependens, sine quo nec in liberos cedi potest: Quamvìs optima consuetudine receptum sit, ut civium filij tam ad opificia, quàm mercaturas præ extraneis admittantur: Illud autem pro abusu habendum, quòd moderno tempore opificibus, & mercatoribus consensus præstetur, opificia sua, & mercaturas venales faciendi, & quasi plus licitantibus vendendi: Ex qua nundinatione nihil aliud oritur, quàm ut civitas, vel oppidum repleatur multis inhabilibus, & inutilibus membris, cùm tamen boni cives Reipublicæ ornamenta sint.

12 Si quæras, licèt jus, opificium vel mercaturam exercendi, nec vendi, nec cedi possit sine magistratûs licentia, & permissu, & proinde cesset retractus, an non saltem tota taberna mercatoria tanquam corpus vendi, vel alteri cedi possit? Et Respondemus, siquidem taberna mercatoria distrahatur per particulares, & singulares merces, utique retractui locum non esse, nam supra jam deduximus, retractum in rebus mobilibus non competere, cùm in illas tanta affectio, qualis in retractu requiritur, non cadat, at si merces in corpore quodam integrali, sive tota taberna mercantilis vendatur, vix dubium esse potest, quin jus retractûs admitti debeat: Exemplum
13 habemus quotidianum in apothecis, in quarum venditione nullibi, quatenus in Patria nostra experti fuimus, consanguineis jus retractûs denegatur, certè tale corpus integrale, maximè, si apotheca benè instructa sit, meretur singularem affectionem, ejus in familia conservandæ, cur non ergò idem de taberna mercatoria rectè dicatur? Et in hoc casu, si talis aliqua taberna mercantilis, vel apotheca non vendatur, sed alicui extraneo cedatur, consanguineo jus retractûs competere non ambigimus, quando cedens plus, quàm dimidiam æstimationem hujusmodi corporis in pecunia recipit, quia tunc potiùs pro venditione, quàm pro cessione, **für ein Ubergab /** existimanda est.

14 Idem dicerem, si venderetur aliqua insignis Bibliotheca integraliter, & indivisim, quòd scilicet juri retractûs deferendum esset; Licèt enim taberna mercatoria, apotheca, & Bibliotheca ex meris singularibus, & particularibus rebus mobilibus constent, tamen, quatenus unumquodque illorum consideratur ut corpus, ex cujus conservatione decus, & familiæ splendor dependet, subintrat quasi in locum rei immobilis, & proinde non erraturum credimus, qui consanguineo ob affectionem, quam erga talem tabernam, apothecam, vel Bibliothecam, in familia tamdiu conservatam gerit, retractum permittit: Si enim classici Auctores rei mobilis pretiosæ in familia diu conservatæ retractum consanguineo permittunt, apud *Tyraquell.* §. *1. gloss. 7. num. 100.* multò minùs denegabunt in ejusmodi corpore vendito, in quod utique major affectio cadit, quàm in aliquam rem particularem quantumvis pretiosam, cùm nihil moderno tempore tam pretiosum, & rarum sit, quod non faciliùs substitui possit, quàm integrum tale corpus.

15 Denique, an non jus retractûs saltem in datione in solutum locum habeat? Apud plures auctores valdè disputabile est, maximè, si supponas, aliquem esse debitorem pecuniarium, nempè mille florenorum, pro quibus creditori suo prædium tantæ æstimationis in solutum assignat; Hanc enim in effectu emptionem, & venditionem esse, vix dubitari potest, cùm adsit res, sive merx, deinde ejus pretium, quod in effectu ille recipit, qui rem in solutum dedit. Et ita tenet *D. Arnold. Rath. in potiss. differ. differt. 89. per totum.* Ubi distinguit, an res in solutum data fuerit pro alia re in specie debita, vel an data fuerit in solutum pro pecunia, quam debet: Et licèt in primo casu non obstante *l. si prædium. 4. Cod. de evict. l. 3. sub fine. & l. sequenti. ff. de public. in rem actione. l. 24. ff. de pignor. act.* UBI DATIO IN SOLUTUM DICITUR VICEM VENDITIONIS OBTINERE, Dñs Rath dationem in solutum magìs permutationi, quàm venditioni assimulet; Tamen in
16 secundo casu animosè resolvit, etiam de jure nostro statutario consanguineo retractum concedendum esse, quod tamen non absque dubio est, cùm articulus noster per particulam taxativam SOLÙM nudæ venditioni hanc prærogativam juris retractûs tribuat, omnibus autem alijs contractibus expressè deroget; Nec quidquam relevat, quòd res pro pecunia debita, in solutum data videatur designare, & æmulari contractum venditionis, tamen

men in effectu venditio non est, imò nullus contractus est, sed potiùs distractus, igitur vicem veræ venditionis admittere non potest. Vid. *Jason. volum. 4. cons. 150. num. 6. Card. Tuscus. tom. 7. pract. conclus. litt. S. conclus. 578. num. 22. & 23.*

Der Neunzehendte Articul.

Wirdet ein Guet auff Anrueffung der Glaubiger / oder sonsten auß nothwendiger Ursachen / durch Gerichts-Hand / oder auß Befelch der Obrigkeit durch verordnete Commissarios offentlich außgefailt vnd verkaufft / in solchem Kauff hat der Einstandt nicht statt / sonder der / welcher also vor Gericht oder Obrigkeit kaufft hat / soll bey seinem erkaufften Guet / ohn allen Eintrag der Freund / gelassen werden.

Wurde aber gleichwohl die Obrigkeit den Schuldneren / dessen Vormunderen / oder Curatorn noth-halben das Guet zuverkauffen befelchen / vnd beschehe doch der Kauff in Nahmen deß Schuldners / seiner Vormunder / oder Curatorn, in solchem Fall hat der Einstandt statt / ob schon das Guet von Noth-wegen verkaufft worden.

SUMMARIA.

1. *Quotuplex sit datio in solutum?*
2. *An in venditione necessaria detur retractus?*
3. *Quid hac in re jus patrium statuat?*
4. *Quid si venditio sub hasta fiat?*
5. *Aut per debitorem quidem sed ad mandatum judicis?*
6. *Quid si res pupilli, vel minorennis immobilis cum decreto judicis vendatur?*
7. *An sit venditio necessaria, quæ facta fuit per judicem præteritis belli temporibus in favorem depauperatorum debitorum?*
8. *Quid si bona nobilium à curatoribus cum consensu creditorum constitutis vendantur?*

SCimus, dationem in solutum duplicem esse, prima est, quæ fit ab ipso 1
debitore voluntariè, & spontaneè, altera est, quæ fit pro exequendo ære alieno à magistratu, & judice; Cùm igitur in fine præcedentis articuli dixerimus, dationem in solutum hunc effectum non habere, ut retractui locus sit, quando ab ipso debitore contingit, multò utique minùs hunc effectum habere poterit, quando contingit judicialiter contra voluntatem debitoris: Et de hoc dubium esse non potest; Transit autem articulus no- 2
ster de datione in solutum ad venditionem, quæ non voluntariè sed necessariè, & judicialiter fit: Circa quam inter doctores differentia est, an non minùs jus retractûs in illa obtineat, quàm in venditionibus spontaneis, & voluntarijs, alijs negativam, alijs affirmativam tenentibus: Sed in hac dif- 3
ferentia articulus noster distinctionem ponit, an bonum aliquod venditum sit ad implorationem creditorũ, vel ex alia causa necessaria fortè pro executione steurarum, aliorúmve publicorum onerum mediante judicis officio, vel alterius ad hunc effectum à legitimo magistratu deputati commissarij, vel an bonum venditum sit ab ipso debitore, vel ejus tutoribus, aut curatoribus cum præscitu, & jussu ordinarij magistratûs proprio debitoris, vel tutorum, aut curatorum nomine: In utroque casu vides quidem benevole Lector, necessitatem alienationis præsupponi, sed primam excludere jura retractûs, secundam verò admittere: Quare regula à doctoribus communiter

niter posita, quòd simpliciter necessariæ alienationes jus retractûs excludant, secundùm jus nostrum statutarium non subsistit.

4 Redeundo igitur ad primum membrum distinctionis, dicimus, quòd retractus locum non habeat, si res quædam per hastam, sive auctionem publicam juxta methodum, & formam in *Artic. 3. & 4.* deß Gandt-Proceß / *Tit. ult.* præscriptam, vel extraneo cuidam fuerit vendita, vel ipsi creditori addicta, juxta verba articuli nostri, offentlich außgefailt/ vnd verkaufft worden / omninò enim convenit, & necessarium est, ut emptio fide publica sub hasta facta perpetuam accipiat firmitatem : *Rath. in contin. different. assert. 23.* Deinde venditio per auctionem, sive hastam facta quemlibet ad licitationem admittit, sibi igitur consanguineus imputet, quòd in termino legali non comparuerit, & ad emptionem se obtulerit : Si enim juxta *Artic. 13. hujus Tit.* jus retractûs amittit, quando venditioni spontaneæ interest, & ad propositionem venditionis sibi factam positivam declarationem intermittit, aut alium actum exercet, ex quo ipsius voluntas, & consensus colligi potest, multò magìs taciturnitas illius judicialis haberi debet pro consensu, & renunciatione juris sui, quidquid igitur doctores circa aliorum locorum consuetudines afferant, & jus retractûs admittant, sive tempore addictionis præsens fuerit, sive non : Sive licitatus fuerit, sive licitationem omiserit, tamen hoc prorsùs à jure nostro Statutario alienum est.

5 Aliud dicendum est, quando venditio non fit immediatè ab ipso magistratu, vel judice, aut ejus nomine per commissarios per auctionem, aut fidem hastalem, sed ad judicis, aut magistratûs solum mandatum, vel per ipsum debitorem, vel per alium, debitoris aut curatoris proprio nomine : Tunc enimverò juri retractûs nihil præjudicatur, cùm talis alienatio magìs sit voluntaria, quàm necessaria : Ex quo sequitur, quòd, si utilitate,

6 vel necessitate urgente res immobilis pupilli, vel minorennis cum decreto judicis alienatur, retractus non excludatur, quia hæc necessitas, sive utilitas tam præcisa non est, ut operetur effectum tam insolitum, cùm judicialis auctoritas magìs solennitatis causâ interveniat ad vitandam nullitatem actûs, quàm ad corroborandum contractum emptionis, & venditionis. *D. Rath. loc. cit. in contin. differ. assert. 23.* Et hinc, cùm in pluribus locis moris sit, imò etiam juris communis, ut bona pupillorum, minorennium, Ecclesiarum, & aliorum locorum piorum, utilitatis, vel necessitatis causâ aliter vendi non possint, nisi sub horrida voce præconis, aut sono campanæ, ut diximus ad *Tit. 1.* deß Gandt-Proceß. Nihilominùs in tali venditione jus retractûs locum habet, tametsi articulus noster in verbis, offentlich außgefailt / vnnd verkaufft wird / videatur contrarium disponere, cùm talis publica venalis proclamatio, & venditio tantùm solennitatis causâ pro securitate pupillorum, minorennium, Ecclesiarum, & aliorum piorum locorum ab ipsis tutoribus, curatoribus, & Ecclesiarum vitricis potiùs fiat, quàm executionis causâ ab ipso judice, vel magistratu.

7 Præteritis belli temporibus contra depauperatos debitores juxta Electoralia mandata non statim processum fuit ad flebile, & miserabile beneficium cessionis, & subhastationis, sed subinde pluribus vicibus commissiones sunt institutæ, ut post remissionem magnæ partis, si non ex ipsis capitalibus, saltem ex decursis annuis censibus, & usuris per venditionem ita consuleretur depauperato debitori, ne prorsùs ad incitas, an den Bettel-Stab / redigeretur. In tali sanè casu venditione mediante officio judicis facta, quamvìs utique necessaria dici possit, retractus consanguineorum non excluditur, quia venditio potiùs fit ex voluntate debitoris ad evitandum inhonorabile subhastationis remedium, quàm ex judicis præcisa coactione. Quæ notabilis articuli nostri dispositio in multis ejusmodi casibus, & contingentijs usui esse potest.

Quæ-

Quæres; quid dicendum sit de *Artis. 3. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß. 8
Ubi secundùm exsplicationem illius alibi uberiùs factam, ad parcendum honori debitorum, in subhastationem nobilium, & pretiosorum bonorum jubentur cum consensu creditorum, ex illorum gremio curatores bonorum constitui, qui obærata bona in certum æstimum, in einen gewisen Anschlag / reducant, & postmodùm cum consensu majoris partis creditorum vendant; Anné in tali venditione consanguineis jus retractûs competat? Videtur affirmativè Respondendum ad similitudinem illius, quod paulò antè de commissione, & venditione bonorum pupillarium, & similium diximus, cùm res non distrahatur per judicem, sed per curatores extra horridam vocem præconis, & sonum campanæ. Sed contrarium nobis videtur verius, quòd in tali casu consanguinei à retractu excludantur: Ratio prima est, quia ejusmodi curatores cum consensu creditorum constituti, sunt loco comissariorum, & funguntur officio judicis, comissarij autem juxta *1. Vers. hujus Articuli*, judicis auctoritatem repræsentantes jus retractûs penitùs expungunt. Secunda ratio est, quòd dict: *Art. 3.* expresè disponat, si à die contractûs per curatores initi major licitatio non fiat, venditio debeat esse irrevocabilis: Revocabilis autem foret, si consanguineo per integrum anni spatium jus retractûs indulgeretur. Tertia ratio est, quia in tali casu potior est conditio creditorum, cùm igitur creditores de damno vitando certantes non nisi terminum quatuor septimanarum habeant ad se declarandum, quòd rem extraneo venditam pro pretio convento habere velint, cur consanguineis de lucro captando sollicitis longius tempus concedatur? Certissimum igitur esse judicamus, consanguineis in rei sub hasta constitutæ amicabili venditione per curatores tam parùm retractum competere, quàm parùm competit, si venditio facta fuit sub sono campanæ: Utraque enim venditio eandem judicialem firmitatem habet, ut ad illum titulum fusiùs exsplicavimus.

Deß XI. Tituls

Umb Ansprach vnd Ubergab Aygens vnd Lehens.

Erster Articul.

ES soll niemand sein Aygen noch Lehen schuldig seyn zu verantworten / dann in dem Gericht / darinn es gelegen ist / vnnd wo die Ansprach wäre zu einem Guet / darauff der Innhaber desselben die Gerichtbarkeit hätt / soll es verantwort werden / vor der Regierung / in deren Reutambt / dann ein jedes Guet gelegen ist.

SUMMARIA.

1. *Cum quibus titulis juris communis iste titulus conveniat?*
2. *Quomodo jurisdictionalia in Patria nostra sint subordinata?*
3. *Quæ jurisdictio vocetur maxima, medioxima, & minima?*
4. *Jurisdictio bassa etiam civitatibus, & oppidis concessa est, sed non ita plenariè, uti nobilibus.*
5. *Quando plenaria bassa jurisdictio nobilibus fuit impertita?*
6. *Quibus competat jurisdictio bassa?*
7. *Quæ differentia jurisdictionis inter bona hoffmarchialia, & separata?*
8. *Quæ sit jurisdictio minima, & an in usu?*
9. *An actio realis institui debeat in loco rei sitæ?*

10. Quid si actio realis instituitur super re mobili?

11. An, quod statuitur de rei vindicatione, etiam de alijs actionibus realibus sit intelligendum?

12. An verbum, Gericht/ sumatur materialiter pro loco, vel formaliter pro jurisdictione?

13. An etiam in causa feudali ibi actio realis intentari debeat, ubi res sita?

14. Quid si vasalli sint clerici?

15. Inter duos convasallos litigantes jurisdictio ad curiam feudalem pertinet.

16. Quid si is, qui convenitur, ipsemet in loco rei sitæ jurisdictionem habeat?

17. An clerici in realibus, & ratione bonorum suorũ coram judice laico conveniri possint?

18. Quid si consuetudo sit, clericos coram judice sæculari conveniendi in realibus?

19. An non in arbitrio actoris consistat, clericum etiam in realibus coram judice Ecclesiastico convenire?

1 GEneralis hujus Tituli inscriptio videtur nobis convenire cum *Tit. 13. lib. 3. Cod. de Jurisdict. omn. Jud.* cui postmodùm plures alij tituli subsequuntur, scilicet *Tit. 15.* Ubi de criminibus agi oporteat. *Tit. 16.* Ubi de possessione agi oporteat. *Tit. 17.* Ubi fideicomm. peti oport. *Tit. 18.* Ubi conven. qui certo loco dare promisit. *Tit. 19.* Ubi in rem actio exercer. deb. *Tit. 20.* Ubi de hæred. agatur, &c. *Tit. 21.* Ubi de ratiocinijs agi oporteat. *Tit. 22.* Ubi causa status agi debeat. *Tit. 23.* Ubi quis de curiali, &c. conveniatur *Tit. 24.* Ubi Senatores, vel Clariss. conven. *Tit. 25.* In quib. caus. militantes fori præscript. uti possint. *Tit. 26.* Ubi causæ fiscales, &c. agantur? Quos omnes, & totam materiam jurisdictio-
2 nis si examinare vellemus, opus nostrum in immensum excresceret: Antequàm autem ad exsplicationem hujus articuli accedimus, breviter in compendio præmittemus, quomodò jurisdictionalia in Patria nostra sibi invicem subordinata sint, cùm nullibi ad exsplicationem hujus materiæ tam necessariæ, & potissimùm forensibus, & extraneis scitu dignæ aptior locus sit, quàm in hoc titulo.

3 Præsupponendum est igitur, Principes nostros suprematum, sive jus superioritatis habentes fontem, & originem esse omnis jurisdictionis in Patria nostra, ita ut maxima, Medioxima, & minima (ut Aventinus loquitur, & nos alibi diximus) & jurisdictio omnis olim ad Principem terræ pertinuerit solum, sub jurisdictione maxima non tantùm intelligenda est jurisdictio territorialis, jus suprematûs, sive superioritatis, sed etiam merum imperiũ, sive jurisdictio criminalis, quæ tamen successu temporis non tantùm benemeritis vasallis, Landsassijs, & præcipuis nobilibus, & illustribus familijs, sed etiam Metropoliticis civitatibus cõmunicata est, sed ita, ut gratia delinquentibus facienda semper Principi reservata sit. Medioxima jurisdictio sic in antiquis scripturis denominata est jurisdictio bassa, quæ competit in omnibus causis civilibus, & hodierno tempore vocatur, die Hof-Märckliche Jurisdiction, quæ ab Ottone Duce Bavariæ, & Rege Hungariæ in Anno 1311. Nobilitati, sive ordini equestri pro præstitis meritis suis propter Regni Ungarici feliciter occupati incrementum, sed posteà iterum deperditi in præmium concessa est: Et hæc concessio vocatur in hodiernum diem, die grosse Handfest Ottonis, oder der grosse Gerichts-Kauff.

4 Et hæc jurisdictio bassa est potestas judicandi in causis civilibus, quæ successu temporis per privilegia Principum dimanavit etiam ad civitates, & oppida, auff Stätt/ vnnd Märckt / sed non ita plenariè, ut in ipsos nobiles, & familias illustres, quibus nihil prorsùs exceptum fuit nisi casus, qui ad mortem ducunt, scilicet, ut antiquum documentum Germanicum sonat, Teüff / Todtschläg / Nothnünfft / vnd Straß-Raub / id est furtum, homicidium,

cidium, violentia, roboria. Et hinc civitatibus, & oppidis, eorúmque magistratibus quotidianæ lites sunt cum præfectis Provincialibus, mit den Land-Richtern / vnd Land-Pflegern / qui illis de jurisdictione bassa jus non concedunt, quàm quatenus, & in quantum se illorum privilegia extendunt.

Cùm autem magna stipulatio Ottonis, die grosse Handfest Königs Otto, oder der grosse Gerichts-Kauff / juxta tenorem privilegij se tantùm extenderet ad bona Hoffmarchialia, sive integra corpora, juxta verba, So Grafen / Freyen / Ritter / vnd Knecht mit Thür / vnnd mit Thor beschlossen han / ipsi autem circumcirca in Provincialibus præfecturis multa singularia, & particularia bona sparsim possiderent, in Anno 1557. ab Alberto Duce Bavariæ pro præstitis ulterioribus meritis insignem extensionem impetrârunt, ut ipsis Hoffmarchialis, sive plenaria bassa jurisdictio, de qua hactenus diximus, etiam in istis bonis singularibus, & circumforaneis concederetur. 5

Et quia etiam in civitatibus, & oppidis multæ rixæ, & controversiæ oriebantur, cùm civico magistratui jurisdictio bassa, sive plenariè, sive restrictè concessa non nisi in subditos suos, id est cives competeret, remanente jurisdictione in famulitia domestica, peregrinos, & advenas apud præfectos Provinciales, vel apud proprios à Principe terræ constitutos officiales, ex postfacto potioribus civitatibus, & oppidis etiam bassa jurisdictio pro certa quantitate pecuniæ in hos homines aliàs à jure civitatis exclusos concessa fuit, ut ita in effectu potissimùm triplex ordo sit, apud quem in Patria nostra bassa jurisdictio residet: Scilicet Præfecti Provinciales, sive officiales Principis, Nobilitas, & Magistratus Civicus, à quibus appellatio, vel ad Regimina Electoralia, vel ad Aulicum Consilium datur. Sunt quidem adhuc officia Aulica, ut est officium Supremi Præfecti, officium Supremi Mareschali, officium Supremi Præfecti Stabularij, &c. Quibus conceditur jurisdictio bassa: Quænam autem personæ singulis subsint, jam à longo tempore disceptatur, & adhuc sub judice lis est, quam Serenissimus Pijssimè defunctus dirimere noluit, ne inter supremos officiales aulæ seminarentur discordiæ. Frequenter etiam certis quibusdam causis constituuntur speciales judices, prout Juris-Consultus dicit, antiquitùs tantum favorem fideicommissorum fuisse, ut ipsis proprij judices constituerentur, ita vel maximè hic favor nostro tempore causis venatorijs, pro quibus decernendis integrum consilium ordinatum fuit, fuit exhibitus, ut etiam pro alendis canibus, excoriatoribus morticiniorum proprius judex crearetur. 6

De differentia inter jurisdictionē nobilibus competentem in bona Hoffmarchialia, & bona extravagantia, sive separata, auff den einschichtigen Gütern / videbimus suo loco in declaratione privilegiorum Provincialium, in der erklärten Lands-Freyheit / sicut & alia quædam de jurisdictionalibus, von dem Gerichts-Zwang / nobis hinc inde sparsim obviabunt; Sufficit hîc, materiam jurisdictionalem supremis digitis delibâsse, ut exteri brevem aliquam informationem habeant, ubi actiones suas instituere debeant. 7

De jurisdictione minima, quæ antiquitùs dicta fuit, die Dorffs-Gerechtigkeit / propterea nihil dicimus, quia ferè ex integro in desuetudinem abijt, ita ut aliquis rerum Provincialium peritissimus, qui à curia feudali jurisdictione minima, mit der Dorffs-Gerechtigkeit / investitus fuit, in faciem dixerit, se imposterum ejusmodi investituras non accepturum, cùm per Privilegium Ottonis jurisdictio illa minima, die Dorffs-Gerechtigkeit / penitùs fuerit extincta, de quo nos in exegesi nostra feudali pleniorem examinationem habebimus. 8

Præsens articulus de actionibus realibus generalem Regulam ponit, quòd ratione rerum allodialium, sive feudalium ibi actio institui debeat, ubi res sita est: Licèt enim de jure comuni probabilius sit, actionem realem non tantùm in loco, ubi res sita est, intentari posse, sed etiam in lo- 9

co domicilij rei conventi, *tot. tit. C. ubi in rem actio exer. deb.* Maximè autem in *l. fin. eod. l. si res mob. 10. cum seqq. de rei vindicat. & l. cùm in longi. 12. Cod. de præscript. longi temp.* Quidquid in contrarium dicat *D. Bassus. in decis. Justin. decis. 4. num. 9. cum seqq.* Tamen hæc sententia D. Bassi in statutis nostris Provincialibus recepta est, ut exsplicavimus ad *Artic. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / *& ad Art. 1. §. quid si autem. Tit. 9.* der Land-Recht. Vid. *Donell. in Comment. jur. lib. 17. cap. 7.* nam,quia actio realis præcipuè rem ipsam respicit, videtur convenientius esse, ut ibi proponatur, ubi res sita est, quàm in loco domicilij, nam, ubi res sita est, ibi faciliùs exhiberi, & copia probationum haberi potest, quarum inopiâ fortè alibi
10 causa difficiliùs instrueretur. Nec refert hac in parte, an actio realis instituatur super re mobili, vel immobili, quia utriusque par est ratio, & conditio. *l. 38. §. si autem de judicijs. & l. ult. Cod. ubi in rem actio.* Modò res mobilis eo loci, ubi sita est, permansura sit, nam, si locum stabilem non habeat, censetur cohærere personæ: Et hinc est, quòd articulus dicat, darinn es gelegen ist / ut designet, rem ibi sedem stabilem fixisse; Maximè quando in loco, ubi res deprehenditur, ut plerumque fieri consuevit, processus ab arresto incipitur, *Rumelinus ad Auream Bullam. part. 2. diss. 1. conclus. 13. in addit. Peckius de Arrestis. cap. 7. n. 9.* Per arrestum enim res talis transitoria firmatur, & stabilitur, ut rectè dici possit permansura. Et
11 hoc, quod de actione reali in loco rei sitæ instituenda diximus, non solùm locum habet in actione rei vindicatoria, sed in qualibet alia actione reali, utpotè Publiciana, Hypothecaria, Rescissoria, Serviana, vel quasi, & similibus, cùm omnes istæ potiùs in rem tendant, quàm in personam, & proindè in loco rei sitæ rectè intendantur, *Zanger. de Except. part. 2. cap. 1. num. 94.* Sive agatur de proprietate rei, sive de illius possessione, vel quasi. Idem *Zanger. loc. cit. num. 108. & Rumelinus. part. 2. conclus. 1. num. 13. D. Rath. in contin. differ. assert. 24.*

12 Sub verbis autem, in dem Gericht / darinn es gelegen / non tantùm intelligendæ sunt præfecturæ Provinciales, quæ propriè vocantur, die Gerichter / sed quilibet districtus jurisdictionalis, E. C. si res sita sit in districtu Hoffmarchiali, vel districtu jurisdictionali civico, in dem Burgfrid; Ut idem sit, si articulus dixisset, actiones reales ibi exercendas esse, in welchem Gerichts-Zwang die Sach / darumb der Stritt / gelegen ist / intelligendo vocabulum, Gericht / non materialiter pro loco, sed formaliter pro jure jurisdictionem exercendi.

13 Et quidem, quæ hactenus diximus, in allodialibus bonis plana, & clara sunt, sed in feudalibus res distinctione indiget, an scilicet actio realis versetur inter dominum, & vasallum, vel inter duos vasallos pro dominio feudi, vel jure reali ipsi feudo inhærente: Si prius, articulus noster procedit, ut in rebus allodialibus: Nam sublato in Patria nostra judicio parium, in quorum locum successit jurisdictio ordinaria, rectè dicitur, quòd in causa reali etiam feudali judex alius non sit, quam is, in cujus districtu jurisdictionali res litigiosa sita est: At quando controversia vertitur inter convasallos, sive, ut feudistæ loquuntur, inter pares curiæ, qui scilicet ex utraque parte se vasallos agnoscunt, & super eodem feudo, sive actione reali, sive personali litigant, cognitio, & judicium, sicuti semper de jure communi, ita etiamnum hodie ex antiquissima consuetudine curiæ feudalis, & an Anno 1671. in universalibus Comitijs Provincialibus facta Electorali declaratione ad curiam feudalem pertinet, juxta *cap. 1. §. penult. de prohib. alien. feud.* Per *Frider. cap. 1. apud quem, vel per quos feud. controv. &c. in usibus feud. cap. 1. an apud Jud. vel curiam, &c. Vulteus de feudis. lib. 2. cap. 2. num. 2. Duaren. de feudis. cap. 20. num. 2. Borcholt. cap. 10. num. 17.* Sive partes litigantes laici sint, sive clerici. *cap. cæterum. x.*

de

de judicijs. cap. ex transmissa. x. de foro compet. Adeò, ut in curia nostra feudali præjudicia habeamus, clericos vasallos ad judicium feudale sine omni contradictione remissos esse, modò hoc in confesso sit, rem, super qua litigatur, feudalem esse, nam una parte illud negante res ad ordinarium judicem devolvitur, id est, si pars rea persona sit Ecclesiastica, quæ jus vasallagij diffitetur, judicium pertineat ad judicem ordinarium Ecclesiasticum: Si autem sit persona sæcularis, redeat ad judicem ordinarium laicum, juxta communem regulam, quòd actor sequatur forum rei: Interim tamen curiæ feudali integrum manet, ut vasallo suo actori, vel reo juxta *Tit. 6.* deß Summarischen Proceß / jure directi dominij assistere possit. 14

Scimus equidem, multos fuisse tam insulsos, ut secundùm dispositionem hujus articuli Electorali curiæ feudali omnem jurisdictionem in causis feudalibus quibuscunque abrogare voluerint, quasi verò supremus legislator sibi id, quod de jure communi omnibus curijs feudalibus competit, & notoriè in toto Imperio Germanico Principum minorum tam sæcularium, quàm Ecclesiasticorum, imò & Comitum ac Baronum, civitatúmque curijs feudalibus remittitur, per hanc legem subditis scriptam sibi jus suum nulla necessitate cogente propria sponte ademerit. Sed ad remonstrationem contrariam factam, & usum curiæ exemplis comprobatũ, inclyti Status Provinciales agnita veritate acquieverunt. Manet igitur firma conclusio, in feudalibus controversijs tunc tantùm judicium ad locum rei sitæ pertinere, quando differentia est, vel inter ipsum dominum, & vasallum, vel inter duos litigantes, quorum unus feudum diffitetur. Inter duos verò convasallos notorios relinquenda est curiæ feudali sua de jure competens, & nullibi abrogata jurisdictio, quam etiam inter subvasallos juxta decretum speciale exercet. Cùm eadem ratio in subvasallis subsit, quæ est in ipsis vasallis litigantibus, prout hæc omnia suo tempore in compendiosa enarratione jurium in curia nostra feudali à multis sæculis observatorum enarrabimus. 15

Circa regulam superiùs propositam, quòd in actionibus realibus ratione allodialium, & feudalium judicium pertineat ad judicem rei sitæ, articulus noster unicam, & notabilem exceptionem facit: Nisi scilicet is, qui convenitur in loco, ubi res litigiosa sita est, jurisdictionem habeat, V. G. si quis conveniat nobilem possessorem Hoffmarchialem, vel Magistratum aliquem civicum, in cujus districtu jurisdictionali res controversa sita est, tunc enimverò, sicut nec ipse dominus feudalis in re propria judex esse potest, ita nec quilibet alius Hoffmarchialis possessor, vel quicunque alius, qui jurisdictionem bassam, vel inferiorem habet, sibi jus dicere poterit, sed judicium redibit ad ordinarium ipsius rei superiorem, id est ad Regimen Electorale, vel Consilium Aulicum, de quo suo loco in declaratione, der erklärten Lands-Freyheit / plura sequentur: Cœterùm qui de jurisdictionalibus plura videre cupit, consulat D. Balthasar ad hunc articulum fusè excurrentem, imò, si placet, integros tractatus Tobiæ Baumaisters, Henrici Bozeri, Thomæ Michaëlis, Andreæ Thenneri, & alios passim scribentes. 16

Occasione hujus articuli pro coronide quæri potest, an etiam clerici, sive personæ Ecclesiasticæ ratione bonorum suorum in illis districtibus jurisdictionalibus coram judice sæculari conveniri possint? Et licèt magis Catholica opinio sit, clericum, vel personam Ecclesiasticam etiam in realibus coram judice laico conveniri non posse, propter generalitatem, *cap. 12. x. de foro compet. Perez. ad tit. Cod. ubi in rem actio, &c. n. 6.* Attamen *Andreas Gail. lib. 1. observ. 37. n. 4.* & *Joach. Mynsing. cent. 1. observ. 22. n. 2.* contrarium tenent, & ita in Camera Spirensi judicatum esse attestantur, per rationem jam supra allatam, quòd non tam persona, quàm res in judicium tra- 17

trahi censeatur: Nos in Patria nostra plures processus contra personas Ecclesiasticas in causis realibus decretas esse vidimus, non tantùm contra eas, quæ sunt Status Provinciales, ut sunt Abbates, Abbatissæ, & Præpositi collegiatarum Ecclesiarum, sed etiam contra alios clericos sæculares simpliciter tales, ut proinde dubitari non possit, usum, & stylum Cameræ Spirensis etiam in Patria nostra receptum esse; Ubi autem consuetudine obti-
18 nuit, ut in causis realibus clerici conveniantur coram judicibus sæcularibus, illam servandam esse, ex Covarruvia, & Menochio probat *Prosper. Farin. quæst. crim. 8. sub finem. n. 21.* Et ita dissentientes opiniones reconciliat, ut negativa verior sit de jure, altera autem tolerari possit de consuetudine, ita tamen, ut negativa intentionem fundatam habeat, donec de consuetudine legitimè constet: Certè scimus, aliquem Principem Imperij Ecclesiasticum, qui plurima frumenta cuidam ex incolis nostris specificè hypothecata in fortalitium Ingolstadiense convexerat, fuisse coram Aulico Consilio actione hypothecaria conventum, & processum solenniter decretum, quo adactus est, ut creditori hypothecario integram satisfactionem præstiterit, quamvìs non sine magna oppositione, & allegatione privilegiorum sibi tanquam Statui Imperij, & Principi Ecclesiastico competentium.

19 Difficilior quæstio est, an is, qui contra clericum actione reali experiri vult, simpliciter teneatur illum convenire coram judice sæculari, vel an etiam contra eum agere possit coram judice illius Ecclesiastico? Ratio dubitandi est, quia articulus noster simpliciter statuit, de necessitate esse, ut in realibus actionibus ille judex adeatur, sub quo res sita est, adeò ut actori electio denegetur: Sed nos arbitramur, tametsi id verum sit in actore, qui contra reum laicum experitur, ut paulò antè, & alijs quoque allegatis locis comprobavimus, in actore verò clericum conveniente hanc necessitatem fundatam esse non invenimus; Nam, vel actor talem actionem realem habet, cum qua conjuncta est actio personalis, V. G. cum actione hypothecaria conjuncta est actio ex mutuo, empti, locati, vel similis? Et tunc certum est, quòd in ipsius arbitrio sit, contra clericum neglecta actione hypothecaria agere condictione mutui, vel ex empto, locato, &c. & hæc actio, cùm personalis sit, utique pertinet ad judicem Ecclesiasticū: Si autem experiatur contra clericum actione merè reali, V. G. rei vindicatoria, aut Publiciana; Nostra statuta Provincialia tanquam laicalia clericum obligare non possunt, rectè igitur in actoris arbitrio, & electione remanet, an illum coram judice ordinario, tanquam judice domicilij, vel coram judice rei sitæ convenire velit, statuto enim laico hac in parte contra clericum nullas vires habente res manet in dispositione juris communis, de jure autem communi ex veriori sententia actori competit electio reum conveniendi, vel in loco rei sitæ, vel in loco domicilij coram ordinario magistratu.

Der Andere Articul.

WEr den anderen anspricht umb Aygen / oder Lehen / unnd wurde dem Beklagten solches Guet im Rechten aberkennt / hat er das Guet mit Schein eines gueten Glaubens inngehabt / so soll er nicht mehr dann das Guet / daß jhme angesprochen worden / verlieren / Aber die vor Befestigung deß Kriegs auffgehobene unnd verzehrte Nutzungen / wie die Nahmen haben mögen / zuerstatten nit schuldig seyn.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Re evicta reus tenetur actori, si non sit bonæ fidei possessor, fructus restituere.*
2. *Quis dicatur bonæ fidei possessor?*
3. *Bonæ fidei possessor nō tenetur restituere fructus ante litis contestationē perceptos, intelligendo hoc de judicijs particularibus, non universalibus.*
4. *Item de fructibus ante litem contestatam consumptis.*
5. *Sed an etiam industriales debeat restituere?*
6. *Quid de fructibus pendentibus?*
7. *Quid de extantibus?*
8. *Si autem bonæ fidei possessor fructus extantes triennio jam præscripserit?*
9. *An idem jus etiam sit in fructibus rerum feudalium, quod allodialium?*

EXſplicatio hujus articuli eò brevior erit, quò jam fuſiùs ad *Artic. 17. Tit. 10. & Art. 10. Tit. 9.* exſplicavimus, quotuplicia genera fructuum ſint, & qui tam in evictione à domino, quàm in retractu à conſanguineis refundendi ſint. Ad quos articulos benevolus Lector recurſum habere poterit, cùm hæc materia tam difficilis non ſit, ut eam D. Balthaſar ad hunc articulum facit; Tam clarè enim à *D. Caſparo Manzio. ad tit. 1. §. 35. Inſt. de acquir. rer. domin.* traditur, ut ſoli lucem afferre conetur, qui dilucidationis causâ aliquid ſuperaddere velit: Paucis igitur dicimus, quòd re allodiali, vel feudali juxta *Art. 1.* in loco, ubi ſita eſt, per actionem realem legitimè evicta, actori etiam debeantur fructus, niſi reus conventus fuerit bonæ fidei poſſeſſor, Wann er das Guet / ut inquit articulus, mit Schein eines gueten Glaubens inngehabt. Malæ fidei autem poſſeſſor eſt ille, qui fundum alienum ſciens poſſedit, hic enim cum fundo etiam omnes fructus cogitur reſtituere. *l. certum. 22. Cod. de rei vindic. cap. gravis. 11. x. de reſtit. ſpoliat.* & quidem indiſtinctè tam naturales, quàm induſtriales, tam extantes, quàm conſumptos, quamvìs non ſit locupletior factus, imò & percipiendos, hoc eſt, quos bonus paterfamiliâs percipere potuiſſet, malæ fidei poſſeſſor autem neglexit, ſive ab initio in mala fide fuerit, ſive poſteà ſcientiam rei alienæ motâ controverſiâ, vel per denunciationem domini, vel quacunque alia ratione acquiſiverit: Ratio eſt, quia iniquum eſt, malæ fidei poſſeſſorem cum jactura, & injuria alterius lucrum facere, & locupletiorem fieri. 1

Poſſeſſor bonæ fidei dicitur, qui juſtam ignorantiam habet rei alienæ, 2 & hic juxta articulum noſtrum non debet plus perdere, quàm bonum alienum, quod ignoranter poſſedit. So ſoll er nit mehr verliehren / inquit articulus, dann das Guet / ſo jhme angeſprochen worden. Sed fructus ante litis conteſtationem perceptos, & conſumptos reſtituere non tenetur. Aber / verba ſunt articuli, die vor Befeſtigung deß Kriegs anffgehobene/ vnd (quod ex erratis ſupplendum eſt) verzehrte Nutzungen / zuerſtatten nit ſchuldig ſeyn. Ex quibus verbis ſequentia deducuntur: Primò, quòd hoc tantùm intelligendum ſit de judicijs particularibus, de rei vindicatione, Publiciana, &c. 3 Nam de his propriè loquitur titulus noſter, & in univerſalibus judicijs palàm eſt, quòd poſſeſſor bonæ fidei etiam fructus conſumptos, quatenus exindè locupletior factus eſt, reſtituere cogatur. *l. ſed etſi. 25. §. conſuluit. l. illud. 40. §. 1. ff. de petit. hæred. l. 1. §. 1. Cod. eod.* ut ſunt actio familiæ herciſcundæ, & petitio hæreditatis, cui etiam adnumeratur condictio indebiti juxta *Weſenb. ad tit. de acquir. rerum domin. num. 11. & 14.* Secundò, de fructibus tantùm antè litem conteſtatam conſumptis ſecundùm *l. 22. Cod. de rei vindic.* 4 Ratio eſt, quia per litis conteſtationem conſtituitur quis in mala fide *l. ſed etſi. 25. §. ſi ante. 7. ff. de petit. hæred.* cùm poſſeſſor ſcire, vel ſaltem poſt litem motam dubitare debeat, rem ad ſe non pertinere.

Si ta-

Si tamen, ut *Wesenb. loc. cit. n. 14. & in paratitlis de usucap. & usurpat.* supplet, desuper condemnatio fuerit subsecuta, nam post absolutionem possessor manet in eodem statu, in quo fuit ante litem motam, & contestatam.
5 Et quamvis tertiò, doctores de jure comuni aliàs distinguant inter fructus naturales, id est, qui sua sponte crescunt, ut supra exsplicavimus, & industriales, qui curâ & operâ hominis indigent, ita ut multi putent, bonæ fidei possessorem ad fructus industriales perceptos, & consumptos non teneri, tametsi exinde locupletior factus sit, teneri verò ad fructuum naturalium consumptorum restitutionem, quatenus ex illis se locupletiorem reddidit. *Menoch. remed. recup. poss. 15. n. 599. Wesenb. loc. cit. n. 14. & alij ad dict. §. 35. Inst. de acquir. rer. domin.* Aliud tamen ex dispositione articuli nostri dicendum esse clarè apparet, utpotè qui expressis verbis exprimit, de fructibus perceptis, & consumptis, Von den auffgehobenen vnd verzehrten Nutzungen / nihil prorsùs deberi, wie sie jmmer Nahmen haben mögen / scilicet, sive dicantur naturales, sive industriales: Clariùs hoc confirmat *Artic. 10. Tit. 9.* der Land-Recht. Ubi expresè dicitur, quòd bonæ fidei possessor fructus naturales, aut industriales perceptos, & consumptos, die auffgehobene Nutzungen / sie seyen durch jhne erziglet/ oder selbst gewachsen / oder wie sie Nahmen haben mögen / restituere obligatus non sit, wann sie allberait verzehrt seynd.
6 Interim quartò certum est, quòd omnes fructus pendentes tanquam pars fundi, sive rei evictæ transeant ad evincentem, de quo ad *Art. 17. præced. Tit.* plura diximus. Sed quid quintò dicendum est
7 de fructibus naturalibus, vel industrialibus adhuc extantibus? Videtur articulus noster illos bonæ fidei possessori, & non evincenti adjudicare ex duabus rationibus. 1. Quia specialiter dicit, quòd tantùm fructus post litis contestationem percepti veniant restituendi: Ergo præsupponit, perceptos ante litis contestationem in restitutionem non venire, sive adhuc extent, sive consumpti sint. 2. Dicit articulus, quòd bonæ fidei possessor plus non debeat perdere, quàm ipsum bonum, super quo conventus fuit, so soll er nit mehr verliehren / dann das Guet / daß jhme angesprochen worden: Si autem præsupponas, etiam fructus extantes venire in executionem, so verliehrt er schon mehr / als das Guet / daß jhme angesprochen worden. Sed his non obstantibus putamus, fructus extantes cum ipso bono in executionem trahendos esse, per sequentes rationes. 1. Quia, licèt articulus primitùs tantùm loqueretur de fructibus perceptis, von den auffgehobenen Nutzungen / tamen in mendis, sive correcturis additum est, vnnd verzehrten / si igitur articulus tantùm excipit illos fructus perceptos, qui consumpti sunt, tacitè innuit, quòd fructus, qui adhuc extant, restituendi sint. 2. Unus articulus, sive textus per alium articulum, sive textum exsplicandus est, ne sine necessitate antinomias admittamus, textus autem in *Artic. 10. Tit. 9.* expresè statuit, quòd fructus adhuc extantes evincenti debeantur cum ipso bono, was aber noch verhanden / id est de fructibus, die sollen dem Kläger sambt dem Guet folgen. Denique hoc est juris comunis, ut ad dict: *Art. 10.* exsplicavimus, non est proinde credendum, quòd præsens articulus correctionem juris communis introducere voluerit, quamvis reverà articulus aliter intelligi non potuisset, si verbum, vnnd verzehrte / ex correcturis non fuisset additum.

8 Declaratur tamen hoc sextò, nisi possessor bonæ fidei fructus extantes jam ante litis contestationem per integrum triennium possedisset, quoniam illos tanti temporis præscriptione suos fecisset, ut probavimus ad dict: *Artic. 10. Tit. 9.* & latiùs deducit *Tyraquell. de retractu. §. 15. gloss. 2. num. 17.* Ubi etiam casum habet, quo post litis contestationem triennalis præscriptio in fructibus locum habere possit, nempè quando actor post litis contestationem triennio cessavit à persecutione litis, & propterea instantiam peri-

mi

mi passus est, posteà autem per gratiam Principis contra peremptam instantiam restituitur in integrum, quod ibidem, benevole Lector, latiùs deductum invenies. Et quod hactenus dictum est de fructibus rerum allodialium, etiam locum habet in fructibus feudalibus, si feudum alteri, vel per dominum, vel per extraneum evincatur, juxta rubrum & nigrum hujus articuli, qui loquitur, von Ansprach vmb Aygen / vnnd Lehen: Quatenus autem fructus feudo aperto, vel ad hæredes defuncti vasalli, vel ad dominum feudi pertineant, alibi dicemus. 9

Der Dritte Articul.

WEr einem sein Guet ausser eines letzten Willens übergeben will / daß soll derselb mit Brieff vnnd Sigel thun / oder ihne solches Guets bey lebendigem Leib in Nutz vnd Gewehr setzen/ wie recht ist. Wäre es aber ein Lehen-Guet / so soll die Ubergab mit deß Lehen-Herrns Bewilligung beschehen / vnd mit seiner Hand / doch jhme dem Lehen-Herrn / an seinem Lehen vnschädlich / vnd ohne Aenderung desselben / gefertiget werden. Wolte aber der Lehen-Herr / nachdem er in die Ubergab bewilligt / dem jenigen / welchem jemand das Lehen solcher massen vermachen / oder übergeben wolt / nit leyhen / so mag er es an Lands-Fürsten bringen / vnd die Verleyhung deß Lehen begehren/ so lang/ biß der Lehen-Herr gern leicht / alsdañ soll deß Lands-Fürsten Verleyhung abseyn. Wäre aber das Lehen / welches der Lehen-Mann verändern wolte ein Alt-Mann vnnd Stammen-Lehen / vnd kein Erb oder Weiber-Lehen / so mag der Lehen-Mann solch Lehen / ohne der Lehens-Erben oder Agnaten sammentlichen Consens vnd Einwilligung nit veränderen / vnd da es beschehe / so hat doch solche Veränderung kein Krafft.

SUMMARIA.

1. *Olim feudalium æquè, quàm allodialium bonorum alienatio permissa fuit.*
2. & 13. *Quid si dominus, feudo legitimè alienato, illi, in quem alienatio facta est, investituram deneget?*
3. *Ad alienationem feudi olim instrumentatio domini requirebatur, & ut sic consensus domini, nihil ergò hodiè speciale habet.*
4. *Utrùm & instrumenti erectio, & consensus domini hodiè requiratur?*
5. 6. 7. 8. *Consensus est necessarius, de necessitate pura, & absoluta, item & erectio instrumenti, dominus tamē consensum præstare non tenetur.*
9. *An domino feudali erectio instrumentii in omni casu competat?*
10. *In emphyteuticis dominus emphyteuticus non habet jus sigillandi, sed ordinarius judex, ergò neque in feudalibus.*
11. *Sigillatio dño in jure suo nihil præjudicat, sive clausula salvo jure, &c. adjecta sit, sive non.*
12. *Talis alienatio neque qualitatem feudi immutat, neque ejus naturam tollit.*
14. *An in feudo antiquo consensus domini sufficiat, vel etiam requiratur consensus omnium agnatorum?*
15. *Utrùm deficiente consensu omnium agnatorum alienatio sit nulla?*
16. *Si feudum antiquum à patre alienatum à filio revocatur, filius tenetur ad restitutionem pretÿ, non item agnati.*

IN sequentibus Articulis, & toto Titulo 12. erimus solito breviores, cùm nobis animus sit, suppeditante DEO vitam, & vires, super consuetudinibus curiæ nostræ feudalis, cui hactenus ultra triginta annos præfuimus, brevem aliquam, & compendiosam exegesin ex quotidianis nostris observationibus in lucem emittendi, in qua præclarè demonstretur, quid in Patria nostra circa diversa feudorum genera non tantùm in curia feudali Electorali, sed etiam apud nobiliores familias feudis gentilitijs, mit Stamm-Lehenschafften / vel etiam subalternis, mit Affter-Lehenschafften / dotatas patriæ usus ferat: Interim necessariam exsplicationem articulorum non intermittemus, sed tantùm fusiorem excursionem inhibebimus.

1 Quod itaque attinet ad hunc articulum, sciendum est, illum desumptum esse ex reformatione de Anno 1588. *Tit. 25. Artic. 4.* Sed in pluribus reformatum: Apparet enim, antiquitùs in Patria nostra moris fuisse, ut quilibet vasallus non solùm bona sua allodialia, sed etiam feudalia, vel inter vivos, vel mortis causâ potuerit in alium alienare, modò alienatio allodialium facta fuerit, mit Brieff / vnd Sigel. Id est sub erectione instrumenti, & alienatio feudalium sub domini feudalis instrumento, von der Fertigung deß Lehen-Herrn Hand / id est accedente instrumento à domino feudali erecto.

2 Facta igitur alienatione rei allodialis per instrumentum, mit Brieff / vnd Sigel / & rei feudalis sub instrumento domini senioris, tenebat alienatio, sive illa facta fuerit inter vivos, vel mortis causâ, quia articulus semper loquitur, von der Vermächtnuß/ vnd Ubergab / quorum verborum prius designat ultimam voluntatem, posterius verò actum inter vivos: Tametsi igitur dominus feudalis post alienationem vasalli, vel inter vivos, vel mortis causâ factam, & scripturâ domini feudalis approbatam, postmodùm investituram deneget, jus erat Principi terræ, illum, in quem alienatio facta est, investiendi, quæ investitura tam diu tenebat, donec dominus feudalis resipuerit, & investituram denegatam novo vasallo impertierit.

3 Oppones, ex his, quæ modò diximus, non sequi, quòd juxta dispositionem antiquæ constitutionis alienatio feudalis potuerit fieri sine consensu domini: Nam, cùm ad alienationem instrumentatio domini feudalis requireretur, utique præsupponebat articulus, consensum domini necessarium esse; Quod videtur satis clarum, & manifestum: Respondemus, id sine contradictione esse, cùm *Art. 3. Tit. seq. in Reform. de Anno 1588.* in alienatione feudi, deß Herrn Willen / expresse requirat, sed, cùm antiquitùs fuisset opinio, quòd dominus feudalis instrumentationem super alienatione feudi denegare non possit: Eò quòd illa tantùm sit solennitatis, non ne-
4 cessitatis, ideò ad monita DD. Consiliariorum in novis constitutionibus additum est, ut alienatio feudi debeat fieri cum consensu domini, & NB. sub instrumento ipsius manu subscripto: Ex quo apparet, consensum domini, & instrumentationem pro diversis habita, & copulativè requisita fuisse. Et hoc quoad necessitatem consensûs domini rectissimè, quia de jure communi in omni alienatione rei feudalis necessarius est consensus domini, ita ut ex multorum opinione dominus ad consentiendum etiam ob urgentem necessitatem, aut sub specie pietatis cogi non possit, de quo alibi videbimus: Intereà videatur *Schrader. part. 8. cap. 1. num. 20. & seqq. Clarus. §. feudum. quæst. 31. n. 11. Harm. Pist. lib. 2. quæst. 6. n. 94. cum multis seqq.* Et hæc Responsio clarè continetur in *Art. 9. Lib. 1. Tit. 3.* der Lands-vnd Pollicey-Ordnung. Ubi dicitur, Demnach ordnen vnd setzen wir/ so füran ein Lehen-Mann seine Lehen-Güter verkauffen / versetzen / übergeben / oder in anderweg veränderen will / ꝛc. daß derselb Lehen-Mann solches mit Wissen vnnd Bewilligung seines Lehen-Herrn thun/ vnd mit dessen Insigel darüber auffrichten vnd fertigen lassen soll / quæ verba etiam continentur in *Art. 7. Tit. 12. seq.*

ut

ut ita dubium non sit, in alienatione feudi non tantùm consensum domini, sed etiam instrumentationem super ipso contractu, & nova investitura requiri. His pro antiqui, & novi juris Bavarici conciliatione præsuppositis.

Dicimus primò, ex hoc articulo certum esse, in omni alienatione feudali domini directi consensum necessarium esse; Quæ maxima dilucidabitur magis in subsequenti titulo. 5

Dicimus secundò, hunc consensum domini regulariter in omni alienatione feudali esse de necessitate pura, simplici, & absoluta, ita ut alienatio sit ipso jure nulla, nisi consensus domini legitimè requisitus accesserit. 6

Dicimus tertiò, quòd hodierno jure nostro patrio inspecto dominus feudalis regulariter (nam generalis exceptio subsequetur) consensum suum præstare non teneatur. 7

Dicimus quartò, quòd præter consensum etiam opus sit, ut dominus feudalis super alienatione feudi tanquam ordinarius judex feudalis instrumentum erexerit, & in illo consensum suum præstitum appressione sigilli, manúsque subscriptione confirmaverit. 8

Ex his tamen quædam satis dubia resultant: Primum est, an ergò domino feudali super alienatione feudorum suorum simpliciter in omni casu instrumentatio, die Fertigung / oder Auffrichtung der Brieff / competat? Curia Electoralis ferè quotidianas lites cum præfecturis Provincialibus habet, cùm illæ in omnibus contractibus, super quibuscunque rebus feudalibus in districtibus jurisdictionalibus suis sitis sibi jus sigillandi, & instrumentandi asserant, quarum litteræ erectæ in curia feudali cancellantur, & officialibus injungitur, ut vasallis sportulas indebitè exactas restituant, müssen das Schreib- vnnd Sigel-Gelt wider zuruck geben. Et hujus rei ratio est, quòd in feudalibus jurisdictio pertineat ad dominum feudi, nisi inter dominum, & vasallum litigium sit, quod planè virtute hujus articuli prudentissimè statutum est, si enim in alienatione feudi etiam præfecti Provincialis, vel alterius judicis, ubi res feudalis sita est, instrumentatio requireretur, vasallus in duplices expensas instrumentales induceretur. 9

Dices, nos in altera *semicenturia nostra. controv. 47.* fusè deduxisse, domino emphyteutico in alienatione rerum emphyteuticarum jus sigillandi non competere, sed ordinario magistratui, sub cujus jurisdictione res sita est: Respondemus, hoc quidem palmare argumentum fuisse, quo Prælati, & alij, quibus jurisdictio in suos subditos emphyteuticarios non competit, ad ordinarij magistratûs instrumentationem excludendam usi fuerunt: Sed planè ex hoc articulo nullum fundamentum, aut sublevamen habent; Nam 1. tametsi feudum, & emphyteusis in multis æquiparentur, tamen etiam in plurimis differunt, quorum maximum est, quòd domino feudali competat jurisdictio in vasallos sibi subjectos ratione bonorum feudalium; Nullibi autem in jure communi, aut statutario legitur, quòd domino directo in emphyteutam suum etiam minima quæque species jurisdictionis competat: Et hoc est ulcus, quo status Ecclesiasticus laborat, cujus curationem sine aliorum damno, & detrimento, si Jovi possibile est, ipsis non invideo: Deinde 2. etiam hic articulus, qui in alienatione feudorum instrumentationem domini requirit, nullo modo dicit, propterea jurisdictionem ordinarij magistratus exclusam esse, quomodò ergò ex hoc articulo emphyteutici domini directi sibi jus aliquod arrogabunt? Conceditur quidem 3. dominis emphyteuticis instrumentatio in duobus casibus, id est in concedendo consensum ad alienandum, & ista instrumentatio vocatur, der Willen-Brieff / quasi dicas instrumentum consensûs: Altera in conceden- 10

do jure emphyteutico qualicúnque, & hoc instrumentũ vocatur, der Stifft-Brieff: Quòd autem domino emphyteutico super ipso contractu personali alienationis, V. G venditionis, permutationis, &c. instrumentatio permissa, sive concessa sit, sicut in hoc articulo concessa, & permissa est dominis feudalibus, id nullibi scriptum reperitur, ut in *dict. semicent. nostr. 2. controv. 47.* fusiùs probavimus: Cujus rei ratio solida est, quòd dominus emphyteuticus jurisdictionem non habeat, sicut dominus feudalis, non habet igitur in personalibus actionibus jus instrumentandi, & sigillandi utpotè, quod ad magistratum ordinarium pertinet, & ita, non attentâ Aulici Consilij sententiâ, Revisorium in patrum societatis, & mea propria causa non ita pridem repetitis vicibus judicavit, nisi fortè dominus emphyteuticarius nudus, sive merus saccarius, ein blosser Sack-Herr / contrario usu in merè personalibus actionibus, & contractibus excluso ordinario magistratu instrumentationẽ, & sigillationem legitimo tempore præscripserit, quod in exsplicatione der Lands- vnd Pollicey-Ordnung / si tamen illa nobis videbitur utilis, aut necessaria, pluribus demonstrabimus.

11 Dicimus quintò, quòd domini feudalis instrumentatio, & sigillatio, die Auffrichtung / vnnd Fertigung / ipsi in jure suo debeat esse sine præjudicio, soll jhme / inquit articulus, an seinem Lehen vnschädlich seyn. Quasi articulus duo dicere velit, quòd præstatio consensûs nec naturam feudi immutet, nec ipsi domino ullo alio modo in jure suo præjudicet, sive clausulam addiderit, *salvo jure meo*, sive non addiderit, de quo doctores multum disputant, ut videre est apud *D. Balthasar. loc. cit. resol. 3. num. 135. cum seqq.* unam tamen limitationem invenies in *Tit. seq. Artic. 1.* Vers: *Debes tamen.* Ratio per se clara est, quia donatio, sive renunciatio juris nunquam præsumitur. Censetur ergò per consensum ad alienationem præstitum, & instrumentum desuper erectum in solam mutationem vasalli consensisse, non in mutationem feudi, aut juris sui mutilationem.

12 Et hinc sextò additur, quòd talis alienatio feudalis feudum non immutet, soll ohne Aenderung deß Lehens seyn: Si proinde consensus, & instrumentatio domini qualitatem feudi non immutat, longè minùs naturam feudi omninò tollit: Imò ad *Articulum 15. præced. Tit.* circa finem dictum est, quòd domino feudali præstatio consensûs ad alienandum, aut desuper facta instrumentatio, aut sigillatio ne quidem in jure retractûs præjudicium faciat.

13 Si tamen septimò, dominus feudalis post consensum ad feudi alienationem præstitum, & instrumentum desuper erectum novo vasallo investituram deneget, conceditur Principi terræ, ut ipse in defectum domini investituram tamdiu supplere possit, donec dominus pœnitentiâ ductus denegatam investituram impertiat, post cujus expeditionem investitura Principis exspirat.

Dices, hanc appendicem videri prorsùs inutilem, & supervacaneam, cùm, ut paulò antè diximus, etiam post consensum præstitum, & instrumentum erectum dominus novo vasallo investituram denegare, & jure retractûs uti possit, ad quid ergò domini territorialis investitura suppletiva proderit? Certè nobis articulus iste ex antiqua reformatione Bavarica de Anno 1588. extractus sæpè videbatur multùm tortus, nam juxta priùs dicta antiquitùs dominus feudalis ad alienationem feudalem consensum suum instrumentalem denegare non potuit: Quando igitur illum denegavit, vel etiam concessit, & tamen pœnitudine ductus investituram renuit, utique opus fuit remedio, quo novus vasallus investituram, & feudi possessionem consequeretur: Postquàm autem hodierno jure quilibet dominus feudalis etiam sine rationabili causa (suo modo, de quo plura sequentur) consensum ad alienationem feudi denegare, imò post factam instrumentalem

sem concessionem jure retractûs uti, & feudum in quemcunque alium transferre possit, vix apparet, ad quid suppletoria domini territorialis investitura proficua sit? Sed Respondemus, posse fieri, ut dominus feudalis consensum ad alienationem præstet, desuper instrumentum erigat, & annale tempus ad usum retractûs præfixum labi permittat, nihilominùs tamen posteà novo vasallo investituram deneget, quo in casu nullum aliud remedium superest, quàm ut Princeps terræ adeatur pro supplenda investitura, & de hoc casu loquitur articulus noster. Hæc tamen omnia, quæ de feudalis domini consensu, & instrumentatione diximus,

Pro septimo, notabilissimè limitantur in feudo antiquo ex pacto, & 14
providentia, in Alten-Mann / vnd Stamm-Lehen / nam in ejusmodi feudis antiquis paternis, vel avitis, in quibus omnibus agnatis ex pacto, & providentia majorum jus quæsitum est, domini consensus ad alienandum mortis causâ, vel inter vivos datus descendentibus ex sanguine primi acquirentis nihil præjudicat. *cap. 1. §. hoc quoque de success. feudi. cap. 1. §. Titius. Si de feudo defuncti contentio, &c. cap. 1. in princ. de alien. feud. pater. Clarus. §. feudum. quæst. 41. Mynsing. cent. 4. observ. 85.* Sed requiritur, ut omnium agnatorum quoque consensûs accedat: Nec sufficit, si tantùm aliqui ex agnatis, E. G. proximiores consentiant, remotioribus invitis, & dissentientibus, quoniam talis alienatio in præjudicium dissentientium inefficax est, tametsi in ipsum dominum facta fuisset, ut omnia suo loco pleniùs exsplicabuntur.

Sed quæres, cùm articulus noster dicat, quòd talis alienatio nullas 15
vires habeat, si non omnium agnatorum consensus accesserit, an hoc ita intelligendum sit, ut alienatio à vasallo facta statim ab initio penitùs nulla sit? Et Respondemus, quòd vivente alienatore regulariter alienatio teneat, sed feudum alienatum primùm post mortem ejus revocari possit, ut jam supra innuimus, nisi filius feudum antiquum à patre alienatum revocare velit, quoniam ipse admittitur vivente adhuc etiam patre, cum hac tamen distinctione, ut, si revocatio fiat post mortem alienatoris, agnatus ad refusionem pretij non sit obligatus, si verò à filio fit revocatio patre vi- 16
vente, pretij restitutio facienda est. *cap. 1. §. Titius. Si de feud. defunct. content.* Idem *Mynsing. cent. 4. observ. 85.* Sunt igitur verba nostri articuli, so hat doch solche Veränderung kein Krafft / non intelligenda de nullitate actûs, sed de invaliditate quoad præjudicium agnatorum dissentientiũ, quamdiu enim, ut diximus, alienator vivit, is, in quem feudum per alienationem translatum est, fructus suos facit, quia utitur jure alienatoris, qui utique alienatione non facta tanquam utilis rei feudalis dominus fructus lucratus fuisset: Et in hoc est differentia inter defectum consensûs domini, & inter defectum consensûs agnatorum, quia deficiente consensu domini alienatio feudi prorsùs nulla est, deficiente verò consensu agnatorum tenet alienatio, ut diximus, quoad alienator vivit. Plura de differentia inter feudum antiquum ex pacto, & providentia, & inter feuda hæreditaria, vnder den Alt-Mann / vnd Stamm-Lehen / vnd den Erb / oder Weiber-Lehen / prout articulus noster loquitur, videbimus suo loco, & aliqua etiam in *seq. Art.*

Der Vierdte Articul.

Hat jemand Beutel-Lehen / vnd verstirbt / so fallen dieselben / wie das Angenthumb auff seine nechste Erben. Doch daß der Erb in Jahr vnd Tag / bey Verworchung deß Lehens / das Lehen vom Lehen-Herrn zelephen begehre / vnnd dasselb gegen Raichung deß Lehenfalls /

falls / wie recht ist / empfahe. Will aber jemand einen letzten Willen machen / vnnd solch Lehen ins gemain vnder anderer seiner Erbschafft / oder Insonderheit jemandt verordnen / Das soll er thun mit Vorwissen vnd Consens deß Lehen-Herrns / Beschehe es aber nit / so fallet das Lehen auff den jenigen / der es ohne Testament geerbt hätt / Ingleichem will einer bey lebendigem Leib / solche Lehen in eines andern Hand / wer der sey / veränderen / oder übergeben / oder etwas darauff verschreiben / der soll es thun mit Vorwissen vnd Bewilligung deß Lehen-Herrns / welcher dann ohne alle Widerred / dem anderen zu leyhen / oder in die Verschreibung zubewilligen schuldig ist / er hätte dann solches zuwaigern sonderbahre rechtmässige Ursachen.

SUMMARIA.

1. & 3. *Quæ feuda bursatica dicantur, & quæ censitica?*
2. *Qualis sit differentia inter relevium, & laudemium?*
4. *An feuda bursatica post mortem vasalli transeant ad hæredes?*
5. *An intrà annum, & diem requiri, & recognosci debeant?*
6. *An sine præscitu, & consensu domini in extraneum alienari possint?*
7. *Utrùm alienatio sine consensu sit nulla?*
7. *An non dominus consensum ex justa causa denegare possit?*
9. *Quid si sine legitima causa eum deneget?*
10. *An in recognitionem horum feudorũ relevium aliquod solvendum?*
11. *Quanam sint feuda hæreditaria, & in quo à bursaticis differant?*
12. *An per admissionem fœminarum ad successionem feudalem feudum evincatur hæreditarium?*
13. *An feuda quædam fœminea rectè feuda ex pacto, & providentia dici possint?*
14. *An in tali feudo fœmineo ex pacto, & providentia consensus agnatorum ad alienationem requiratur?*
15. *An in feudo bursatico consensus domini non solùm requiri, sed etiam obtineri debeat, uti in feudo hæreditario?*
16. *An hoc tantùm intelligendum sit de feudo fœmineo antiquo ex pacto, & providentia?*

Tot sunt tam de jure communi feudali, quàm variorum locorum consuetudine distincta genera feudorum, ut, si nobis otium & curiositas esset, facilè non decalogum, sed centalogum conficeremus. Ex articulo præcedenti didicimus duo genera feudorum, nempè feudorum antiquorum, quæ sunt ex pacto, & providentia majorum nostrorum, der Alten-Mann / vnd Stamm-Lehen / deinde hæreditariorum, sive fœmineorum, der Erb /
1 oder Weiber-Lehen: In hoc articulo nova species ponitur feudorum, scilicet bursaticorum, der Beütel-Lehen / quæ D. Balthasar disiunctivè vocat, der Beütel / oder Zinß-Lehen / cùm tamen reverà in nostra Patria feuda bursatica cum feudis censiticis ex usu, & consuetudine nullam communionem, aut participationem habeant: Nam speciem feudorum censiticorum DD. communiter illam constituunt, ex cujus obligatione singulis annis certus quidam reditus, vel frumentarius, vel pecuniarius persolvitur. Quilibet autem facilè comprehendit, quòd ejusmodi annuus reditus in effectu importet canonem, & tunc est contractus emphyteuticus, vel annuum censum, & tunc est contractus censiticus, non verò feudalis, tametsi abusivè Germanico vocabulo vocetur, ein Zinß-Lehen. In nostra Patria feuda bursatica, die Beütel-Lehen / nullam prorsùs annuam præstationem habent, & per hoc à contractu emphyteutico, & censitico omninò differunt, sed tantùm in casu, quo ex parte domini, vel possessoris mutatio contingit, rele-

relevium ſolvunt, id eſt vigeſimam partem de vera æſtimatione rei feudalis burſaticæ, gegen fünff per Cento zum Lehenraich: Et hinc feuda burſatica longè melioris conditionis ſunt ex parte poſſeſſoris, quàm bona emphyteutica, ſive cenſitica, bona enim cenſitica obligationem ſingulis annis recurrentem habent, & bona emphyteutica præter annuum canonem ſimiliter recurrentem etiam ad quamlibet mutationem emphyteutæ quinque per centum, & ſic vigeſimam partem laudemij nomine perſolvere tenentur, cùm viciſſim vaſallo burſatico non niſi relevij ſolutio incumbat, quæ intrà viginti annos vix ſemel contingit: Interim hæc eſt differentia inter laudemium, & relevium, ut jam ſupra aliquando monuimus, quòd relevium ex re feudali ſolvi debeat ad mutationem tam ex parte vaſalli, quàm ex parte domini feudalis exiſtentem, ita tamen, ut ex parte vaſalli quælibet mutatio, ſive per mortem, ſive per alienationem facta relevio ſolvendo locum faciat, ex parte autem domini non niſi per mortem ejus, cùm èconträ emphyteutæ ad mutationem dominorum laudemij ſolvendi nullam obligationem habeant: Eſt itaque optima conditio vaſallorum burſaticorum, media ſubditorum cenſiticorum, deterrima ruſticorum emphyteuticorum. Loquimur hîc tantùm de onere præſtationum, quæ ſingulis incumbunt, nam plurimæ aliæ differentiæ ſunt, quas hîc loci enumerare ſuperſedemus, cùm in ſequentibus articulis benevolo Lectori fortè major ſatisfactio ſubſecutura ſit, videatur intereà *D. Beſold. in Theſaur. pract. Verbo.* Hof-Guet / Baurn-Lehen / Erb-Zinß.

Vocantur autem hæc noſtra feuda ruſtica communiter burſatica, die Beütel / Sack / oder Säckel-Lehen / quia juxta præmiſſa nulla ſervitia perſonalia præſtant, quæ tamen naturæ feudali aliàs inhærent. *cap. licèt. ſi de feudo def. contr. &c.* Sed tantùm ad mutationes tam ex parte domini, quàm vaſalli recurrentes vigeſimam partem de æſtimatione rei feudalis burſaticæ loco relevij, zum Lehenraich / ſolvunt, & de his feudis burſaticis in hoc articulo noſtro ſequentes diſpoſitiones fiunt. 3

Prima eſt, quòd poſt mortem vaſalli tranſeant ad quoſcunque illius hæredes: Ratio eſt, quià, ut exſplicavimus ad *Tit. 11. Art. 4.* deß Summariſchen Proceß / habentur inſtar allodialium, ita ut etiam pro quibuſcunque debitis in executionem deduci poſſint. 4

Requiritur tamen ſecundò, ut hæres legitimo tempore, id eſt inter annum, & diem (in quo puncto hæc feuda burſatica cum veris feudis conveniunt) feudum à domino legitimè requirat, & recognoſcat: Quod autem hîc de hæredibus dicitur, intelligendum eſt 5

Tertiò, de hæredibus ab inteſtato ſuccedentibus: Nam, ſi quis prætéritis illis in tali feudo alium hæredem velit inſtituere, vel aliud per aliam quamvis voluntatem ultimam, & alienationem inter vivos in extraneum transferre, debet id facere cum præſcitu, & conſenſu domini, ita ut illo neglecto actus ultimæ voluntatis, vel alienationis inter vivos ſit irritus, & res burſatica feudalis cedat illi, qui ab inteſtato fuiſſet ſucceſſurus. 6

Prout quartò, ſi quis tale feudum inter vivos in alium transferre velit quocunque tandem titulo, ſub pœna nullitatis ad requirendum conſenſum domini obligatus eſt. 7

Quem tamen quintò, dominus denegare non poteſt, niſi 8

Sextò, juſtas cauſas habeat, novum vaſallum recuſandi, de quibus cauſis jam in *præced. Tit.* de retractu quædam diximus.

Et ſi ſeptimò, novo vaſallo inveſtituram ſine ſufficienti, & legitima cauſa renuat, tunc procedit, quod in priori articulo dictum eſt, Principi terræ jus eſſe, ut inveſtituram ex plenitudine poteſtatis impertire, & partes domini feudalis tamdiu ſupplere poſſit, donec ille reſipiſcat, & novum vaſallum agnoſcat, eidémque juſtitiam inveſtituræ faciat. 9

Ulti-

10 Ultimò denique tam hæres ab inteſtato, quàm ille, in quem cum conſenſu domini res feudalis burſatica, per ultimam voluntatem, vel per actum inter vivos translata eſt, ad recognitionem factam debitum relevium ſolvat.

11 Quæres, annon feuda burſatica cum feudis hæreditarijs ſynonima ſint? Id quondam unus ex Aſſeſſoribus Aulicis affirmavit, ſed noſtro judicio malè, quamvìs enim feuda burſatica rectè dicantur feuda hæreditaria, cùm, ut articulus loquitur, ad vaſalli hæredes tranſeant, ſicut bona allodialia, ita ut dominus devolutionem horum feudorum ad hæredes defuncti vaſalli impedire non poſſit, nec ad hanc tranſmiſſionem in hæredes ab inteſtato venientes ejus conſenſus requiri, aut obtineri debeat: Tamen terminus, qui complectitur feuda hæreditaria, latior eſt, quàm ut cum termino burſaticorum feudorum convertibilis ſit, poſſunt enim etiam feuda equeſtria, quæ quoad præſtationem ſervitiorum perſonalium veram feudi naturam retinent, hæreditaria eſſe, ſi feudum hæreditarium cum communi DD. opinione illud vocemus, quod alicui pro ſe, vel quibuſcunque hæredibus conceſſum eſt: Quid enim impedit, quin feudum equeſtre non poſſit dari pro hæredibus quibuſcunque, prout plurima talia feuda in curia noſtra Electorali reperiuntur, quorũ etiam fœminæ ſimul cum ipſis maſculis, & non tantùm primùm in eorum defectum capaces ſunt, & ſervitia equeſtria per ſubſtitutos præſtant; Ut pluribus exſplicavimus ad *Art. 4. Tit. 11.* deß Summariſchen Proceß. Et de his feudis hæreditarijs loquitur articulus præcedens, ubi diſjunctivè utitur verbis, Erb / oder Weiber-Lehen / quaſi hoc ipſo, cùm feudum etiam ad fœminas tranſit, videatur eſſe feudum hæreditarium, cùm aliàs fœminæ in feudalibus ſub nomine hæredum non contineantur, prout in exegeſi noſtra exactiùs trademus, & inter cœtera demonſtrabimus, quòd

12 nuda admiſſio ſexus fœminini quoad ſucceſſionem feudalem non infallibiliter evincat, feudum hæreditarium eſſe: In hoc ſenſu, ut tranſeat feudum ad quoſcunque hæredes vaſalli, ſed tantùm in hoc ſenſu, ut deſcendentes primi acquirentis, ſive maſculi, ſive fœmellæ ſunt, ordine ſucceſſorio admittantur, non autem, ut uni ex vaſallis liberum ſit, tale feudum, in quo fœminæ cum maſculis promiſcuè admittuntur, ad hæredem extraneum, & extra familiam transferendi, prout quotidiana praxis in curia noſtra feudali habet, ubi extinctâ lineâ tam maſculinâ, quàm fœmininâ primi acquirentis denegatur ultimo poſſeſſori feudali conſenſus, & licentia feudum per ultimam voluntatem, aut quemlibet actum inter vivos in extraneum transferendi, ſed tanquam verè apertum domino vindicatur.

13 Ex quo apparet, quòd hæc feuda, in quæ fœminæ, vel in defectũ maſculorũ, vel ſimultaneè cum maſculis admittuntur, propriè non ſint hæreditaria, ſed ex pacto, & providentia, quod abſurdum dici non poteſt, cùm in jure feudali com̃uni de feudo hæreditario prorsùs nihil extet, & ſpecies feudi hæreditarij omninò incognita ſit. *Hartm. Piſtor. part. 1. lib. 2. quæſt. 1. n. 30. & 31.* Item *n. 11. 12. & 13. Ari. Pinell. part. 3. ad l. 1. Cod. de bonis maternis. n. 84. Berlich. lib. 3. concluſ. 37. n. 3.* Ut proinde feudum, quod quis expreſsè acquirit pro ſe, & deſcendentibus tam maſculis, quàm fœminis, & quidem promiſcuè ſuccedentibus, licèt non poſſit vocari, ein Alt-Mann / vnnd Stamm-Lehen / poteſt tamen rectè dici feudum ex pacto, & providentia, tametſi ſuo modo hæreditarium ſit, id eſt jure ſucceſſionis ad fœminas non minùs, quàm ad maſculos tranſitorium: Palàm igitur eſt, inter feudum hæreditarium, de quo prior articulus loquitur, & inter feudum burſaticum magnam differentiam eſſe.

14 Oppones, hanc exſplicationem articulo præcedenti non convenire, cùm ille expreſsè diſponat, in alienatione, eines Erb/ oder Weiber-Lehens / conſenſum, & inſtrumentationem domini ſufficere, & in ſolo feudo anti-

quo

quo masculino, **in Alten-Mann/ vnd Stammen-Lehen** / requiri etiam consensum agnatorum : Ex quo sequitur, feudum, in quo fœminæ succedunt, nullo modo feudum esse ex pacto, & providentia, cùm aliàs etiam in tali feudo descendentium masculorum, & fœminarum consensus necessarius esset, per rationem apertam, quòd jus per primum acquirentem ipsis quæsitū, & jure sanguinis competens, alterius facto nempè solo consensu domini auferri non possit. Ad quod Respondemus, articulum præcedentem de tali feudo fœmineo, de quo modò diximus, nullo modo esse intelligendum, cùm nobis certum, & persuasum sit, in feudis antiquis pro masculis, & fœminis antiquitùs acquisitis consensum domini sine consensu omnium descendentium tam masculorum, quàm fœminarum ex sanguine primi acquirentis descendentium ad alienationem quamcunque non sufficere : Ratio evidens est, quia non sufficit in feudis antiquis masculinis, eò quòd dominus agnatis, quibus jus ex sanguine primi acquirentis quæsitum est, præjudicare non possit, ergò nec sufficit in feudis antiquis fœmineis, cùm & fœminis jus ex sanguine primi acquirentis acquisitum sit, cujus intuitu tale feudum rectè dicitur ex pacto, & providentia. Intelligendus est itaque præcedens articulus de feudo alicui pro se, & hæredibus quibuscunque concesso, tunc enim verum feudum hæreditarium dici potest, in quo vasalli descendentibus ex sanguine nullum jus præsupponitur acquisitum, & proindè dispositio de tali feudo merè, & purè hæreditario ad solum vasallum possessorem cum consensu domini pertinet.

Et hinc est notabilis differentia inter tale feudum hæreditarium, & 15
feudum bursaticum, ad feudum bursaticum enim, ut articulus noster dicit, debet quidem domini consensus requiri, sed non obtineri, cùm dominus eum sine justa causa denegando malè faciat, & occasionem præbeat, ut dominus territorialis, seu Princeps terræ juxta priùs dicta defectum domini supplere, & ex plenitudine potestatis, donec officio suo satisfaciat, vasallo investituram impertire possit : At in feudo verè hæreditario vasallus non tantùm ad requirendū, sed etiam ad obtinendum consensum obligatus est, nec potest dominus territorialis, seu Princeps terræ illum supplere, aut vasallo denegatam investituram impertire ; Expresse enim dicit articulus præcedens, quòd tunc tantùm investituræ Principis suppletoriæ locus sit, quando dominus ad alienandum consensum dedit, ex postfacto verò pœnitentiâ ductus investituram renuit, quæ planè ad hos duos articulos benè intelligendos singulariter notanda sunt.

Denique observandum est, quòd articulus præcedens loquatur de feu- 16
dis antiquis, **von den Alten-Mann / vnnd Stammen-Lehen** / & quòd nos hactenùs semper etiam de antiquis tantùm feudis fœmineis ex pacto, & providentia acquisitis locuti fuerimus : Ratio per se patet, quia, cùm in feudis novis, sive masculinis, sive fœmineis vivente primo acquirente nullum jus quæsitum sit, quòd vasallo primo acquirenti semper libera potestas competat, ejus alienandi cum consensu domini, quem nec liberi primi acquirentis, nec cœteri ejus consanguinei impedire possunt.

Habes hìc bone Lector aliquam interpretationem horum duorum articulorum, qui satìs obscuri sunt, eò quia antiqui sunt, plura suo tempore addemus.

Deß XII. Tituls

Von Lehen / vnd wie die Lehen-Güter / nach Bayrischem Gebrauch gerechtfertiget mögen werden.

Der Erste Articul.

WEr von dem andern ein Lehen kaufft / vnd sich hernach begibt / daß die Manns-Erben seiner Linien absterben / vnd dannoch Frauen-Erben bleiben / dieselben Frauen-Erben / mögen solche Lehen / sowol als die Manns-Persohnen / erben ; Es sollen auch die Lehen-Herrn denselben Frauen-Erben alsdann leyhen.

SUMMARIA.

1. *An fœminæ in feudis emptitijs ad successionem admittantur?*
2. *& 8. An idem jus sit, sive feudum à domino, vel à vasallo fuerit emptum?*
3. *Quid si feudum alio titulo oneroso, quàm empti, & venditi fuerit acquisitum?*
4. *Quid si in nova investitura expressè conveniatur, ut feudum emptitium ad solos masculos transeat?*
5. *Cui in feudo emptitio præstatio servitiorum personalium incumbat?*
6. *Quid si res feudalis vendita fuerit non pro condigno sed minori pretio?*
7. *An fœminæ in feudo emptitio simultaneè, & promiscuè cum masculis succedant?*
9. *Quid si de hoc expressè in investitura mentio fiat?*
10. *An fœmina semel exclusa masculo mortuo ad feudum regressum habeat?*
11. *An in feudis emptitijs clerici uti fœminæ ad successionem admittantur?*
12. *Si fœmina cum clerico concurrat, an clericus eam excludat?*
13. *An Religiosi Societatis JESU feudorum capaces sint?*

1 PRæmittitur hîc quæstio apud juris feudalis interpretes tritissima, & plurimùm controversa, an scilicet fœminæ in feudis emptitijs ad successionem admittantur, vel non? Affirmat *D. Gail. lib. 2. observ. 159. per tot.* Negat *Mynsing. cent. 5. observ. 73.* & *Hartm. Pistor. lib. 2. quæst. 34. num. 8.* utriusque sententiæ copiosum cathalogum DD. invenies apud *Rosenthal. in synopsi feud. cap. 7. conclus. 34. Gravæus ad Gail. loc cit.* dicit, hoc argumentum contrarietatibus juxta ac perplexitatum meandris apud DD. refertissimũ esse, videamus igitur, quomodò hic labyrinthus ex jure nostro Bavarico dissolvendus sit.

2 Disponit igitur articulus noster primò tam in rubro, quàm nigro, quòd fœminæ in feudis emptitijs succedant, quæ est opinio affirmativa Domini Gailij, & sequacium, quæ præ negativa magìs æquitate, quàm stricti juris observatione nititur, quoniam feudum emptitium planè improprium est, nec gratia, sed potiùs contractus, & quidem onerosus dici potest.

Et hoc secundò, vi articuli nostri in utroque casu locum habet, sive feudum emptum sit ab ipso domino, sive cum consensu domini ab ipso vasallo: Licèt enim feudum, quod emitur à domino, magìs declinet à natura feudi, quam quod emitur a vasallo, cùm feudum ex parte domini non sub prætextu pecuniæ, sed gratuitò, & in signum amoris, & benevolentiæ con-

concedi debeat, emptio verò, quæ à vasallo fit, propterea fœminas comprehendere non possit, eò quòd domino non præjudicetur, si consensum dederit ad feudum à vasallo pecuniâ comparandum, cùm juxta *Artic. 3. præced. Tit.* talis concessio, & desuper etiam facta instrumentatio, ut paulò antè præmisimus, nec feudum mutet, nec domino jus suum deterius faciat, tamen ex vi hujus articuli fœminæ non tantùm succedunt in feudis à domino sed à quolibet alio emptis, juxta verba, Wer von dem anderen ein Lehen kaufft / quæ manifestè supponunt, fœminas non tantùm in feudis à domino, sed etiam à vasallo emptis successionis capaces esse. *D. Rath. in contin. differ. assert. 30.* Debes tamen benevole Lector, si nullam antinomiam in *Artic. 3. Tit. præced.* post verba, doch jhme dem Lehen-Herrn an seinem Lehen vnschädlich / vnd ohne Aenderung desselben / hanc exceptionem addere, nisi fiat feudum emptitium, cùm in hoc casu, ut modò deduximus, natura feudi masculini mutetur in feudum fœmineum.

Imò dicendum est tertiò, idem juris esse de feudis, quæ non titulo 3 emptionis, & venditionis, sed alio quovis oneroso, V. G. permutationis, dationis in solutum, vel simili ad aliquam familiam pervenerunt. Ratio est, quia in alijs contractibus onerosis eadem militat æquitas. In exegesi nostra benevolus Lector inveniet plura præjudicia curiæ feudalis, & ex comitijs Provincialibus deductas declarationes. Interim *vid. cit. controv. 40. semicent. 2. num. 13.*

Si tamen quartò, feudum fuerit emptum à vasallo, & in nova inve- 4 stitura additum, quòd nihilominùs debeat in antiqua natura feudi manere, & ad solos masculos transire, fœminæ non obstante emptione ad successionem feudi non admittuntur, cùm sibi imputare debeant, quòd in nova investitura hujus conditionis expressionem admiserint, & à dispositione hujus articuli recesserint. *Mozz. tit. de substant. feud. num. 91. Clarus. §. feudum. quæst. 73. num. 6.* Certè curia nostra feudalis in hujus conditionis observatione solertissima est, nunquam enim ad alienationem quamcunque feudi consensum præstat, nisi additâ clausulâ *salvo jure domini, & feudo in antiqua natura, & qualitate permanente.* Quamvìs in *Artic. 3. præced. Tit.* necessarium non sit, cùm ipso jure consensus domini intelligi debeat, sine suo præjudicio, & mutatione feudi datus.

Quid si autem quintò, feudum ematur, cui præstatio servitiorum per- 5 sonalium incumbit, die Laistung der Ritter-Dienst? Communiter dicunt DD. ejusmodi feudi empti mulierem incapacem esse. Vid. *Kirchhoff. commun. opin. cent. 2. sub litt. F. conclus. 37. n. 10. Schneidew. part. 6. cap. 2. n. 23.* & *Mozz. dict. loc. &c.* Quamvìs nos id planè consuetudini curiæ nostræ contrarium esse judicemus, cùm fœminæ in omnibus feudis, quorum capaces sunt, admittantur ad successionem, tametsi præstanda sint servitia personalia, & equestria, quoniam talia feuda recognosci debent per curatores substitutos ad præstanda servitia personalia idoneos, qui etiam tempore necessitatis ad serviendum evocantur, & non ipsæ mulieres, ut alibi dicemus.

Gravior sextò quæstio est, si res feudalis fuerit vendita à domino, vel 6 vasallo non pro condigno, & æquali pretio, sed pro minori, an fœminarum admissio quoad successionem articulo nostro conveniens sit? Certè cōmunis DD. opinio est, quòd fœmina successionis incapax sit, si non pretium æquale datum fuerit. Idem *Mozz. loc. cit. num. 91. & Kirchhoff. conclus. 37. num. 10.* E. C. Si dominus venditor pro recognitione feudali solam aliquam recompensationem acceperit. Nos putamus, hujus remunerationis, sive recompensationis rationem habendam esse, an majorem partem pretij, sive æstimationis rei feudalis adæquet, vel non: Si prius, putamus, fœminas ad successionem admittendas; Si posterius, minimè. Ra-

tio eſt, quia, quando pretium emptionis adæquat majorem partem feudalis æſtimationis, contractus non eſt verè feudalis, & gratuitus, ſed onerosus. Ob quam conſiderationem jura noſtra ſtatutaria muliebrem ſucceſſionem ex æquitate admittunt. *Kirchhoff. loc. cit. concluſ. 37. num. 10.* Ad ſimilitudinem illius, quod *Tit. 10. Art. 18.* diximus, ſi in permutatione plus pecuniæ detur, quàm res reciprocè permutata valeat, quòd contractus habendus ſit pro emptione, & venditione, ut juri retractûs locus ſit, & non pro permutatione, in qua retractus excluditur.

7 Ulteriùs, & pro ſeptimo ex hoc articulo obſervandum eſt, tametſi ſupra dixerimus, in curia noſtra feudali quædam feuda reperiri, in quibus fœminæ cum maſculis ſimultaneè, ac promiſcuè ad ſucceſſionem admittuntur, quòd tamen feuda emptitia talia non ſint, quoniam textus expreſsè dicit, Daß die Frauen = Erben die erkauffte Lehen gleichfahls erben mögen / wann die Manns = Erben ſelbiger Lini abſterben. Sicut enim nemo dubitat, quin fœminæ feudi capaces ſint, ſi ſpecialiter convenerit, ut etiam fœminæ in feudum ſuccederent. *cap. hoc autem notandum de ijs, qui feuda dare poſſunt. juxta verba expr. niſi ſpecialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat*, & in *cap. 1. verſ: ad filias verò. De gradib. ſucced.* Ubi dicitur, ad filias, ſeu neptes, vel ex filia nepotes, vel pronepotes ſucceſſio feudi non pertinet: Proles enim fœminei ſexus, vel ex fœmineo ſexu deſcendens ad hujuſmodi ſucceſſionem adſpirare non poteſt, niſi NB. ejus conditionis ſit feudum, vel eo pacto acquiſitum. Cùm in tali caſu verum conſtituatur feudum fœmineum, attamen etiam in tali caſu fœminæ cenſentur tantùm vocatæ in ſubſidium, quando linea maſculina deficit, per *dict. cap. filia verò.* Ubi dicitur, tunc primùm ſuccedit filia, filijs non extantibus, & per *cap. ſimiliter. de capit. qui cur. vend.* Ubi dicitur, ſi quis inveſtitus fuerit de feudo, ita ut ad fœminas tranſiret, & duas filias tantùm reliquerit, una autem harum habeat filium, altera autem tantùm filiam, filius ſuccedit ſolus excluſâ fœminâ: Concordat *cap. unic. de eo, qui ſibi, vel hæred. ſuis maſcul. &c.* Si igitur fœmina, quamdiu maſculus ſupereſt, non admittitur ad ſucceſſionem feudi veri fœminei, multò minùs admittetur in feudo emptitio, in quo aliàs ex veriori DD. opinione de jure comuni ſimpliciter eſt excluſa. Nec obſtant verba, Mögen ſolche Lehen ſowol / als die Manns = Perſohnen erben / nam hæc comparatio, ſowol / deſignat tantùm fœminarum capacitatem æqualem maſculis, non autem æqualem, ad ſimultaneam ſucceſſionem, aliàs illa verba, da die Manns = Erben ſelbiger Lini abſterben / fruſtrà in articulo addita fuiſſent.

8 Et hoc, quòd in feudis emptitijs fœminæ primùm in defectum maſculorum admittantur, extendimus ad utrúmque caſum, ſive feudum emptum ſit à vaſallo, ſive à domino, quamvìs enim pro ſimultanea admiſſione fœminarum cum maſculis faciat venditio domini, eò quòd admittendo fœminas videatur illas eodem jure ad ſucceſſionem in feudis admiſiſſe, quo jure ſucceſſiſſent in pecunia pro feudo data, ſcilicet pari jure cum maſculis, quia tamen articulus noſter non diſtinguit, nolumus à comuni regula juris feudalis declinare, quæ fœminis in feudis fœmineis non niſi in defectum maſculorum acceſſum concedit.

9 Si tamen in inveſtitura feudi emptitij expreſsè dictum fuerit, quòd fœminæ ſimultaneè, & promiſcuè cum maribus ad ſucceſſionem admitti debeant, non eſt dubium, quòd tunc ſtandum ſit verbis inveſtituræ: Idem dicendum, ſi per longam obſervantiam curiæ, fœminæ æqualiter ſemper cum maſculis ſucceſſerint, quia tunc obſervantia tenorem inveſtituræ declarat, ita ut, licèt ſimultaneam earum cum maſculis admiſſionem non comprehendat, nihilominùs eam tacitè ineſſe præſumi debeat, quia longus uſus verborum defectum ſupplet. Vid. *Nicol. Vigel. in method. jur. feud. cap. 4. rubr.*

rubr. quibus actio. 2. in triplic. duplicat. Ubi fœminas ad feudum admittendas esse dicit, si feudum ipsis concessum sit simul cum masculis, vel his verbis, ut ita succederent fœminæ, sicut masculi.

Sed quid si octavò fœmina per masculum semel fuit exclusa, anné masculo mortuo fœmina regressum habeat ad feudū, vel non? Hæc quæstio est famosissima, ut videri potest apud *Rosenthal. de feudis. cap. 7. conclus. 44. per tot.* & apud *Vigel. loc. cit. duplic. generali prima.* Ubi affirmativam approbatam esse dicit. Nos recordamur, in Consilio Aulico super ejusmodi casu in superiore Palatinatu contingente multùm fuisse litigatum, ubi tamen affirmativa tandem obtinuit. *Clarus. §. feudum. quæst. 80.* nititur, hac in re diversas opiniones conciliare, & in specie causam fœminæ semel exclusæ pro successione, quàm domini pro apertura favorabiliorem facit: Sed in modo dicto præjudicio aulico hujus reconciliationis nulla fuit habita ratio, sed feudum simpliciter domino pro aperto adjudicatum, quia autem superior Palatinatus sua propria jura Provincialia habet, allegatum exemplum ad exsplicationem nostri tituli nihil facit, aut confert. Ego à tempore meæ præposituræ aliquot similes casus habui, sed causas malui amicabiliter cum fœminis exclusis componere, quàm incerto judicij eventui comittere, cùm planè existimem, fœminas ad defectum masculorum in feudis emptitijs admittendas esse, ex duplici ratione 1. quia articulus noster non distinguit: Deinde 2. articulus dicit, Wann sich hernach begäb / daß die Manns-Erben absterben / vnd dannoch Frauen-Erben bliben / daß die Lehen-Herrn denselben Frauen-Erben alsdann leyhen sollen: Ex quibus verbis apparet, quòd articulus loquatur de fœminis per existentiam masculorum exclusis, & tamen dicit, illis, alsdann / id est post mortem eorum investituram non esse denegandam: Certè, si fœminæ exclusæ omnes in perpetuum manerent exclusæ, satìs rarò casus contingeret, in quo fœmina favore hujus articuli gaudere possit. Vide, quæ dixerimus *in semicent. 2. controv. 40. n. 11. cum seqq.* 10

Quæres denique, an, quod in hoc articulo de fœminis statutum est, etiam locum habeat in clericis, ita ut in feudis emptitijs etiam ad successionem admitti debeant? Negant *Rosenthal. conclus. 30. n. 30. Vulteus. lib. 1. cap. 9. n. 142. Berlich. lib. 3. conclus. 39. n. 10. Gottofred. disput. feud. 6. thes. 1. litt. F. & thes. 9. litt. D.* Sed nos putamus, articulo nostro convenientius esse, quòd clerici non minùs, quàm fœminæ ad successionem admittendi sint: Ratio est, ideò enim citati DD. clericis successionem in emptitijs feudis denegant, quia etiam fœminas incapaces esse concludunt, sed, cùm articulus noster fœminas admittat ex ea ratione, quòd, si feudum emptum non fuisset, non minùs, quàm masculi in pecunia partem suam hæreditariam habuissent: Ergò ex eadem ratione clerici quoque admissionem merentur. Confirmatur hoc ex *Rosenthal. & alijs DD. ab eo eodem capite 7. conclus. 30. n. 10. & sub litt. S.* citatis. Ubi clericos à successione in feudis fœmineis non excludunt, propterea, quòd clerici deterioris conditionis esse non debeant, quàm fœminæ, sed fœminæ etiam in emptitijs feudis non excluduntur, ergò pariter nec clerici, cùm in *cit: controv. 40. semicent. 2. n. 17.* probaverimus, fœminas longè ineptiores esse ad successionem in feudis, quàm clericos. Imò antequam ego præficiebar curiæ feudali, passim non tantùm in feudis emptitijs, & titulo oneroso acquisitis, sed etiam in alijs equestribus, imò & masculinis Canonici Cathedralium Ecclesiarum admissi, & investiti fuerunt, ita ut ego incœperim dubitare, an non verum sit, quod *Hannet. de jure feud. lib. 2. cap. 3.* & *Vulteus. lib. 1. de feudis. cap. 9. n. 67.* affirmant, generalem consuetudinem esse in Germania, quòd clerici in omnibus feudis ad successionem admittantur, quamvìs ego toto tempore præposituræ meæ nullum clericum ad investitu- 11

ram admiſerim, priùs tamen admiſſos benignè toleraverim, juxta illud: Tur-
12 piùs ejicitur, quam non admittitur hoſpes. Sed quid ſi in feudo emptitio nullis extantibus maſculis ſæcularibus clericus, & fœmina pares in ſucceſſione concurrant, excluditúrne fœmina ab ipſo clerico? Et videtur Reſpondendum affirmativè ex duplici ratione: 1. Quia, ut paulò antè diximus, aptiores ſunt ad ſucceſſionem in feudis clerici, quàm fœminæ. 2. Quia articulus noſter expreſsè diſponit, quòd fœminæ, alsdann erſt / inveſtiri debeant, ſi nullus maſculus ſuperſit, atqui clericus jura ſanguinis, & maſculinitatis per ſacros ordines non amittit. Verùm, cùm noſtra opinione ſint in pari conditione, & potiùs ex æquitate, quàm ex ſtricti juris ratione in feudis emptitijs ad ſucceſſionem admittantur, non dubitarem, cuilibet dimidium feudi adjudicandum eſſe. Quod tamen alijs ulteriùs cogitandum relinquo.

13 An clerici, & religioſi Societatis JESU feudorum capaces ſint, donec ultima vota deponant? Fusè in favorem Societatis diſputat *D. Balthaſar. ad hunc art. reſol. 2. à n. 16. uſque ad finem.* Et ab anteceſſore meo pro Societate invenio judicatum, quæ tamen ſententia in Aulico Conſilio reformationem accepit: Ego judicium meum ſuſpendo, cùm etiam Collegium Reviſorij rem maluerit amicabili compoſitione terminare, quàm aliquod præjudicium inducere. Fortè curia feudalis pro Societate favorabiliter judicandi ex eo cauſam, & motivum accepit, quòd etiam Canonicis Cathedralium Eccleſiarum aditus ad feuda non fuerit præcluſus, quod ego tamen hactenus approbare non potui, cùm neminem invenerim, qui conſuetudinem legitimè introductam probare potuerit, ſine quâ ex comuni DD. opinione omnes clerici, quicunque illi ſint, cujuſcunque ſtatus, & dignitatis feudorum incapaces ſunt.

Der Andere Articul.

WO ein Mann ohne Ehe-leibliche Manns-Erben mit Todt vergehet / vnnd ein Stammen-Lehenſchafft hinder jhme verließ / So ſoll kein Weibs-Blid ſolch Stammen-Lehen leyhen / ſo lang von deſſelben Manns-Schildt vnnd Helm ein Mannlich Perſohn verhanden iſt.

SUMMARIA.

1. *An fœminæ etiam feudum dare, & alium inveſtire poſſint?*
2. *De quibus bonis, receptitijs tantùm, vel etiam paraphernalibus, & dotalibus?*
3. *Quid de feudo antiquo?*
4. *An fœminæ etiam in feuda familiæ inveſtire poſſint?*
5. *Quæ dicantur feuda familiæ, & quæ communia,* Schloß-Lehen?
6. *In quo hic articulus ab antiquis ſtatutis Bavaricis diſcrepet?*
7. *Quotuplicia ſint feuda?*
8. *An non ſaltem fœminæ in defectum maſculorum etiam jus in feuda familiæ inveſtiendi habeant?*
9. *Vel an non Principi terræ tanquam bonum vacans cedat?*
10. *Quæ obſervantia, & quaſi poſſeſſio antiquiſſima curiæ noſtræ feudalis?*
11. *Cur hoc jus vocetur Regium?*

1 QUòd fœminæ feudum dare, & alium inveſtire poſſint, vix eſt dubium, per text: expreſſ: in *cap. fœminam. Tit. per quos fiat inveſtitura.* Ubi dicitur, fœminam quoque etiam novi feudi inveſtituram facere poſſe, plerique conſentiunt. *Vigel. in Method. jur. feud. cap. 4. except. 7.* modò inveſtituram

faciat

faciat de bonis suis receptitijs, quæ ejusdem administrationi subsunt, nam in reliquis bonis paraphernalibus, & dotalibus, in quibus sine mariti consensu juxta statuta nostra Provincialia prorsùs nullum jus, aut potestatem administrationis habet, nullum feudum novum constituere, aut ejus investituram concedere potest, juxta *cap. 1. dict. tit. per quos fiat investitura*: Investitura, inquit textus, aut fit de veteri beneficio, aut de novo, novi enim feudi investitura non ab alio rectè fit, nisi ab eo, qui legitimè bonorum suorum administrationem habet: Nam, qui qualibet ratione aliquid de suis rebus impeditur alienare, is nec per feudum poterit investituram facere. *Borch. de feud. cap. 5. n. 42.*

At si agatur de beneficio antiquo à fœminis in feudum concedi solito, 3 ibi mariti auctoritas investituræ à fœmina tributæ nihil officit, juxta verba ejusdem *cap. 1. tit. per quos fiat investitura*: Nisi feudum antiquum concedatur: hoc enim etiam à minore, vel alio, qui administrationem rerum liberam non habet, concedi potest, quia hæc investitura nihil aliud est, quam renovatio veteris investituræ. Videatur idem *Borch. de feud. cap. 5. n. 43.* & *Frider. Schenk. ad dict. cap. 1. n. 1.*

Ab his regulis nunc ex jure comuni propositis excipit articulus noster 4 feuda familiæ, die Stamm-Lehenschafften: In *Art. 3. præced. Tit.* etiam mentio facta fuit, der Alten-Mann / vnd Stamm-Lehen / sed in eo respectu, quo hi termini opponuntur, den Weiber / oder Erb-Lehen / prout ibidem clarè exprimitur. In hoc articulo videtur alius respectus subesse, quo scilicet distinctio fit inter feuda familiæ, der rechten wahren Stamm-Lehen / & inter feuda comunia, quæ in Patria vocantur, die Schloß-Lehen.

Ad quorum terminorum intellectum sciendum est, in Patria nostra an- 5 tiquissimis familijs in usu fuisse, ut pro majori splendore familiæ ex bonis suis constituerent sibi vasallos, quorum operâ, & consilio in negotijs suis uterentur. Fortè res originem traxit ab eo tempore, quo jus militare, das Ritter / oder Faust-Recht / obtinebat: Imò quidam imbecilliores, se & bona sua ultrò submittebant nobilioribus, & potentioribus jure vasallagij, ut ab ijs tutelam, & defensionem reciperent: Ego ipse possideo tale bonum, prout investitura originalis planè demonstrat. Et hæc erant vera feuda familiæ pro conservatione, & dignitate familiæ inalienabilia. Schloß-Lehen / vocabantur, quæ non respiciebant familiæ decorem, & conservationem, sed arcis tantùm comoditatem, & utilitatem. In hujus articuli igitur promulgatione Consiliarijs Principis ad conservationem bonæ politiæ deputatis hoc monitum factum fuit, ut inter istas duas species feudorum fiat distinctio, & in veris feudis familiæ quidem mulieribus jus investiendi abrogetur, in feudis verò comunibus arcium, in den Schloß-Lehen / concedatur: Sed illorum monitum non fuit attentum, & articulus permansit ferè de verbo ad verbum, prout in Reformatione de Anno 1588. *Tit. 26.* comprehenditur, qui hujus tenoris est, ut, si quis moriatur sine masculo hærede, & post se feuda familiæ relinquat, quòd nulla fœmina ea possit in feudum concedere, aut desuper investituram impertire, quamdiu unus de masculis hujus familiæ supersit.

Diximus paulò antè, ferè de verbo ad verbum hunc articulum ex anti- 6 qua reformatione in novum nostrum codicem translatum esse: Nam hoc unicum additum est, Stamm-Lehenschafft / cùm priùs simpliciter haberetur, wo ein Mann ein Lehenschafft hinderließ / si benevole Lector ex additione verbi, Stamm / inferre velis distinctionem inter feuda, der Stamm-Lehen / & Schloß-Lehen / fuisse approbatam, tecum non litigabo, quia non multùm ad exsplicationem hujus articuli servit.

Antequam autem ad difficultatem illius exsplicandam procedã, dicam, quomodò articulus iste in antiquissimis Statutis Bavaricis de Anno 1354.

§. Umb

§. Umb Mannschafft absterben / conceptus sit. Verba formalia hæc sunt. Wenn ein Mannschafft abstirbt / die Lehen gelyhen haben / Onfrauen / dieselben Frauen süllen der Lehen nit leyhen / unnd die süllen leyhen / die ältisten Manns-Erben; oder die von den die Mannschafft-Lehen ist / oder der Lands-Herr.

7 Quamvis igitur præmiserimus, mulieribus competere jus investiendi in feudis antiquis, tamen hic articulus notabilem exceptionem facit in feudis familiæ, in den Stamm-Lehen / ut paulò post plura sequentur. Hic inprimis observetur ex antiquissimo jure (non solùm de feudis familiæ, sed de omni genere feudorum loquente) feuda duplicia esse, id est, quæ familia ipsa fundavit, aut ex aliorum in feudum facta oblatione acquisivit, quæ vocantur, die auffgetragene Lehen. *Gail. 2. observ. 159. n. 1. Vulteus. de feud. cap. 5. n. 19.* Et hæc feuda possidentur ab hujusmodi nobilibus familijs jure proprietatis: Alia sunt, quæ ejusmodi familiæ nobiles ab aliquo alio in feudum recognoscunt, & inferioribus iterum in subfeudum concedunt: In utrisque procedit regula sub hoc articulo posita, ut fœminæ prorsùs nullum jus investiendi habeant, quamdiu masculi supersunt: Ratio est, quoniam videtur esse contra honestatem, & decorem, ut masculus fœminæ juramentum, homagium, obedientiam, & obsequia, sive servitia præstet, & non immeritò. *Vulteus. de feud. lib. 1. cap. 3. num. 9.* dubitat, an hoc jus fœminæ ullo modo concedi possit, qualiacunque tandem feuda sint, sive familiæ, sive aliàs vulgaria, & communia, ne officium muliebre se ultra honestatem extendat.

8 Quæstio igitur palmaris hujus articuli est, an saltem fœminæ in defectum masculorum secundùm genuinum sensum hujus articuli capacitatem habeant, super hujusmodi feudis familiæ investituras impertiendi? *D. Balthasar. dict. resol. 2. num. 4.* sine hæsitatione affirmat. Et videtur id deduci sumpto argumento à contrario sensu: Dicit enim articulus, So soll kein Weibs-Bild solch Stammen-Lehen leyhen / so lang von desselben Manns-Schildt / oder Helm ein Manns-Persohn vorhanden ist / ergò, wann von desselben Schildt / oder Helm kein Manns-Persohn vorhanden ist / so sollen die Weibs-Bilder leyhen. Econtra cit: §. Umb Mannschafft absterben / auß den uralten Land-Rechten / de Anno 1348. etiam post defectum masculorum fœminis jus investituræ concedendæ prorsùs interdicit, & hoc jus Principi

9 terræ, dem Lands-Herrn / reservat, prout curia feudalis in notoria quasi possessione hujus Electoralis privilegij, sive regalis constituta est, & non ita pridem ultra 30. casus specificavit, in quibus extinctis ejusmodi nobilibus lineis masculinis, quæ talia feuda familiæ possidebant, jus infeudandi, & investiendi ex jure Regio, ut antiquissimæ scripturæ loquuntur, ad curiam feudalem devenit, non ex capite aperturæ, aut caducitatis, cùm præsupponamus, ejusmodi jus infeudandi, & investiendi extinctis lineis masculinis jure proprietatis competijsse, sed ex capite bonorum vacantium, cùm perinde sit, rem non habere hæredem, vel non habere hæredem capacem, fœminæ autem juxta dict: §. Umb Mannschafft absterben / juris infeudandi, & investiendi prorsùs incapaces sunt, jus igitur infeudandi, & investiendi vacare dicitur, ergò non ad alium, nisi ad Principem terræ devolvitur: Ubi tamen notabilis exceptio additur, nisi talis gentilitia infeudatio, ein solche Stamm-Lehenschafft / ab aliqua familia non possideretur jure proprietatis, sed jure feudi ab alio recogniti, tunc enim justissimum est, ut deficiente linea masculina ejusmodi feuda gentilitia potiùs ad dominum feudalem revertantur, quàm ut ad dominum terræ transferantur, deficiente enim titulo vacantium bonorum deficit etiam translatio ad Principem terræ: Vacare autem talia feuda non rectè dicuntur, quæ dominum habent, à quo jure feudi ad lineam masculinam extinctam primitùs descenderunt.

Inve-

Invenio in Electorali curia feudali, quòd tunc temporis, cùm erigerentur nova statuta Provincialia, à supremo Præposito officiali maxima oppositio facta, & petitum fuerit, ut iste articulus ex novo codice expungeretur, quia verò hic articulus non fuit novus, sed ex Reformatione de Anno 1588. ut supra innuimus, ferè de verbo ad verbum transsumptus, noluit legislator illum abolere, sibi sufficere ratus, quòd antiquissima quasi possessio, usus, & observantia hujus articuli sensum, & intellectum abundè demonstret, prout nos allatis aliquot exemplis, & præjudicijs probavimus, non obstante hoc articulo Electoralem curiam feudalem in continua possessione, vel quasi ad hodierna usque tempora permansisse. Placeat benevolo Lectori, legere huc appressum articulatum libellum, quem nos officij ratione eventualiter concepimus, quando cujusdam nobilis familiæ quoad masculos extinctæ superstites fœminæ à prætenso jure successionis cedere noluerunt, quo tantum effecimus, ut illicò se ad amicabilem compositionem offerrent, & acceptâ modicâ pecuniâ totum jus infeudandi, & investiendi curiæ feudali ultrò cederent, maximè autem illas commovebat præjudicium, quod allegabam, in simili causa jam ante duo sæcula pro Principe terræ in Regimine Landishuto judicatum fuisse. 10

Quid igitur ad argumentum ex hoc articulo à contrario sensu desumptum dicendum est? Respondemus, hunc articulum scriptum esse pro jure privatorum, non pro abrogandis Regalibus Principi competentibus, juxta dicta ad *Artic. 5.* subsequentem: Deinde argumentum à contrario sensu, ut videre est apud *Everhard. in locis legalibus. loco. à contrario sensu*, nullam habere efficaciam, quando reperitur aliud jure dispositum: In antiquissimis autem Statutis Bavaricis *loc. cit.* expresè dispositum est, quòd fœminæ jus infeudandi, & investiendi nullum habeant, tametsi linea masculina deficiat, sed quòd illud jus devolvatur ad dominum terræ, ergò argumentum à contrario sensu prorsùs infirmum est, maximè cùm antiquæ legis observantia in hodiernum usque diem ferè per quatuor sæcula tot actibus continua serie exercitis probari possit: Nuper quidem Serenissimus Elector cuidam nobili viduæ hoc jus ex speciali gratia remisit, sed curiæ feudali strictè mandavit, ne pateretur, hoc trahi in exemplũ, & consequentiam, sed ut antiquissimæ quasi possessioni imposterum firmiter insisteret.

Quæres, quare hoc jus vocetur Regium? Putamus, non improbabiliter dici posse, cùm hoc jus tam antiquum sit, ut illius continuus usus per quatuor ferè sæcula probari possit, ex eo tempore descendere, quo hæ Provinciæ sub Regia potestate, & Regimine fuerunt constitutæ, & Regnum Bojariæ, & Austrasiæ nuncupatæ: Vel, si benevolus Lector tam longum recursum non approbet, dicat, verba illa in antiquis nostris documentis contenta, quòd in defectum masculorum talia feuda ex Jure Regio devolvantur ad Principem terræ, esse intelligenda ex Jure Regalium: Regalia enim exinde dicuntur, quia sunt Jura Imperij, & summo Principi reservata, *Schardius in Lexico, verbo.* REGALIA. 11

Der Dritte Articul.

Es mag kein Lehen-Mann sein Lehen-Guet verkauffen / oder verschaffen / ohn seines Lehen-Herrns Willen. Wo er aber das mit seines Lehen-Herrn Bewilligung thuet / so mögen desselben Verkauffers / oder Verschaffers Erben / wo es nit umbgehende: oder wie oben im 3. Articul vermeldet / Alte-Manns / und Stammen-Lehen seynd / ihne daran nicht irren.

SUMMARIA.

1. Alienatio feudi sine consensu domini est ipso jure nulla.
2. Ita quidem, ut dominus propria authoritate illud occupare possit.
3. An hoc de omnibus feudis sit intelligendum?
4. An etiam in feudo ad lubitum alienabili?
5. Tale feudum an detur?
6. An consensus expressus requiratur, vel an non sufficiat tacitus?
7. Utrùm in omni alienatione feudi, imò & subinfeudatione consensus domini necessarius sit?
8. An consensus datus debeat esse stricti juris?
9. Utrùm sub consensu ad alienandum præstito etiam hypothecatio comprehendatur?
10. Quid si vasallus se tantum personaliter obligaverit?
11. Quid si feudum alienatum, sed non traditum fuerit?
12. An concessio alienandi ad hæredes transeat?
13. An dominus invito vasallo proprietatem feudi alienare, & in alium transferre possit?
14. An non in feudis antiquis præter consensum domini etiam consensus agnatorum requiratur?
15. Quæ feuda vocantur, umbgehende Lehen / *sive ex pacto, & providentia?*

Convenit hic articulus ex asse cum *Artic. 3. præced. Tit.* ubi fundamentum jam posuimus, quòd scilicet in alienatione feudi per actum ultimæ voluntatis, vel inter vivos semper requiratur consensus domini: Hanc regulam hîc repetitò positam paucis interpretabimur, exactiora in aliud tempus reservando.

1 Est igitur primò, certum & comuni calculo receptum, alienationem feudi sine consensu domini factam ipso jure nullam esse. *cap. 1. de prohib. feud. alien.* per *Lothar. & cap. 1. de prohib. feud. alien.* per *Frider. & per cap. ult. de feud. sine culpa. non amitt. Vigel. in method. jur. feud. cap. 5. causa. 37.* Ubi verba formalia recitat. *Schneidew. de feud. part. 7. cap. 1. n. 2.* ita ut domino competat rei vindicatio, aut alia quævis actio realis ad feudum repetendum, cùm vasallus per alienationem illicitam se ipsum feudo, & possessione indignum reddiderit, & proinde dominus feudum non exspectatâ ju-
2 dicis sententiâ occupare possit. *Rosenthal. de feud. cap. 9. conclus. 2. n. 3.* Si præsupponamus, ab emptore post venditionem, & traditionem factam feudum iterum dimissum fuisse, de quo paulò post: Nam aliàs occupatio domini propria auctoritate facta à spolio excusari difficulter posset: Videatur tamen idem *Rosenthal. loc. cit. sub litt. A.*

3 Secundò articulus dicit, Es mag kein Lehen-Mann / quæ est negativa universalis, prohibitionem inducens in omni genere feudorum: Sive igitur quis habeat feuda antiqua ex pacto, & providentia, sive nova, item sive habeat equestria, masculina, vel fœminina, promiscua, aut simultanea cum masculis, sive primùm in defectum masculorum ad fœminas devenientia, sive feuda recta, aut impropria, consistentia in personalibus servitijs, aut alijs præstationibus realibus, sive hæreditaria, censitica, aut bursatica (quorum species in Patria nostra comuniores, & vulgariores sunt) semper domini consensus requirendus est. Diximus, requirendus est, nam ad *Artic. 4. præced. Tit.* audivimus, in feudis bursaticis necessarium non esse, ut consensus obtineatur. Quod usque adeò extendunt, ut, licèt feudum sit francum, & nulli præstationi, sive reali, sive personali obnoxium, ad alienationem consensu domini opus habeat: Imò & si alienatio facta fuerit in utilitatem ipsius domini. *Rudolph. Schrader. de feud. part. 8. cap. 1. num. 49. & 57.*

Dubitavi aliquando in curia feudali, an quædam Illuſtris perſona, quæ feudum habuit ex tenore primæ inveſtituræ ad lubitum alienabile, nihilominùs tamen obligata ſit ſub pœna caducitatis, ad alienationem conſenſum dñi requirere? Et id ob duplicem rationem. 1. Ob generalitatem articuli noſtri, **es mag kein Lehen-Mann /** quæ videtur nullam prorsùs exceptionem admittere: Deinde 2. quia domini intereſt, ſcire, in quem alienatio fiat, ne ipſi vaſallus inconveniens, & inutilis obtrudatur. Scimus enim, quoddam genus feudorum eſſe, quod dicitur alienabile, & aliquot modis conſtitui: 1. Si expreſsè poteſtas alienandi conceditur, dicendo, do Titio in feudum, ita ut alienare poſſit, vel do illi, & ejus hæredibus cum pacto alienandi. 2. Tacitè alienandi poteſtas conceditur, quando in litteris inveſtituræ cautum reperitur, ut vaſallus, & hæredes ejus alienationem in certas quaſdam perſonas tantùm facere non poſſint: Tunc enim tacitè conceditur libertas, in quaſcunque alias perſonas alienationem faciendi, quia exceptio facit, & firmat regulam in contrarium, argto *l. 20. §. mulier. 6. ff. de teſtamentis. l. ex eo. 18. ff. de teſtibus.* Item quando dicitur in inſtrumento inveſtituræ, concedo tibi vaſallo, pro te, & hæredibus tuis hoc feudum (cum clauſula) & quibus ipſi dederitis; Ex his enim, & ſimilibus verbis tacitè colligitur, & deducitur, liberam alienationis poteſtatem extra perſonas exceptas datam fuiſſe. Quamvìs itaque multi DD. ſint, qui in ejuſmodi feudo alienabili nihilominùs domini directi conſenſum requirant, ut videre eſt apud *Roſenthal. cap. 9. concluſ. 40. ter totum, & maximè ſub litt. B.* Tamen ego in caſu propoſito conſenſum domini proptereà non neceſſarium eſſe duxi, quia, ut dictum, poteſtas alienandi vaſallo conceſſa fuit ad lubitum, quæ verba utique ſine virtute operandi eſſe non debent, forent autem inania, & ſine effectu, ſi vaſallo neceſſitas conſenſum domini requirendi incumberet. Videatur idem *Roſenthal. loc. cit. ſub num. 2.* 4 5

Et quamvìs tertiò, ex comuni DD. opinione non requiratur expreſſus conſenſus domini pro alienatione feudi, ſed etiam ſufficiat tacitus, ſcilicet, ſi conſenſus ex ſignis, & conjecturis colligi poſſit, maximè, ſi accedat actus cooperationis poſitivus. *Mynſing. cent. 4. obſerv. 87. Roſenthal. de feud. cap. 9. memb. 1. concluſ. 28. n. 6. Schrader. de feudis. part. 8. cap. 4. n. 2.* Tamen contrarium de jure noſtro Statutario dicendum eſſe manifeſtè convincitur ex *Artic. 3. Tit. 11.* Ubi expreſsè habetur, **Daß die Ubergab mit deß Lehens-Herrn Bewilligung vnter ſeiner Hand geſchehen ſoll:** Id eſt, **mit deß Lehen-Herrn Brieff / vnd Sigel /** ut idem articulus in principio loquitur. Ubi autem ſcriptura, & inſtrumentum pro formalitate, vel quaſi ſolennitate actûs requiritur, nullo modo per nuda ſigna, & conjecturas, multò minùs per ſolam præſentiam, & taciturnitatem ſuppletur. 6

Deinde quartò, conſenſus domini neceſſarius eſt in quacunque alienatione per venditionem, permutationem, tranſactionem, dationem in ſolutum, in dotem, in donationem propter nuptias, in emphyteuſin, libellariam conceſſionem, imò etiam in ſubfeudum ſecundùm ſtylum curiæ noſtræ notorium, item per oppignorationem, juxta *Artic. 7. ſubſeq.* Quamvìs de ſubfeudo jus comune feudale aliud ſtatuat in *cap. beneficium, ſi de feudo defuncti contentio ſit.* Ubi dicitur, beneficium à vaſallo in feudum, ſi nihil in fraudem legis fiat, rectè dari poteſt, & in *cap. 1. §. ſi verò. tit. qualiter pot. olim. feud. alien.* Ubi dicitur, ſi vel totum, vel partem volebat per feudum aliquem inveſtire, hoc licebit illi ſine fraude facere, ſine fraude autem facit, qui dat feudum in ſubfeudum æquè capaci perſonæ, & iiſdem conditionibus, quibus ipſe accepit, juxta *cap. ſimiliter. de lege Corradi.* Sed, ut diximus, apud nos nullus pro ſubvaſallo agnoſcitur, niſi ſubvaſallagium cum conſenſu domini impetraverit. 7

8 Adeò tamen consensus domini restringendus est, cùm sit strictissimi juris, ut ad non expressa, & verbis ejus non comprehensa extendi non debeat: Si igitur consensus datus fuerit ad vendendum, nihil prodest ad permutandum, vel ad alium quemcunque alienationis contractum (nisi fortè ad dationem in solutum, quæ loco venditionis est, quando feudum accipitur loco pecuniæ, ut supra ad *Tit. 10. Art. 18.* dubitativè innuimus.)

9 Hoc autem mihi aliquando majorem dubitationem fecit, an consensu ad alienationem generaliter præstito etiam hypothecatio comprehendatur? Et videtur sine hæsitatione affirmativè Respondendum, eò quòd hypothecatio quasi minima species alienationis sit, quia in illa non nisi jus debiti in alium transfertur, per venditionem verò, permutationem, aut alium similem contractum totum rei feudalis utile dominium: Sed, quia per translationem utilis dominij rei feudalis domino nullum aliud præjudicium fit, quàm ut novum vasallum accipiat, feudum intereà in eodem statu sine omni gravamine permanente, in hypothecatione verò gravetur ipsum feudum, ut in casu caducitatis, aut aperturæ dominus consentiens feudo ad se reverso creditori hypothecario satisfactionem præstare debeat, censuimus, ad hypothecationem secundùm jura nostra Statutaria specialem consensum domini necessarium esse, nec consensum generaliter ad alienandum datum pro hypothecatione sufficere, eò quòd longè gravior, & domino perniciosior sit, quàm consensus ad plenam alienationem: Exemplum sumamus ex casu priùs allegato de feudo alicui concesso cum hac clausula, ut illud ad lubitum alienare possit. Si sub nomine alienationis intelligamus translationem totius dominij utilis, domino nihil præjudicatur, quia alium vasallum post alienationem acquirit, qui servitia feudalia præstare possit: At, si sub termino alienationis etiam hypothecationem velis intelligere, poterit feudum sine præscitu, & consensu domini ita onerari, ut domino servitia feudalia deficiant, utpotè ad quæ hypothecarius creditor non est obligatus, ipse autem vasallus ob nimium æs alienum sit prorsùs insufficiens, & inutilis. Sustinui itaque, non obstante investitura superiùs dicta, quâ res ad lubitum alienabilis facta fuit, ad hypothecationem eò usque extendi non potuisse, ut dominus privetur servitijs feudalibus, super quo puncto adhuc in judicio contradictorio pendente curia feudalis resolutionem exspectat.

10 Diximus de obligatione hypothecaria, nam si vasallus talis, qui ex investituræ instrumento jus alienandi habuit, feudum tantùm personaliter obligaverit, creditoribus non nisi ex fructibus feudi satisfactio præstanda est, ut exsplicavimus ad *Art. 4. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß: Salvâ interim competentiâ vasallo pro sustentatione, & præstatione feudali debita, *Vigel. loc. cit. causa 37.* plura suo loco adducemus, prout etiam alijs quæstionibus examinandis brevitatis causâ supersedemus, quarum aliquas D. Balthasar hoc loco adducit, & illis non pauciores addi possunt.

11 Singulariter notandum tamen est, quòd feudum sine consensu domini alienatum, aut hypothecatum non comittatur, nisi simul traditio accesserit, quod apud nos quasi quotidianum est. Vid. *Hartm. in pract. observ. tit. de feudis. observ. 40. Clarus.* §. *feudum. quæst. 35. Mozz. sub tit. de his, qui feud. accip. poss. num. 35. Rosenthal. cap. 9. conclus. 14. n. 2. Schrader. part. 8. cap. 1. n. 25.* Ratio est, quia sine traditione contractus quidem potest esse perfectus, sed non consumatus, nec dominus conqueri potest, se præteritum, aut neglectum, quamdiu antiquus vasallus, qui servitia præstare obligatus est, in possessione manet.

12 Consensu autem, sive in prima investitura ad liberam alienationem dato, sive ex postfacto ad vasalli requisitionem impetrato etiam hæredi alienatio permittitur, quia talis concessio realis est, & consequenter ad hæredes transit.

Sicut

Sicut autem vaſallus invito domino vi articuli noſtri feudum ſine conſenſu domini alienare non poteſt, ita nec dominus invito vaſallo proprietatem feudi alienando in alium transferre poteſt. *Gail. lib. 2. de PP. Cap. 15. n. 13. Mynſing. cent. 4. obſerv. 91.* Quod tamen apud nos nullo modo obſervatur, cùm ſæpè viderimus, feuda activa ad alios translata eſſe, tametſi vaſallorum conſenſus nec requiſitus, nec adhibitus fuerit. 13

Ultimò, articulus hic firmat ſententiam noſtram jam ſupra ad *Tit. 11. Art. 3.* poſitam, quòd regulariter alienatio feudorum teneat, ſi conſenſus domini acceſſerit, ita ut hæredes, & ſucceſſores alienationem impugnare non poſſint: Expreſsè tamen iterum excipiuntur feuda antiqua ex pacto, & providentia, die vmbgehende / oder Alte-Manns / vnd Stammen-Lehen / in quibus juxta ibi tradita præter conſenſum domini etiam conſenſus agnatorum requiritur. 14

Quæres, quid hoc verbum, der vmbgehenden Lehen / ſignificet? Videtur articulus noſter hoc verbum, vmbgehende / cum ſequentibus verbis, der Alten-Manns / vnnd Stammen-Lehen / identificare: Sed noſtra opinione, die vmbgehende Lehen / vocantur, quæ ex pacto, & providentia primi acquirentis ad ſucceſſores deſcendunt: Si igitur primi acquirentis providentia non tantùm pro maſculis, prout familiæ conſervandæ causâ plerumque fit, ſed etiam pro fœminis facta eſt, rectè dicuntur, vmbgehende Lehen / tametſi maſculina non ſint, & proinde conſenſus domini in eorum alienatione non ſufficit, ſed etiam fœminarum neceſſarius eſt, quæ ex tenore primæ inveſtituræ jus conſecutæ ſunt, ſed ſuo ordine tantùm ad eas devolvendum. Et hic eſt noſtro judicio verus ſenſus, & intellectus, der vmbgehenden Lehen / ita, ut feuda antiqua maſculina ex pacto, & providentia verè ſint feuda circumeuntia, vmbgehende Lehen / nihilominùs tamen etiam illa feuda talia dici poſſint, quæ ex pacto, & providentia primi acquirentis ad fœminas tranſeunt, vmbgehendt enim hìc nihil aliud ſignificat, quàm feudum, quod neceſſariò ad quaſdam perſonas devolvitur, quæ præteriri non poſſunt, ſive igitur maſculi ſint, ſive fœminæ, modò ex pacto, & providentia primi acquirentis feudum ad eos pertineat, dicenda ſunt feuda circumeuntia, vmbgehende Lehen / ita ut conſenſus domini perſonis in prima inveſtitura comprehenſis nullum præjudicium parere poſſit. 15

Der Vierdte Articul.

WAnn zween Lehen-Herrn mit einander vmb ein Lehenſchafft / daß ſie beyde ein Lehen zuleyhen vermainen / Kriegen / daß ſoll dem Lehen-Mann / der deß Guets bey Nutz / vnd Gewehr geſeſſen iſt / vnſchädlich ſeyn / vnd das Lehen mit Ruhe beſitzen / biß an die Zeit / daß es die Lehen-Herrn mit Recht außführen / Welchem alsdann die Lehenſchafft mit Recht zuerkennt würdet / der ſoll jhme es darnach leyhen / wie recht iſt / auch der Lehen-Mann ſolches von demſelben Herrn / auff ſein erfordern / empfahen.

SUMMARIA.

1. *Quando vaſallus, ſi intrà annum, & diem feudi inveſtituram non petierit, feudum amittat?*
2. *Quid ſi jus inveſtiendi inter duos, vel plures dominos ſit litigioſum?*
3. *An poſt litigium vaſallo primùm incipiat currere annus, & dies?*
4. *Utrùm vaſalli in ſingulis mutationibus feudi ad recognoſcendum neceſſariò citari debeant?*

DE jure communi feudali Regula clara est, quòd vasallus, qui domino mortuo, vel vasalli hæres, vasallo mortuo intrà annum, & diem investituram petere, & fidelitatis juramentum præstare negligit, feudum amittat. *cap. 1. in princ. tit. quæ sit prim. caus. benef. amit. in usib. feud. Mynsing. cent. 5. observ. 9. n. 2. Clarus. §. feudum. quæst. 49.* latissimè *Rosenthal.*
1 *de feud. cap. 6. conclus. 30.* Et licèt hujus Regulæ plures exceptiones sint: Scilicet primò, si vasallus investituram sine dolo malo ex justa, & probabili causa intermiserit. Idem *Mynsing. loc. cit. num. 3.* aut si 2. ipse vasallus, vel hæres vasalli minor, vel 3. miles fuerit (huic enim ad petendam investituram annus, & mensis conceditur.) Idem *Mynsing. loc. cit. in princ. & num. 7. ibid.* aut 4. vasallus domini, vel hæres vasalli mortem vasalli ignoraverit. Idem *Mynsing. loc cit.* & *Gail. lib. 2. observ. 48. num. 8. cum seqq.* vel 5. ignoraverint ex justa, & legitima causa, non autem supina, & culpabili negligentia, rem, quam possidet, feudalem esse. Idem *Mynsing* & *Gail. loc. cit.* vel 6. hæres vasalli hæreditatem nondum adierit. *Mynsing. loc. cit. n. 9.* Vel 7. ipse dominus in mora fuerit, quò minùs investitura intrà annum, & diem petita impertiretur. Idem *Mynsing. loc. cit.*

2 Tamen in hoc articulo specialis aliqua exceptio continetur, nempè, quòd tempus petendæ investituræ non currat vasallo, quamdiu duo, vel plures de jure, vel successione feudi inter se litigant, quorum quilibet jus feudi, & investiendi ad se pertinere prætendit. *Schrader. de feud. part. 6. cap. 2. num. 22. WURMBSER. in obser. Camer. lib. 1. tit. 51. observ. 25.* aliter sentit, & vasallo tres vias proponit, dicendo, si duo contendant de aliquo territorio, vel dominio, sub quo feuda sunt, si unus est possessor illius dominij, vel territorij, ab eo peti potest investitura, & recipi, & etiam ab alio competitore cum protestatione, ut per hoc non velit præjudicare, ad quem illud de jure spectabit, vel potest vasallus differre investituram ab utroque, donec unus eorum obtinebit cum protestatione tamen, quòd per eum non stet, cùm dubitetur, & contentio sit, quis sit verus dominus, & ad quem territorium, & jus investituræ spectet, quòd si hoc sciret, esset paratus ab eo recipere investituram. Et ex istis tribus remedijs, si vasallus unam sequitur viam, feudo posteà ab uno, vel ab alio privari non potest, dato, quòd mandato fuerit inobediens. Verùm articulus noster Schraderi opinionem simpliciter approbat, quòd duobus, vel pluribus, de feudo litigantibus vasallus in possessione feudi sit relinquendus, soll das Lehen mit Ruhe besitzen / in dessen Nutz / vnnd Gewehr er gesessen ist / addita ratione, quòd litigium illorum vasallo debeat esse sine præjudicio. Et quamvìs Schraderus, Wurmbserus, & alij requirant, ut vasallus protestetur, per ipsum non stare, quò minùs à vero domino feudum recognoscat, tamen de hac protestatione articulus noster nihil dicit, ut proindè illam minimè arbitremur necessariam esse, *Balthas. ad hunc. tit. resol. 3. n. 1.*

3 Si quæras, an post litigium finitum vasallo tunc primùm incipiat currere annus, & dies pro recognitione investituræ facienda? Respondemus, DD. Consiliarios hujus quidem opinionis fuisse, sed illorum monitum neglectum fuit, ex quo collegi, quòd ulterior concessio anni, & diei legislatori fuerit visa exorbitans, cùm fieri possit, prout proh dolor! ferè quotidianum est, ut lis in plures annos duret, post quorum decursum utique vasallo ulterior terminus indulgendus non est, maximè, cùm articulus noster disponat, ut is, qui victoriam obtinuit, vasallum ad feudum recognoscendum citare debeat, quæ citatio supplet spatium unius anni, & diei, aliàs de jure præfixum, & fortè tempore litigij multoties decursum.

4 Si ulteriùs quæras, annè ex hoc articulo deduci possit, quòd in singulis mutationibus feudi citatio vasalli, vel hæredum ejus necessaria sit? Respondemus, cùm de jure communi feudali quilibet vasallus obligatus sit,

sine

sine ulla citatione, aut notificatione à tempore scientiæ feudi investituram intrà annum, & diem decenter requirere. *Vult. de feud. lib. 1. cap 7. n. 99. Rosenthal. de feud. cap. 6. conclus. 30. n. 20.* non putamus, per verba hujus articuli, auff erfordern / pro omnibus casibus generalem Regulam fuisse constitutam, sed tantùm pro hoc speciali casu, quo feudum inter duos, vel plures controversum est, cùm enim post litem finitam, ut diximus, vasallo ulterior terminus anni, & diei non indulgeatur, ipse autem exitum litis observare non teneatur, congruum est, ut victor ex litigantibus eidem terminum ad comparendũ, & fidelitatem præstandam præfigat. In curia nostra feudali terminus anni, & diei, si mutatio contingat ex parte vasalli, strictissimè observatur, ita ut hæredes, sive successores feudales ad investituram non admittantur, nisi attestationem mortis exhibeant, & doceant, se intrà legitimum tempus renovationem investituræ petijsse. Sed in casu mortis domini, in einem Haubt-Fall / expediuntur mandata ad singulas præfecturas, & vasalli publicè citantur, non ad hunc finem, quasi illud necessarium sit, sed ut omnia meliori ordine in curia feudali expediri possint, ne copiosus concursus vasallis inutiles expensas creet.

Der Fünffte Articul.

ERscheint einer vor Rechten / vnnd spricht / er habe ein Lehen / vnnd wisse seinen rechten Lehen-Herrn nit / darvon ers empfangen soll / dem soll man gebührliche Gerichts-Termin / vnd Zeit nachzuforschen geben / hat er in solcher Zeit seinen rechten Lehen-Herrn nit erforscht / so soll er Vereden mit seinem Ayd / daß er seinen rechten Lehen-Herrn noch nit erfragt hab / oder nit wiß / So er das thut / soll er alsdann in Nutz vnnd Gewehr seines Lehens sitzen / Jahr vnd Tag / Und da er jhne nach Erscheinung deß Jahrs noch nit erforscht / wider kommen für Gericht / vnd abermahl Vereden mit seinem Ayd / daß er seinen rechten Lehen-Herrn noch nit wiß / noch auch den / davon es derselb Herr zulehen hat / So das beschicht / mag alsdann der Lehen-Mann solch Lehen empfangen / von dem Lands-Fürsten. Kombt aber hernach der jenig / der sich für den Lehen-Herrn anzaigt / so soll derselb Lehen-Herr auff das nechst für Gericht stehen / vnnd beweisen / daß er bey dem Land nit gewesen sey / oder Vereden mit seinem Ayd / daß er nit gewüst hab / daß er leyhen soll. So der Lehen-Herr das thut / soll weder jhme noch dem Lehen-Mann schaden / daß das Lehen vom Lands-Fürsten empfangen ist / sonder darauff der Lehen-Herr / solch Lehen / seinem Lehen-Mann füran leyhen / wie sich gebührt / vnd wie Lehens Recht ist.

SUMMARIA.

1. *An annus, & dies petendi renovationem currat ignoranti, vel incipiat à tempore notitiæ?*
2. *Quid si vasallus nesciat, bonum feudale esse, vel ignoret dominum, aut non sciat, ubi degat?*
3. *An articulus loquatur de casu mutationis ex parte vasalli, vel dñi contingentis?*
4. *Si dominus est absens, quomodò vasallus se gubernare debeat, ne feloniam incurrat?*
5. *An dies, & annus à tempore mortis vasalli computetur, vel à decursu termini judicialis pro ulteriori indagatione domini dati?*

6. *An*

6. An in absentia domini subfeudatarij investitura coram Principe terræ, vel subfeudatarij domino directo fieri debeat?

7. Quid ipse dominus post reditum ad supplendam à se neglectam investituram agere debeat?

8. Quomodò absentia probanda sit?

9. An hæc omnia solummodò intelligenda sint de feudis privatorum, vel etiam de feudis à principe concessis?

10. An Principis in casum absentiæ suppletiva investitura post reditum domini fiat ipso jure nulla?

11. An Principi, qui supplet investituram, solvendæ sint expensæ instrumentales, an verò domino suo tempore restituendæ, vel à vasallo duplicandæ?

12. Quid dicendum de relevio, an etiam solvendum, posteà restituendum, vel duplicandum?

1 IN præcedenti articulo jam diximus, quòd tempus anni, & diei petendi renovationem investituræ non currat ignoranti, sed demum à tempore scientiæ, hoc est, cùm scit, & notitiam habet, se feudum possidere, & illud vacans esse. Per rationem, quam *D. Gail. lib. 2. obs. 48. n. 8.* affert, quia, qui sciens, prudénsque non petit investituram legitimo tempore, in mala fide, & dolo est, atque dominum contemnere, & feudi possessionem eidem intervertere velle videtur, & proinde ob contemptum indignum se facit feudo, & illo meritò privatur, at talis contemptus cessat ob justam ignorantiam, quia ignorans non contemnit dominum. *l. si ignorans. ff. locati. l. fin. ff. de operibus publ. l. generali. Cod. de tabular.* justa autem ignorantia est, si quis vasallo succedat, ignorans illum vasallum fuisse, fortè non repertis in hæreditate investituris, hæres enim versatur in justa ignorantia. *Gail. lib. 2. observ. 48. num. 11. Mynsing. cent. 5. observ. 9. n. 8. Schrader. part. 6. cap. 2.*

2 Quamvis igitur articulus noster secundùm rubrũ, vmb Lehen / da man den Lehen-Herrn nit waiß / de hoc casu loqui videatur, si quis bonum feudale possideat, quod nescit bonum feudale esse, & sic dominum ejus ignorat, tamen alius est sensus articuli nostri, qui præsupponit, possessori qualitatem feudalem notam esse, sibi interim non constare, ubi loci dominus degat, in quo casu *Schraderus. de feudis. part. 6. cap. 2. num. 39.* decidit, vasallum excusari, si propter absentiam domini intrà annum, & diem investituram non petierit, sive absentia domini fuerit justa, sive injusta, modò dominus absens fuerit in loco admodùm remoto, ut vasallus sine magnis sumptibus ipsum pro petenda investitura accedere non potuerit, & peregrè proficiscens domi mandatarium, sive procuratorem pro impertiendis investituris feudalibus non reliquerit, prout etiam absentia vasalli, (si tamen justa sit) à caducitate excusationem præstat. *Schrader. loc. cit. num. 40.* Et de hoc casu articulus noster specialiter loquitur desumptus ex Reformat: de Anno 1588. *Art. 9. Tit. 26.* & exactiorem de absentia domini probationem ignorantiæ requirit.

3 Imprimis autem puto, certum esse, quòd articulus noster tantùm loquatur de casu, quo mutatio contingit ex parte vasalli: Si enim hæres vasalli sine crassa, & supina negligentia nesciverit, bonum feudale esse, ex modò dictis à felonia excusatur: Si autem sciverit, bonũ esse feudale, & quidem ab hoc, vel illo domino, & ultra integrum annum, & diem propter absentiam domini qualemcunque justam, sive injustam feudi recognitionem neglexerit, nec illa fecerit, quæ articulus comprehendit, ut mox exsplicabimus, cadit jure suo: Nam, si casus ex parte domini absentis contigerit, ipsi vasallo nihil imputari potest, si ex ignorantia utpotè justa, & legitima renovationem intermiserit.

4 Sola igitur quæstio hujus articuli in eo consistit, quomodò hæres vasalli in absentia domini, quando ignorat, ubi loci degat, se gubernare debeat,

beat, ne ipsi ob culpâ neglectæ recognitionis felonia imputari possit, quod est primum caput hujus articuli, & secundò, quomodò ipse dominus post reditum suum neglectam à se investituræ concessionem supplere teneatur? Et ad primum Respondetur ex articulo nostro. 1. Necessarium esse, ut vasallus compareat coram ordinario magistratu, & contestetur, se paratum esse, ad feudum, quod à domino quodam absente habet, recognoscendû, sed, cùm nesciat, ubi degat, se à mora velle esse excusatum. Ad quam vasalli contestationem debet 2. judex illi constituere terminum juridicum, einen Gerichts-Termin / qui plerumque est quatuordecim dierum, vel unius mensis, ut dominum suum indaget. Elapso termino necessarium est 3. ut vasallus iterum se ad judicem ordinariû sistat, & juramento suo confirmet, quòd dominum suum indagaverit, sed invenire non potuerit. Post præstitum juramentum vasallus 4. constituitur in vera, & legitima possessione, kombt in die Nutz / vnnd Gewehr deß Lehen. Et 5. tempus habet, intrà annum, & diem ulteriùs indagandi, quo loci dominus suus feudalis se sustineat, cujus cognitionem si non adipiscatur, debet 6. iterum accedere ad judicem, & suam diligentiam inquirendi altero juramento confirmare, & tunc primùm 7. Princeps terræ absentis domini vices supplere, & vasallo investituram impertire potest. Vides benevole Lector, inter *Art. 3. praeced. Tit.* & hunc articulum nostrum magnam differentiam esse: In *Articulo 3. praeced. Tit.* Princeps terræ statim admittitur ad supplendam investituram, quam dominus contra obligationem sibi incumbentem denegavit, hîc non nisi post multum circuitum habita diligenti inquisitione, & bis desuper præstito juramento, cujus differentiæ ratio est, quòd in priori titulo agatur de domino investituram contra proprium consensum denegante, qui nullum favorem meretur, at hîc agimus de domino absente, & inscio, cui utique jus suum non nisi cum pleniore cognitione auferri debet.

Sed duo adhuc in hoc articulo exsplicanda sunt. Primum est, an, si vasallus intrà primum terminû judicialem, in dem ersten Gerichts-Termin / dominum suum indagare non potuerit, annus, & dies pro ulteriori indagatione primùm incipiat currere à prioris termini judicialis decursu? Respondemus, nobis probabilius videri, primum terminum judicialem vi hujus articuli tantùm ad hunc effectum concedi, ut vasallus justam, & legitimam possessionem acquirat, daß er in Nutz / vnd Gewehr deß Lebens kom-me / reliquum tempus autem anni, & diei continuativè considerari debeat, ita ut termino anni, & diei à tempore mortis vasalli computando penitùs, & plenè elapso novo vasallo jus competat, investituram à domino terræ obtinendi. 5

Secundum est, quare articulus dicat, vasallum novum ad juramentum obligatum esse, quòd dominum suum indagare non potuerit, nec NB. illum, davon es derselb Herr zulehen hat? Respondemus, hunc articulum innuere, ut paulò antè exsplicavimus, duplicia feuda esse. 1. Quæ quis jure allodiali & proprio in feudum dat, & alia, quæ ipse quoque in feudum recognoscit, sed alijs postmodùm in subfeudum concedit: Si igitur ponas, aliquem ejusmodi subfeuda habere, & subvasallum nescire dominum suum, quæritur, an post diligentem inquisitionem, sive indagationem, & desuper præstitum repetitum juramentum, quòd eum nec intrà terminum judicialem, nec intrà annum, & diem invenerit, supplementum investituræ petere debeat apud Principem terræ, vel apud domini subfeudatarij seniorem? Et Respondemus, convenienter ad præcedentia, cùm subfeuda pertineant ad absentis subfeudatarij domini dominum directum, sive seniorem, qui præsens est, quòd supplementum investituræ non à domino terræ, sed à domino feudatario principali fieri debeat, & hic est sensus prædictorum 6

verborum quoad primum caput hujus articuli, obligationis ſcilicet vaſallo ignoranti dominum ſuum incumbentis.

7 Quod autem attinet ad ſecundum caput hujus articuli, id eſt obligationem, quam dominus ob neglectam in abſentia ſua inveſtituræ conceſſionem habet, juxta regulam ſupra jam allegatam, quòd obligatio domini, & vaſalli reciproca, & correlativa ſit, articulus noſter decidit, domino poſt reditum ſuum non minùs, quàm vaſallo poſt mutationem feudi contingentem incumbere, ut ſe coram judice ordinario ſiſtat, & probet, quòd extra Provinciam abſens fuerit, vel juramento ſuo confirmet, quòd neſciverit, caſum contigiſſe, qui ſibi renovationis feudi neceſſitatem adduxerit, ſive, ut verba ſimpliciter ſonant, jurare debet, ſe neſciviſſe, quòd inveſtire debuerit, ex quibus verbis iterum deducimus, dominum à neglecta inveſtituræ renovatione excuſari dupliciter, vel propter abſentiam, vel, ſi fuerit præſens, propter ignorantiam mutationis factæ in feudo: Caſus abſentiæ juxta verba
8 articuli probari debet, quod nos intelligimus de probatione vera per teſtes, vel documenta, quod facilè fieri poteſt, cùm conſiſtat in facto, ignorantia verò juramento aſſeri, & confirmari debet, quia conſiſtit in animo.

Factis itaque ex utraque parte tam vaſalli, quàm domini modò dictis veris, vel juratorijs probationibus, neutri ob abſentiam, vel ignorantiam præjudicium oritur ex eo, quòd in defectu inveſtitura à domino terræ, vel (ut ſupplendum eſt in ſubfeudis) à domino ſeniore, & directo, ſive primo concedente conceſſa fuerit.

9 Ex hoc autem articulo, & modò exſplicatis verbis apparet, quæ in hoc titulo ſtatuuntur, potiſſimùm intelligenda eſſe de feudis privatorum: Quomodò enim vaſallus, qui feudum à Principe terræ habet, juſtè allegare poteſt, ſe neſcire, aut non cognoſcere dominum ſuum, & quomodò jurare poterit, ſe illum non potuiſſe indagare, cùm etiam in abſentia Principis curia feudalis omnibus pateat? Et quis Principi terræ obligationem imponet, ut probet, ſe abſentem fuiſſe, vel ut juret, ſibi ignotum fuiſſe, quòd alterius inveſtiendi caſus contigerit, aut coram quo judice ſe Princeps ſiſtet, ubi probationem, vel realem, vel juratoriam de abſentia, vel ignorantia deponat? Hæc enim omnia paradoxa ſunt utique, & abſurda, & proinde veriſſimum, quod diximus ad *Art. 2.* hæc ſtatuta pro privatis, & non pro Principe terræ facta eſſe.

10 Sed quid dicendum, ſi dominus peregrè abſens redierit, vel etiam hactenùs ignotus in cognitionem venerit, eſtnè hoc ipſo inveſtitura à domino terræ, vel in ſubfeudis à ſuperiore domino, vel mediato impetrata ipſo jure irrita, ita ut à domino feudi imediato renovari debeat? Videtur, quòd ſic, juxta *Art. 3. Tit. 11.* Ubi dicitur, quòd, renuente dño feudi inveſtiturã novo vaſallo ſine legitima cauſa concedere, illam Princeps terræ ſupplere poſſit, donec dominus feudi reſipiſcat, & inveſtituram renovet, qua renovatione facta mortificatur inveſtitura Principis. Es ſoll deß Lands-Fürſt Verleyhung abſeyn / ergò ſimiliter dicendum eſt, quòd juxta hunc articulum Principis terræ ſuppletiva inveſtitura in caſu abſentiæ, vel ignorantiæ domini feudalis conceſſa poſt reditum, vel cognitionem domini mortificari debeat: Sed nobis videtur, ex contextu articuli noſtri aliud dicendum eſſe, verba enim illius de mortificatione nihil, ſed directò contrarium habent, cùm domino redeunti, vel cognito tantùm poteſtas detur, vaſallo ſuo NB. impoſterum, füran / inveſtituram concedendi, ergò præſupponitur inveſtitura Principis terræ priùs data, rata & firma eſſe. Inter utrumque caſum nempè *Artic. 3. præced. & Artic. 5. hujus Tit.* hæc diſtinctio eſt, quòd prior inveſtitura domini terræ potiùs ſit compulſiva, hæc autem verè ſuppletoria, ibi dominus officium ſuum negligit, hîc domino nihil imputari poteſt, quando præſupponimus, cum juxta tenorem articuli, vel abſen-

ſentiam, vel ignorantiam ſuam, vel per legitimam probationem, vel per juramentum juſtificaſſe: Ibi fit conceſſio inveſtituræ à Principe tantùm temporalis, donec dominus feudi officium ſuum faciat: Hîc autem perpetua ſine ulla reſtrictione: Ibi proceditur in contumaciam domini, hîc pro ſecuritate vaſalli. Non eſt igitur mirum, ſi hæc poſterior inveſtitura Principis durabilis ſit, prior verò poſt domini correctionem mutabilis.

Si quæras, an in caſu, quo dominus terræ, der Lands-Fürſt / juxta tenorem *Artic. 4. Tit. præced. & Artic. præſent.* inveſtituram feudi ſupplet, ipſi ſolvendæ ſint expenſæ litterariæ, ſive inſtrumentales, die Brieff / und Sigel-Gelter: Item ſecundò, an debeatur laudemium, ſive relevium, der gewohnliche Lehenraich / de quo in *Artic. 8.* & denique tertiò, an ejuſmodi expenſæ vero domino feudi ſuo tempore reſtituendæ, vel à vaſallo duplicandæ ſint? De his quæſtionibus in articulo noſtro nihil continetur, & eò difficilior reſponſio eſt, quia utriúſque articuli antiqua diſpoſitio cum jure comuni vix ullam convenientiam habet, ſed ex ſolo Patriæ noſtræ antiquiſſima conſuetudine, & obſervantia dependet, dicemus tamen noſtram opinionem breviter. 11

Et quidem, quod attinet ad primum, ſi Princeps terræ, vel ob contumaciam domini directi, vel ob ejus abſentiam, & ignorantiam inveſtituram ſupplet, noſtra opinione expenſæ litterariæ, & inſtrumentales omninò debentur: Ratio eſt, quia facit officium ſibi in defectum domini feudalis ipſo jure incumbens, quod ipſius officiales, & miniſtri gratìs adminiſtrare non tenentur. In hoc videtur eſſe potior difficultas, an in caſu utriuſque articuli par ſit ratio? Et Reſpondemus, quòd in neutro caſu duplicatæ expenſæ litterariæ, ſive inſtrumentales debeantur, in primo caſu propterea non, quia dominus contumax ſibi imputare debet, quòd vaſallo contra promiſſionem datam inveſtituram contumaciter denegaverit, tametſi igitur pœnitentiâ ductus illam ex poſtfacto concedat, & juxta *Artic. 3. Tit. 11.* diſpoſitionem Principis terræ ſuppletoria inveſtitura irritetur, ſive mortificetur, nobis tamen iniquum eſſe videtur, ut vaſallus teneatur propterea, novas expenſas inſtrumentales facere, ſed hæc eſt pœna domini contumacis, ut inveſtituram poſteà gratìs faciat: In ſecundo verò caſu articuli præſentis manet ſuppletoria inveſtitura Principis, & quia à domino feudali ex poſtfacto redeunte, vel cognito, inveſtitura nova loco Principis danda non eſt, ideò nec novæ expenſæ litterariæ, ſive inſtrumentales, Sigel / und Brieff-Gelt / requiruntur.

Reſpondetur ad ſecundum, cùm in caſu *Artic. 3. præced. Tit.* Principis terræ inveſtitura ſit tantùm temporalis, & compulſiva, donec ſcilicet dominus feudi officio ſuo ſatisfaciat, exiſtimamus, pro inveſtitura Principis temporali nullum relevium ſolvendum; Vel, ſi ſolutum eſt domino feudali, poſt pœnitentiam, & præſtationem officij ſui reſtituendum eſſe: Ratio eſt, quia juxta tenorem articuli inveſtitura Principis irritatur, & mortificatur, & inveſtitura domini feudalis valorem, & efficaciam acquirit, quæ eſt cauſa relevij, ſequitur igitur relevium tanquam effectus ſuam cauſam: Aliud videtur dicendum de caſu noſtri articuli, nam, quia ſecundùm dicta Principis terræ inveſtitura in caſu abſentiæ, vel ignorantiæ facta durabilis, & im̄utabilis eſt, conſequens eſſe deducitur, quòd relevium Principi terræ, & non domino feudali debeatur. Verùm nec hoc admittere poſſumus, nam etſi inveſtitura à Principe data ſecundùm tenorem hujus articuli durabilis ſit, nihilominùs tamen, quia relevium ſolvitur in recognitionem domini, & dominus feudi, qui fuit abſens, vel ignotus, verè ſemper permanſit dominus, noſtra opinione ſequitur evidenter, quòd relevium ipſi, non Principi terræ debeatur, ſed nudæ expenſæ litterariæ. 12

Zzzz 2 Et

Et hinc ad tertium facilis eſt Reſponſio, quòd innocenti vaſallo nulla duplicatio, ſive expenſarum inſtrumentalium, ſive releviorum, aut laudemiorum juſtè imponi poſſit.

Der Sechſte Articul.

Da / wegen der Haimbfallung oder Verworchung deß Lehens / zwiſchen dem Lehen-Herrn vnd Lehen-Mann / oder deſſen Erben Irrung endſtünde / Soll der Lehen-Herr das Lehen aygens Gewalts / vnd Willens nit einziehen / ſonder ſein Recht erſuechen / durch den Richter / vnd ſein Fürgeben außführen / wie recht iſt. Wo aber das Lehen-Guet keinen Beſitzer hat / noch jemand ſich deß Innhabens anmaſte / ſo mag der Lehen-Herr daſſelb wol einziehen / vnd da jnner Jahrs-Friſt niemand das Lehen verantwortet / ſo ſoll der Lehen-Herr das Lehen behaubt haben / als ander ſein aygen Guet. Es wäre dann der jenig / welcher das Lehen vertretten wolt / nit bey Land geweſen / dann da er zu Land kombt / ſoll jhme deß Lehen-Herrns Gewehr ónſchädlich ſeyn / vnd darumben zwiſchen jhnen ferrer geſchehen / was recht iſt.

SUMMARIA.

1. *Quando feudum revertatur ad dominum?*
2. *Quæ differentia inter aperturam, & feloniam?*
3. *An in hoc duplici caſu dominus vaſallum propria authoritate poſſeſſione rei feudalis deſtituere poſſit?*
4. *Quid ſi felonia, vel apertura ſit notoria, & non dubia, vel litigioſa?*
5. *An non dominus feudum vacuũ propria authoritate occupare poſſit?*
6. *An poſſeſſio ipſo jure à vaſallo defuncto tranſeat in hæredem, vel opus ſit naturali apprehenſione?*
7. *Quid ſi ſtatuto cautum, ut poſſeſſio in hæredem ſine apprehenſione ipſo jure tranſeat, an locum habeat in feudalibus?*
8. *Quid ſi dominus poſſeſſionem vacantem apprehendat, & intrà annum, & diem nullus feudum prætendat?*
9. *An iſte annus ſit utilis, vel continuus?*
10. *An omnes exceptiones admittantur in vaſallo putatitio, quæ in vero ſucceſſore feudali intrà annum, & diem feudum non recognoſcente?*
11. *An dicta annalis præſcriptio præjudicet abſenti?*
12. *Si per plures annos abſens ſit, an non in feudalibus, ſicut in allodialibus, tempus præſcriptionis duplicetur?*
13. *Solvitur objectio, & explicatur Artic. 1. Tit. 9.*
14. *An iſte decurſus anni, & diei ſit vera præſcriptio, vel potiùs jus caducitatis?*
15. *Si vaſallus delictum committit, & abit peregrè, an poſſeſſio vacua dici poſſit?*
16. *Quid ſi vaſallus abſens occupationem à domino factam ſciverit, & intrà annum, & diem acquieverit, an per hoc juri ſuo non renunciaverit?*
17. *Quid ſi vaſallus malefactor ſuper ſpolio egerit, dominus autem exceptionem caducitatis oppoſuerit, & oppoſitioni huic vaſallus tacitè conſenſerit?*
18. *An vaſallus vim domini ſpoliantis ſine felonia vi repellere poſſit?*

1 PRæcipui duo modi ſunt, quibus feudum revertitur ad dominum; Primus per aperturam; quando ſcilicet feudum poſt primi acquirentis generationem deficientem extinguitur: Alter modus eſt, quando vaſallus de-

lictum committit, quo feudo privatur; Hic terminus Delictum, non est
accipiendus criminosè, sed pro omni culpa, quæ de jure privationem feudi
inducit, prout, extra delicta graviora, sunt; Omissa debito tempore feudi
recognitio: Alienatio sine consensu domini facta: Præstatio servitiorum
neglecta: Desertio domini in prælio: Abnegatio qualitatis feudalis: Et
similia genera culparum tam in comittendo, quàm in omittendo consisten-
tium: Quorum 37. enumerat Vigelius *de feudis*, & decenter magìs cau-
sas amittendi feudi, quàm delicta nominat: Et hunc modum feloniam, vel
caducitatem vocant. De his duobus modis agit articulus noster, cujus ter-
minos non egrediemur. Aperturam vocat articulus noster Germanicè, die
Heimbfallung / feloniam, sive caducitatem, die Verworchung: Et quam- 2
vìs inter utrumque casum notabilis differentia sit, prout passim apud DD.
super ista quæstione, an & quatenùs dominus feudi proprietarius jus habeat,
feudum propria authoritate occupandi, plures distinctiones faciant, tamen
articulus noster unam pro utrisque casibus solidam regulam ponit, quòd do-
mino feudi licitum non sit, vasallum, aut ejus hæredes propria potestate, 3
& voluntate (quod idem est ac propria authoritate) possessione rei feudalis
destituere, sed, quòd jus, & prætensionem suam coram ordinario judice
petere, &, prout juris est, deducere debeat. Hac igitur justissima lege sup-
posita, de apicibus juris, an feudo finito naturalis possessio vasalli consoli-
detur cum civili possessione domini? An ex parte vasalli, vel hæredum, ejus
facto, vel verbis resistentia facta fuerit? An dominus directus feudi in re
feudali jurisdictionem habeat, vel non? &c. disputandum non est, quia ar-
ticulus noster omni distinctione intermissa simpliciter disponit, in utroque ca-
su aperturæ, & caducitatis, sive feloniæ, sententiâ judicis ordinarij opus es-
se. Et hoc adeò verum est, sive apertura, & caducitas clara, & notoria, 4
sive dubia, & litigiosa sit; Quia in primo casu opus est sententiâ decla-
ratoriâ judicis. In secundo casu, sententiâ decisoriâ: Certè convenienter
cum jure comuni, & æquitate naturali, quam ulteriùs deducere brevitatis
causâ intermittimus, videantur *Dominus Gail. lib. 2. observ. 51. Mynsing.
cent. 6. observ. 77. Hartman. tit. 51. observ. 23. Schrader. de feud. part. 2.
part. 9. sect. 9. num. 13. Rosenthal. de feud. cap. 10. conclus. 41. num. 63.
& sequentibus.*

Unicam, & notabilem exceptionem ponit articulus noster, si nimirum 5
feudum fuerit vacuum, & sine possessore, quia tunc dominus, occupando
feudum propria authoritate, nemini facit injuriam, sed jure suo utitur, dum
possessionem naturalem feudi vacantis cum possessione civili conjungit,
quam conjunctionem ipso jure fieri, multi DD. admittunt, & proinde in ca-
su aperturæ (nam in casu caducitatis aliud dicendum esset) occupationem
domini propria authoritate admittunt. Ante viginti quinque circiter annos
in curia feudali casum habui valdè controversum: Possidebat enim qui-
dam nobilis feudum Electorale masculinum ultra 50000. florenorum æsti-
matum, quo defuncto sine ulla successione mascula, vel fœminea, ego tan-
quam Præpositus supremus curiæ feudalis occupavi feudum, antequàm scire-
tur, quis defuncti vasalli legitimus hæres sit ab intestato. Post duos dies
superveniunt prædefuncti vasalli curatores (fuit enim non satìs integræ
mentis, & propterea eidem ad administrationem rerum suarum duo cura-
tores adjuncti) qui curiam feudalem super spolio convenerunt, & in pri-
ma instantia Aulici Consilij sententiam pro restitutione cum omni causa im-
petrârunt, cùm autem in Revisorio allegarem, possessionem fuisse vacuam,
quia inter ipsos hæredes extraneos collaterales feudi incapaces de successio-
ne lis ex postfacto oriebatur, non tantùm in possessorio obtinui, sed etiam ab
hæredum in petitorio instituta actione absolutus fui. Lepidissimum fuit,
quòd, cùm mandatarius meus, pro capienda possessione feudi vacantis mis-

sus, ex arcis feudalis postibus splentrem exciderit, & ex horti fundo cespitem effoderit, pro signo apprehensæ possessionis realis adhibitis testibus, unus ex curatoribus valdè incivilis, & inurbanus serò superveniens in despectum curiæ feudalis ventris exoneratione fossam repleverit, quam injuriam tamen satìs severiter luit. Manet igitur exceptio articuli nostri firma, quòd dominus feudi aperti, vel caduci possessionem ingredi possit, si illam invenerit vacuam. Isti boni curatores, quamvìs fuerint advocati, & profiterentur se juris peritos, intolerabiliter in hoc errârunt, quòd putaverint, possessionem à defuncto vasallo ipso jure transire in hæredem, & quidem, cùm defunctus nullum habuerit ex sanguine hæredem in testamento scriptum, quod longo tempore post mortem vasalli primùm fuit apertum, & publicatum, ac deinde multis annis disputatum, an is, cui in vita pro administratione bonorum suorum curatores constituti fuerunt, testamenti factionem habuerit; Cùm ècontra certi juris sit, quòd possessio defuncti in hæredem non transeat, nisi per eum fuerit naturaliter apprehensa, *l. cùm hæredes in princ. l. Pompon. §. quæsit. l. qui univers. §. quod per col. ff. de acquiren. poss. l. si sorore. Cod. de jure delib.* per rationem, quòd possessio hæredis sit nova possessio, & possessio defuncti morte ipsius exspiret, adeò ut possessio defuncti ipso jure nec in Ecclesiam hæredem institutam transeat, *Ant. Gabr. lib. 5. conclus. 9. n. 2.* quam doctrinam *Gabriel. loc. cit. n. 12.* ita extendit, ut dicat, quamvìs statuto cautum sit, ut possessio ipso jure sine apprehensione in hæredem transeat, hoc tamen in feudalibus locum non habere, cùm tale statutum strictissimæ sit interpretationis, & ab hærede ad successorem nullo modo extendendum.

6

7

8 Postquàm itaque dominus vacantem possessionem feudi apprehendit, conceditur illis, qui jus ad feudum prætendunt, integer annus, ut domino feudi apprehensionem litigiosam faciant, si enim hoc intrà anni spatium non fecerint, domino feudum acquisitum est, So soll der Lehen-Herr das Lehen behaubt haben.

9 Quæres, an hic annus sit utilis, vel continuus, & an incipiat currere à die occupationis, vel à die scientiæ, quo putatitij successores feudales de morte vasalli, & occupata possessione à domino notitiam acquisiverunt? Respondemus, nostra opinione præfixum articuli nostri terminum annalem utilem esse, & cursum suum incipere à die scientiæ, ratio nostra est, quia hic terminus succedit in locum illius, qui à jure feudali præfigitur vero successori vasallo ad feudum recognoscendum, & fidelitatis juramentum præstandum, *cap. 1. in princ. tit. quæ fuit prima causa ben. amitt. & cap. 1. vers. è converso eodem. tit. cap. 1. vers. vel post mortem. tit. de cap. Corradi. tit. prætereà si quis de prohibita feud. alien. pers. Mynsing. cent. 4. observ. 9. in princ.* Sed spatium annale ad feudum recognoscendum hæredi non currit, nisi ab eo die, quo hæres de morte vasalli notitiam accepit, *Jul. Clar. de feud. quæst. 49. vers. scias etiam. Gail. lib. 2. observ. 48. n. 8. cum sequentibus. Mynsing. dicta observ. 9. num. 8.* & quamvìs articulus noster simpliciter statuat terminum unius anni, quia tamen in vero successore feudali requiritur annus, & dies per jura supra allegata, non dubitarem, etiam putatitij successoris feudalis post decursum integrum annum intrà diem proximè sequentem factam prætensionem admittere, cùm, ut diximus, hic annus ad similitudinem illius temporis constitutus sit, quod vero successori vasallo ad recognitionem faciendam, & fidelitatem domino præstandam præfigitur, & hinc in casu nostri articuli contra lapsum hujus anni, & diei, Da der Lehen-Herr / das Lehen behaubten kan / omnes illas exceptiones facilè admitterem,

10 quas admittunt DD. in vero successore feudali, feudum intrà annum, & diem non recognoscente, de quibus vide *Vigel. in meth. jur. feud. de caus. amitt. feud. causa. 7. & 8.* E. G. accipiamus tantùm unam, vel alteram exceptio-

ceptionem : Primam ponit Vigelius, si pestis grassetur in eo loco, ubi dominus rei feudalis moratur, tunc vasallus excusatur, si intrà annum, & diem non accesserit, & investituram renovari curaverit : Hæc igitur causa justa reputatur, vasallū verum excusandi à felonia : Ex hac ipsa causa puto, etiam excusandū esse vasallū putatitiū, id est, qui bona fide se vasallū esse existimat, cùm tamen ex postfacto fortè appareat, quòd vasallus legitimus non sit : Similiter, si is, qui se vasallum esse bona fide existimat, infans fuerit, vel minor, vel miles, ei per annum, & diem intermissa investituræ renovatio non nocebit, item si defuncti vasalli, cujus se hæredem, vel successorem putat, mortem ignoraverit, &c. Sicut enim ejusmodi causæ excusant verum, & legitimum vasallum, ut dominus propter lapsum anni, & diei feudum, ut caducum apprehendere non possit, ita etiam excusare debent putatitium vasallum, donec de jure ejus cognoscatur, & judicetur.

A dispositione hujus articuli, quòd dominus occupando possessionem rei feudalis vacuam intrà annum & diem, consequatur feudum, daß er das Lehen behaubt / articulus noster in fine hanc exceptionem addit, nisi is, qui se vasallum esse, defendere contendit, welcher das Lehen vertretten will / non fuerit præsens, nam ex postfacto, si in patriam redierit, annalis ista possessio, & præscriptio domini, præjudicio esse non debet, so soll jhme deß Lehen-Herrn Gewehr vnschädlich seyn. Si ergò absenti annalis præscriptio non præjudicat, multò minùs, ut paulò antè diximus, præjudicabit in grassatione pesti-, vel si putatitius vasallus infans, aut minor fuerit, & de morte vasalli ignorantiam habuerit. Super quibus circumstantijs judicium subeundum, & judicandum est, quod est juris, vnd darumben soll zwischen jhnen ferner geschehen / was recht ist. 11

Quæres, si vasallus putatitius, qui se talem bona fide existimat, non tantùm per annum, & diem extra patriam absens fuerit, sed longiore tempore, per duos, tres, vel plures annos, an saltem in eo casu dominus præscripserit feudum à se apprehensum ? Ratio dubitandi est, quia regulariter præscriptio contra absentem duplicatur, ut diximus ad *Artic. 1. Tit. 9.* der Land-Recht : Si igitur dominus occupans possessionem vacuam feudi contra præsentem putatitium vasallum intrà annum, & diem, feudum præscribit, Er behaubt das Lehen / ergò contra absentem præscribit biennio. Sed sanè hunc esse sensum articuli nostri, judicare non possumus : Aliud enim hac in parte dicendum esse de feudis, quàm juxta *Tit. 9.* de allodialibus, omninò persuasum habemus, nam, quemadmodùm verus vasallus, qui præsens feudum intrà annum, & diem non recognoscit, illud amittit, si tamen ex justa causa absens fuerit, & vel mortem domini, vel tanquam hæres mortem vasalli per plures annos ignoraverit, propterea caducitatem non incurrit, ita nec ille, qui se bona fide vasallum esse existimat, caducitatem incurrit, si propter absentiam justam, vel domini, vel vasalli cujus hæredem, & feudi successorem se esse credit, mortem ignoravit. 12

Dices, *Artic. 1. dict. Tit. 9.* expresè loqui non solùm de allodialium præscriptione, sed etiam de præscriptione feudalium, juxta verba, Es seye Aygen / oder Lehen : Respondemus, redeundum esse ad exsplicationem illius articuli, ubi clarè ostendimus, illum tantùm intelligendum esse de eo casu, quo quis alteri rem feudalem, ut feudalem vendit, cùm tamen reverà, nec vasallus fuerit, nec rem feudalem vendendi jus, & licentiam habuerit, tunc enim bonæ fidei emptor contra verum vasallum cum titulo, & bona fide illam ut feudalem præscribit, præscriptione ordinaria quinque annorum inter præsentes, & decem inter absentes : De præscriptione autem, quæ competit domino adversùs vasallum, & vasallo adversùs dominum, ibi prorsùs nihil dicitur, & proinde exsplicationem horum casuum in alium locum reservavimus : Certè annus, & dies, qui in hoc articulo domino 13 14

mino

mino vacuam rei feudalis possessionem ingresso conceditur, non est propriè præscriptio, prout hactenùs impropriè nominavimus, sed potiùs juris domino competentis approbatio: Et hinc articulus non utitur verbis, **so hat der Herr das Lehen verjährt /** sed istis, **so hat der Herr das Lehen behaubt:** Sicut enim verus vasallus feudum amittit, si investituram per annum, & diem neglexerit, ita putatitius vasallus, qui utique minùs favorabilis est, quàm verus vasallus, prætensionem suam ad feudum amittere debet, si præsens illud intrà annum, & diem non recognoverit, & investituram impetraverit, ut proinde in utroque casu feudum ad dominum revertatur non jure præscriptionis, sed jure caducitatis, & feloniæ, cum hac sola distinctione inter verum, & putatitium vasallum, quòd præsupponamus, verum vasallum, qui recognitionem debito tempore neglexit, in possessione feudi esse; In casu verò nostri articuli, de putatitio vasallo loquentis, dominum feudi possessionem jam apprehendisse, ut ita secundùm priùs dicta in primo casu sententiâ declaratoriâ, vel decisoriâ opus habeat, in secundo verò nullâ, sed feudum obtinuit, **er hat das Lehen behaubt /** nisi vasallus putatitius docuerit, **daß ers nit hat behaubten könden.**

15 Specialiter autem notandum est, possessionem vacuam dici non posse, quando is, qui delictum comisit privatione dignum, absens est, V. G. Titius vasallus stupravit uxorem domini sui feudalis Cornelij, &, antequàm delictum fieret apertum, abijt peregrè. Tametsi igitur ex post facto delictum fiat manifestum, & notorium, nec sciatur, ubi vasallus malefactor degat, & an adhuc in vivis sit, vel non, dominus tamen feudum ingrediens, & possessionem occupans intrà annum, & diem securitatem non acquirit, **thuet das Lehen nit behaubten /** nisi probet, vasallum desertorem illud pro derelicto habuisse; Licèt enim absens in reali possessione feudi non sit constitutus, animo tamen civilem possessionem feudi retinet, & consequenter dominus possessionem feudi ingrediens beneficio hujus articuli non gaudet, quia reverà dici non potest, eum possessionem vacantem occupâsse, aliud est, si talis vasallus malefactor fortè fugitivus obijsset, ignorantibus hæredibus ejus obitum, & sic feudi possessionem negligentibus; Nam in tali casu dominus vacuam feudi possessionem, quæ juxta priùs dicta ipso jure in hæredes non transit, ingrediens intrà annum, & diem plenam securitatem adipiscitur.

16 Sed quid si ejusmodi vasallus delinquens occupationem feudi à domino factam esse sciverit, & intrà annum, & diem acquieverit? Respondemus, quòd præsumatur juri suo renunciâsse. *Ant. Gabr. de restit. spol. lib. 5. concluſ. 5. n. 71. Vult. de feud. lib. 1. cap. 11. n. 17.* Sanè, si ille, qui se legitimum hæredem vasalli defuncti, & successorem feudi existimaverit, domino possessionem feudi occupanti intrà annum, & diem non contradicit, **thuet sein Recht nit ersuechen / noch sein Fürgeben außführen /** jure suo cadit, multò magis ejusmodi malefactor post annum, & diem à prosecutione juris sui excludendus est.

17 Quid si autem supponas, quòd malefactor vasallus post notitiam possessionis à domino occupatæ contradixerit, & super spolio questus fuerit, dominus autem exceptionem caducitatis, & feudi ad se legitimè reversi opposuerit, & malefactor huic oppositioni tacitè consenserit? Respondemus, dominum post sententiam in petitorio super privatione feudi lata in possessione conservandum esse, juxta *Gabr. loc. cit. n. 61.* ubi dicit, si spoliatus patitur, fieri probationes in petitorio, ex quibus constet de jure spoliatoris, quòd remedium interdicti unde vi locum non habeat, imò plures admittunt, quando notoriè de non jure petentis restitutionem constat, maximè in delictis, quæ ipso jure caducitatem inducunt, restitutionem spoliato denegandam esse, quod tamen nos paulò antè reprobavimus. Juxta *Gail. lib. 2.*

observ.

observ. 51. & lib. 2. de pace publ. cap. 3. Mynsing. cent. 6. observ. 77. & *Hartman. tit. 54. observ. 23.* imò, si dominus vasallum propria authoritate expellat, & possessionem occupet, sicut quilibet alius spoliator jure suo privari, 18
& vasallus convocatis domesticis vim vi repellere, & se in possessione sua contra dominum sine crimine ingratitudinis, aut feloniæ manutenere potest. *Mynsing. cent. 4. observ. 91. n. 8. Schrader. de feud. 2. part. 9. princip. sect. 9. n. 16.*

Der Sibendte Articul.

SO füran ein Lehen-Mann sein Lehen-Guet will verkauffen / verschaffen / vergeben / verpfändten / oder einen Zinß / oder jchtes anders darauff verschreiben / der soll solches / wie oben auch geordnet / mit Wissen vnd Bewilligung seines Lehen-Herrns handlen / vnnd die Brieff vnnd Verschreibung / mit desselben seines Lehen-Herrns / oder dem er es befilcht / Jnsigel auffrichten vnd fertigen / bey Verwürckung deß Lehens / daß der Herr / wo solches / wie vorstehet / nit beschicht / vnnd der Lehen-Mann das Lehen auß seinen in eines andern Händ / würcklich geantwort hätte / darum̃ zu Straff / wie recht ist / beklagen vnd einziehen mag / vnd soll dannoch die Verschaffung / Ubergab / Verkauff / Verpfändtung / oder Verschreibung deß Lehens halben vngültig seyn.

SUMMARIA.

1. *An subscriptio, & sigillatio à domino feudi alteri committi possit?*
2. *Utrùm alienationes feudi inscijs dominis, & sine erectione instrumentorum sint nullæ, & quidem sub pœna privationis?*
3. *An idem de oppignoratione sit dicendum?*
4. *Quid si oppignoratio facta fuerit pro conservatione feudi, in extrema necessitate belli, famis? &c.*
5. *An privatio feudi obtineat, si alienatio per traditionem nondum fuit consummata?*
6. *An ficta traditio per constitutum sufficiat?*
7. *An etiam feudum oppignoratum actualiter, sive realiter debeat esse traditum?*
8. *An privatio feudi sit pœna, quæ pertinet ad fiscum, vel dominum?*
9. *Si alienatio notoria est, potestné dominus sine judicis sententia declaratoria vasallum privare?*
10. *Si emptor est in bona fide, ignorans rem esse feudalem, potestné dominus ad caducitatem agere?*
11. *An etiã alienatio feudi bursatici sine consensu domini sit ipso jure nulla, & caducitatem importet?*
12. *Feudum sine consensu domini in testamento relictũ, & apprehensum non redditur caducum, sed transit ad hæredes, ad quos jure successionis ab intestato pertinet.*
13. *An inter species alienationis etiam numeretur contractus emphyteuticus? &c.*

COnvenit hic articulus cum *Art. 3. præced. Tit. & Art. 9. Lib. 1. Tit. 3.* der Land- vnd Pollicey-Ordnung / ubi sufficienter exsplicavimus, quòd hodierno jure, nulla alienatio feudi teneat, nisi illa fiat cum præscitu, & consensu domini, & instrumentorum erectione, manu, & sigillo domini corroboratorum, ita ut in effectu juxta superiùs dicta duo necessaria sint, ut is, qui feudum alienare velit, dominum inprimis pro consensu requirat, quem si obtinuerit, & alienationem fecerit, debet insuper novus vasallus super isto contractu alienationis à domino feudi instrumentum novæ investi-

turæ impetrare: Et quamvis *cit. Art. 3. Tit. præced.* videatur, propriam domini sigillationem, & subscriptionem requirere, tamen articulus clarè disponit, quòd sigillatio, & subscriptio à domino feudi etiam alteri committi possit, juxta verba, Auch die Brieff vnd Verschreibung mit desselben seines Lehen-Herrn / oder NB. dem er es befilcht / Insigel auffrichten vnnd fertigen / quod etiam in pluribus curijs feudalibus sic observatur, ita ut erectio instrumentorū, der Lehen-Brieff / sub Præpositi feudalis expeditione, & subscriptione, vnder deß Lehen-Probst Underschreibung vnd Fertigung / plerùmque fiat, licèt Præpositus utatur sigillo domini, prout etiam in curia nostra Electorali omnia feudalia documenta litteraria expediuntur à Præposito feudali, cum hac tamen distinctione, si concernant feuda equestria, ipse Serenissimus Elector instrumenta subscribat simul cum Præposito, servato submissionis ordine, si autem concernant feuda tantùm bursatica, comūnia, & vulgaria, subscriptio fiat à solo Præposito, sigillatio verò sub Serenissimi Electoris Camerali Sigillo majore.

2 Quisquis autem præsumpserit, feudum qualecunque, sive equestre, sive vulgare, comūne, aut bursaticum inscio domino, & neglecta ejus instrumentali erectione alienare, non tantùm ipsa alienatio nulla, & invalida est, sed etiam vasallus pro pœna privatur feudo. Convenit hæc juris nostri statutarij dispositio cum jure feudali comuni in *cap. 1. de prohib. feud. alienat. per Lotha. & in cap. 1. de prohib. feud. alien. per Frid. & in cap. simil. in princ. de lege Corradi. & in cap. ult. de feud. sine culp. non amitt. Mynsing. cent. 6. observ. 30. num. 1. & sequentibus. Clarus. §. feud. quæst. 31. in princ. latè. Vigel. in sua meth. de causis amitt. feud. causa. 37. per totum.* quibus omnibus in locis alienatio feudi sub pœna privationis, inscio & invito domino vasallis interdicitur: Et licèt Lotharius hanc prohibitionem fecerit tantùm de futuro, ex quo apparet, etiam ante Lotharij constitutionem alienationes sine consensu dominorum factas fuisse legitimas, prout etiam antiqua nostra statuta Bavarica de Anno 1384. *cap. 6.* §. Umb Lehen verkauffen ohne deß Lehen-Herrn Wissen / alienationem non improbant, sed solummodò dominis feudalibus jus retractûs permittunt, tamen Lotharij constitutionem Fridericus in *cap. 1. de prohib. feud. alien. per Frid.* etiam ad casus præteritos extendit, & sancivit, ut alienationes feudorum inscijs dominis factæ cassæ, & irritæ esse debeant, nullius temporis præscriptione impediente: De quo suo loco plura dicemus, cùm Collegia nostra Electoralia in admittendis præscriptionibus contra curiam feudalem sint nimis proclivia.

3 Ab hac prohibita alienatione feudorum quidam DD. excipiunt oppignorationem, verùm articulus noster in specie etiam oppignorationem comprehendit, in verbo, Verpfändten / oder einen Zinß / oder jchts anderes darauff verschreiben: In quo juris feudalis assistentiam habet, cùm prohibitio *Frid. in dict. cap. 1.* expressè dicat, ut nulli liceat, feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel NB. pignorare, vel quocunque modo distrahere, &c. Imò nobis pignoratio, sive hypothecatio odiosior est, quàm alienatio, juxta priùs dicta, ubi sustinuimus, etiam in generali alienationis concessione domini oppignoratione non contineri, cùm per illam domino magis præjudicetur, quàm per ipsam alienationem totius feudi, quò Lectorem remittimus.

4 Nisi fortè oppignoratio facta fuerit pro conservatione feudi, pro prestandis servitijs feudalibus, vel in extrema, & inevitabili necessitate belli, famis, &c. vel solùm de fructibus feudi, de quibus, & similibus casibus videri possunt DD. *ad dictos titulos de prohib. feud. alien. per Loth. & Frider.* quos omnes hìc examinare, nimis operosum foret, videatur supra allegatus Vigelius, ubi hujus regulæ 25. exceptiones facit, & illas ad longum utiliter examinat.

In

In nostro articulo principalissima exceptio hæc est, ut vasallus propter 5
alienationem sine consensu domini factam caducitatem, aut privationem feudi non incurrat, nisi alienatio per traditionem fuerit consumata, wann der Lehen-Mann das Lehen auß seinen / in eines anderen Händ würcklich geantwortet hat: Et hæc exceptio comuniter etiam de jure feudali approbatur, videatur *Tyraquellus. lib. 1. de retractu. §. 1. gloss. 2. n. 45. Clarus. in §. feud. quæst. 31. vers. 3.* ubi tamen disputat, an ficta traditio per constitutum 6
caducitatem inducat, quod planè secundùm articulum nostrum dubium meretur, cùm ille traditionem non verbalem per clausulam constituti, sed realem de manu in manum requirat, da der Lehen-Mann das Lehen auß seinen / in eines anderen Händ würcklich geantwortet hätte / ubi notetur verbũ, würcklich / id est realiter, & actualiter, & non verbaliter per nudam clausulam constituti.

Sed quid dicendum est de oppignoratione, seu hypothecatione, annè 7
privatio feudi etiam locum non habet, nisi feudum oppignoratum creditori actualiter, sive realiter fuerit traditum, & in manus consignatum? Et Respondemus affirmativè, quia articulus noster de oppignoratione, sive hypothecatione nullam exceptionem facit, prout etiam in oppignoratione traditionem expresse requirunt *Clarus. in dicta quæst. 34. in fine.* & *Borch. de feud. cap. 8. num. 41.* gravis enim pœna est privatio feudi, unde in neutro casu, sive plenæ alienationis, sive oppignorationis admittenda, nisi, ut paulò antè diximus, tractatus per actualem traditionem fuerit consummatus.

Quæres, cùm articulus noster caducitatem feudi, die Verwürckung 8
deß Lehens / alienatori pro pœna injungat, ad quem hæc pœna pertineat, an ad fiscum, vel ad dominum? Pro fisco facit comunis regula, quòd pœnarum, & mulctarũ compendia fisco cedant, sed aliud statuitur in *cap. ult. de feud. sine culpa non amitt.* his verbis, si quis miles beneficium suum vendiderit totum, sine voluntate, vel jussu domini sui: Ut proprium beneficium amittat, decernimus, dominus verò habeat; Idem habetur in *cap. simil. in princ. de l. Corradi.* ibi in verbis, *Domino aperitur*, & in *cap. Imper. §. callidis. de prohib. feud. alien. per Frid.* ibi: Pœna authoritate nostra imminente, ut venditor, & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse, feudum amittant, & ad dominum liberè revertatur, ut proinde privatio feudi propriè pœna, sive mulcta non sit, sed amissio beneficij, quo alienator se indignum reddidit, ut propterea revertatur ad concedentem. Quod etiam confirmat articulus noster, qui domino facultatem concedit, vasallum super caducitate conveniendi, & feudi repetendi, daß er den Lehen-Mann darumb zur Straff beklagen / vnnd das Lehen einziehen mög.

Et per modò dicta verba confirmantur ea, quæ ad *Artic. 6.* diximus, 9
quòd dominus feudum ex quocunque delicto, sive causa caducum, propria authoritate ingredi non possit, tametsi delictum notorium sit, quia articulus noster in casu alienationis non distinguit, an illa notoria, vel dubia sit, sed simpliciter requirit, daß der Herr vmb die Caducitet vnd Einziehung klagen müsse / ut in casu notorio saltem obtineat sententiam declaratoriam, in casu verò dubio sententiam decisoriam.

Quid si verò emptor fuerit in bona fide, & rem sibi venditam feudalem 10
esse ignoraverit, potestné dominus nihilominùs ad caducitatem agere, & feudi adjudicationem petere? Et Respondet articulus noster, quòd sic, cùm omnis ejusmodi alienatio prorsùs invalida, & irrita sit, vnd soll dannoch die Verschaffung / Ubergab / Verkauff / Verpfändung / oder Verschreibung deß Lehen halber vngültig seyn / præsupposita igitur nullitate alienationis, dominus rectè agit pro revocatione feudi rei vindicatoriâ, salva interim

emptori actione de evictione adversùs vasallum venditorem ; Convenit hæc dispositio cum *cap. 1. de prohib. alien. feud. per Frid.* ubi Fridericus Imper. dicit : Nos autem ad pleniorem regni utilitatem providentes non solùm imposterum, sed etiam hujusmodi alienationes illicitas hactenùs perpetratas hac præsenti sanctione cassamus, & in irritum deducimus, nullius temporis præscriptione impediente : Quia quod ab initio de jure non valuit, tractu temporis convalescere non debet, emptori bonæ fidei ex empto actione de pretio contra venditorem competente.

11 Quæres, an etiam alienatio feudi bursatici sine consensu domini facta ipso jure nulla sit,& caducitatem post se trahat ? Ratio dubitandi est, quia, ut supra *Tit. 11. Art. 4.* diximus, dominus consensum suum ad alienationem feudi bursatici denegare non potest, non videtur igitur tantum crimen subesse, ut nullitati, & caducitati locum faciat, sed, cùm articulus noster in omni feudo expressum domini consensum requirat, nec ullum feudum excipiat, simpliciter dicendum est, alienationem feudorum bursaticorum sine præscitu, & consensu domini factam, non minùs nullam, & irritam esse, quàm alterius cujuslibet feudi ; Ratio est, quia, licèt dominus in alienationem feudorum bursaticorum consentire teneatur, debet tamen à vasallo pro consensu decenter requiri, quam requisitionem si intermittat, videtur non minùs dominum contemnere, quàm alius quivis vasallus, ob quem contemptum jura pœnam caducitatis inducunt. Imò putamus, certissimum esse, si contra talem vasallum alienatorem dominus strictè procedere velit, quòd ad privationem agere possit, quamvìs id raró fiat, cùm in ejusmodi causis levibus, ut est alienatio, intermissa recognitio, &c. clementia severitati proponatur, & cassata alienatione plerúmque alienatori pœna unius relevij injungatur. Videtur hoc non malè convenire cum dicto *Artic. 4.* qui disponit, si vasallus feudum bursaticum sine præscitu, & consensu domini, vel per testamentum, vel aliam ultimam voluntatem extraneó dederit, hanc alienationem per ultimam voluntatem factam quidem irritam esse, feudum verò bursaticum non reverti ad dominum, sed transire ad hæredes, ad quos jure successionis ab intestato pertinet. Ex quo colligitur, quòd non omnis alienatio absque domini voluntate facta tam strictè caducitatem importet.

12 Dices, hunc casum specialem esse, in quo agitur de alienatione per ultimam voluntatem ; Nam præsupponitur hæres, vel legatarius nondum in possessionem rei feudalis devenisse, diximus autem paulò antè, quòd alienatio feudi caducitatem post se non trahat, quàmdiu rei alienatæ traditio non fuit facta. Respondemus, usum curiæ nostræ esse, tametsi hæres, vel legatarius feudum sibi per ultimam voluntatem sine præscitu, & consensu domini relictum actualiter apprehenderit, ut non agatur ad privationem feudi ex capite caducitatis, sed post declarationem nullitatis talia feuda relinquantur illis, ad quos ab intestato devenissent, quamvìs nihil obstare videamus, quod privationem jure impedire possit.

13 Inter species alienationis numeratur etiam contractus emphyteuticarius, libellarius, &c. juxta *Art. 9. Lib. 1. Tit. 3.* der Lands- und Pollicey-Ordnung / qui per expressum prohibet, feudum à vasallo alteri in emphyteusin concedi, & tamen ante paucos annos clementissima resolutio emanavit, ut ob taliter factas alienationes feuda non habeantur pro caducis in curia Electorali, sed vasallis injungatur, ut ejusmodi alienationes irritas faciant, & restituto pretio feuda ab onere emphyteusis liberent, cùm tamen reverà Electoralis curia feudalis jus habuisset, super caducitate, & privatione talium feudorum agendi, ex quo Principum nostrorum clementia apparet.

Der

Der Achte Articul.

SO offt sich ein Aenderung mit dem Lehen begibt / es seye daß der Lehen-Mann versturbe / oder solches sonsten auß seiner Hand veränderet / oder der Lehen-Herr verstorben wäre / so offt ist man Lehen zu empfahen schuldig / Und so vil die Beütel-Lehen betrifft / soll von jedem hundert Gulden / der Kauff- oder Ubergab-Summen / darumben das Lehen verkaufft oder verändert worden / oder im Fall es ohn ein gewisses Gelt verändert worden / was es sonsten billichen Dingen nach werth ist / fünff Gulden / vnnd nit mehr zum Lehenraich bezahlt werden ; Kundte sich aber der Lehen-Herr vnd Lehen-Mann deßhalben mit einander nicht vergleichen / Soll der Richter sie hierinnen entscheyden / auff Gutachten geschworner Schätzleüth / Inmassen oben im 3. Articul / deß 7. Tituls / von Schätzung der verkaufften Gütern mit mehrerm außgetruckt ist. Seyn es aber Ritter-Lehen / soll man bey der neuē Investitur, für den Schießzeug / Schreib-Gelt / Nachrecht / vnd allen andern dergleichen Unkosten / mehrers nit dann in allem 7. fl. 14. kr. bezahlen / gestaltsame bey deß Landsfürsten Lehen-Stuben gebräuchig vnd Herkommen ist.

Es soll auch kein Lehen-Herr / auff Absterben deß Lehen-Manns / für den Todt-Fall einen sondern / vnd von den gesambten Erben widerumb einen sondern Lehenraich fordern / sonder an einem Lehenraich begnügt seyn. Doch wann die Erben in der Erb-Thailung oder sonsten / einem Erben auß jhnen das Lehen zuthailen / oder übergeben / so ist solcher Erb von seiner mit Erben thailen / die sie am Lehen gehabt / den Lehenraich von neuem zugeben schuldig / vnd allein sein Thail / den er am Lehen ererbt / deß Lehenraichs gefreyt.

SUMMARIA.

1. *An dominus novam investiturā gratis concedere debeat?*
2. *Quæ sit quantitas hujus præstationis, & an eadem tam in feudis bursaticis, quàm equestribus?*
3. *Qualis præstatio, sive quantitas in curia nostra feudali observetur?*
4. *An in feudis bursaticis relevium commensuretur pretio rei alienatæ, vel veræ ejus æstimationi?*
5. *Utrùm pro relevio certa, & uniformis, major vel minor præstatio, quàm vigesima pars præscribi possit?*
6. *Quale tempus ad hanc præscriptionem requiratur?*
7. *Quid si intrà triginta annos casus relevij non evenerit, an per hoc præscriptum sit exactioni?*
8. *In quibus casibus renovatio feudi fieri, & relevium solvi debeat?*
9. *An liceat, in aliqua familia pactum facere, ut semper Senior investituras faciat, & relevia recipiat?*
10. *Si plures sint vasalli, an uno mortuo totum, & integrum relevium debeatur, vel inter illos dividatur?*
11. *An hæc divisio relevij intelligenda etiam sit de feudis equestribus?*
12. *Quando eveniat recognitio universalis*, oder ein Haubt-Fall?
13. *Quinam dicantur casus, sive mutationes particulares?*
14. *An etiam filius, qui eum patre est una eadémque persona, ad relevium teneatur?*
15. *Quid si filius cum patre in solidum simultaneè sit investitus?*

16. An filius succedens patri in emphyteusi ad novum laudemium teneatur?
17. Utrùm laudemium, sive relevium ex quolibet contractu, & mutatione debeatur?
18. Quid si dominus filio suo in vivis resignet?
19. Si vasallus feudum filio suo cedens tenetur ad recognitionem, cur non etiam, si dominus feudi jus directi dominij in filium cedit?
20. Quid si vasalli persona per spontaneam resignationem mutatur, uti fit subinde in Prælatis, &c.?
21. & 43. Quando superiores alicujus ordinis triennio mutantur, quis modus in curia feudali observetur per constitutionem curatoris?
22. Intrà quod tempus relevium sit solvendum?
23. & 24. An sub comminatione, & pœna caducitatis contra non solventem relevium procedi possit?
25. Quænam actio detur domino ad consequendum releviũ, & coram quo judice illa sit instituenda?
26. An etiam relevium inter præstationes dominicales referatur, & hypothecâ tacitâ cum prælatione gaudeat?
28. Quid si divisio feudi inter cohæredes fiat, an non sit nova mutatio?
29. Quid si longo tempore in communione maneant, & post multos annos ad divisionem provocent?
30. Quando autem plures cohæredes uni ex ipsis feudum in solidum cedunt, an integrum relevium solvi debeat?

IN præcedentibus jam posuimus regulam universalem, quòd vasallus, sive etiam hæres vasalli, domino vel vasallo mortuo, feudum amittat, si intrà annum, & diem novam investituram non petierit, feudúmque legitimè recognoverit, & fidelitatis juramentum præstiterit, nunc in hoc articulo quædam quæstiones ab hac causa caducitatis dependentes ordine examinandæ sunt.

1 Prima est, an dominus novam investituram gratìs concedere debeat? Et quamvìs satìs clarum sit, de com̃uni jure feudali investituram fieri debere gratìs, eò quòd feudum beneficium sit, & consequenter investitura gratìs danda, & non pro pecunia comparanda, nec ullum vestigium in usibus feudorum inveniatur, quòd pro consensu, & approbatione alienationis domino feudi aliquid solvendum sit, tamen communi ferè omnium locorum consuetudine introductum est, ut in renovatione feudorum certa quædam præstatio fieret in recognitionem directi dominij. Quod etiam Statuta nostra Provincialia in hoc articulo approbant, videatur *Knichen. de vestitu. part. 1. cap. 4. n. 131. Gylman. symphor. tom. 4. part. 1. num. 282. Mindan. de manda. lib. 2. cap. 67. num. 28. Franz. de laud. cap. 4. num. 14. Schneidewinus de feud. part. 5. num. 61. Rosenthal. de feud. cap. 6. conclus. 66. num. 2. Schrad. de feud. part. 6. cap. 3. num. 24. & sequentibus*, ubi de variorum locorum, imò de generali consuetudine Europæ attestantur, & res tam clara est, ut multos præsertim de Episcoporum curijs feudalibus cum lachrimis super excessu releviorum conquerentes audiverimus, interim hæc prestatio nihil officit, quo minùs feudum possit dici beneficium intuitu primæ concessionis, nam præstationes, quæ fiunt pro recognitione, in casu mutationis vasalli naturam feudi beneficiarij, & gratuiti non im̃utant.

2 Secunda quæstio est, de quantitate hujus præstationis? Et Respondemus, cujuslibet loci consuetudinem observandam esse, *Schraderus. loc. cit. num. 24. Rosenthal. cap. 6. conclus. 66. num. 6.* In nostra Patria distinctio fit inter feuda com̃unia, & vulgaria, quæ vocantur bursatica, & inter feuda equestria. In feudis bursaticis de vera æstimatione, & pretio rei feudalis debetur vigesima pars prò relevio, id est quinque per centum ad similitudinem rerum emphyteuticarum, in quarum alienatione vigesima pars pro laudemio solvenda est, juxta *Tit. 21. Art. 21.* tametsi de jure com̃uni in *l. 3. Cod. de jur. emphyt.* non nisi quinquagesima pars pretij, vel æstimationis fuerit

sit constituta, ne, ut Justinianus loquitur, avaritiâ tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent.

In feudis equestribus antiquitùs moris erat, ut supra jam innuimus, of- 3
ferre curiæ feudali gladium, & bombardam, quæ præstatio postmodùm in certam pecuniam comutata, & juxta articulum hunc pro horum armorum pretio 7. floreni, & 14. crucigeri determinati sunt. Et hæc regula in curia Electorali quidem exactè observatur, sed apud nobiles, & Dynastas nostræ Provinciæ, imò etiam apud Ecclesiasticos, quibus feudorum concessio competit, magnus excessus fit, prout nos ipsi experti sumus, ut pro feudo equestri 80. floreni, & pro feudis vulgaribus non tantùm quinque per centum, sed relevij nomine intrà tres annos duabus vicibus plus exactum fuerit, quàm inter tres annos utilitatis ex feudo habuerimus, quæ res planè Electorali reformatione indigeret, cùm utique Statuta nostra Bavarica, & hic articulus non tantùm pro curia feudali, sed vel maximè pro subditis, & incolis scripta sint.

Diximus, in feudis bursaticis, & vulgaribus relevium comensurari ve- 4
ræ æstimationi, sive pretio rei feudalis alienatæ, cùm tamen articulus dicat, comensurandum esse, **nach der Kauff- oder Ubergabs-Summen** / quod videtur articulo nostro contrarium esse. Sed Respondemus, comuniter rem tanti esse, quanti vendi potest, & proinde, si in venditione rei feudalis non appareat mala suspicio, Electoralis curia feudalis de pretio non nisi vigesimam partem relevij nomine accipit, & quidem, cùm pretia rerum mutentur secundùm eam quantitatem, pro qua venditio illa vice facta est. At quando curiæ feudali fraus subolet, ut sæpissimè contingit in cessionibus, **in den Ubergaben/** quòd parentes liberis suis bona sua feudalia non pro vero, & justo pretio, sed pro inæquali, imò subinde etiam pro vilissimo, & levissimo resignent, & reliquam partem donent, vel in legitimam computent, curia feudalis juratam æstimationem fieri procurat, & secundùm illam relevij nomine vigesimam partem exigit, ne Serenissimus dominus feudalis in detrimentum inducatur, & jure suo defraudetur. Ineptissimi igitur sunt, qui sibi imaginantur, relevij nomine plus prætendi non posse, quàm vigesimam partem rei quocunque vili pretio venditæ, quia ex hoc sequeretur, quòd, si res feudalis alteri omninò, sive ex integro donata fuisset, relevij nomine nihil peti possit: Quod quidem aliqui DD. admittunt, nempè *Speculator. lib. 4. part. 3. tit. de emphyteut. n. 140. Guid. Pap. decis. 148. n. 1.* id autem absurdum esse ostendunt *Clarus. §. emphyteut. quæst. 23. num. 2. Pistor. lib. 1. quæst. 50. n. 31. Knich. de vestit. pact. part. 2. cap. 4. n. 209. Ziegl. ad prax. Calvoli. §. nobil. n. 21.* Et articulo nostro omninò conveniens est, qui in omni alienatione, & mutatione feudi, per quemcunque contractum fiat, præstationem relevij exigit; Si ergò tunc, quando res feudalis omninò donata est, æstimatio fieri potest, sicut in contractu permutationis, & alijs innominatis do, ut des: do, ut facias: Ergò etiam fieri potest, quando res venditur minori pretio, quàm reverà constat. Et hoc omni dubitatione carere credimus.

Alia & quidem tertia quæstio est, an pro relevio certa, stabilis, & u- 5
niformis, major vel minor præstatio, quàm sit pars vigesima de justa æstimatione rei feudalis, præscribi possit? De minore præstatione præscribenda minus dubium esse potest, per rationem, cùm præstatio releviorum, ut diximus, de jure communi incognita. *Fachin. lib. 7. controvers. jur. contr. 98. Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 50. n. 61.* & per se odiosa sit, ut restrictio potiùs, quàm ejus ampliatio admitti debeat. *And. Knich. de vestit. pact. part. 2. cap. 4. n. 129.* Sed nos non dubitamus, quin præscriptio alicujus certæ, stabilis, & uniformis præstationis pro relevio, sive sit in parte majore, sive in parte minore, quàm vigesima, locum habeat. Legimus, aliquem rusti-

cum

cum prædium habuisse emphyteuticum, pro quo recognoscendo domino ad plus non erat obligatus, quàm ad unicum ovum plaustro cum quadrugis proviso, domino solenniter extradendum, & ex historia constat, quòd Hispaniarum Rex pro Regno Siciliæ à sede Romana recognoscendo non nisi unum equum Siculum cum aliquibus millibus ducatorum, sive coronatorum d'oro præstet, in nostra curia feudali sunt etiam quædam talia feuda, quæ certam, & stabilem præstationem relevialem habent, & inter cætera unum, quod pro relevio duos pyramides de saccharo, zwey Zucker-Hût/ præstat, quæ diversæ præstationes, vel ex primæva feudatione, vel certè ex legitima præscriptione suam originem ducunt. Hoc tamen specialiter notandum est, quòd ejusmodi casus à regula articuli nostri recedentes ad casus non expressos ex similitudine rationis, vel etiam ex argumentatione à majore ad minus non sint extendendi. *Rosenthal. de feud. cap. 6. conclus. 66. n. 6. Schrad. part. 6. cap. 3. n. 24. & sequentibus. Franz. de laud. cap. 4. n. 10. & 21.*

6 Verùm quarta quæstio est, quo tempore major, vel minor præstatio pro relevio, quàm sit pars vigesima, præscribatur? Et quidem quod attinet ad præscriptionem relevij majoris, præscriptionem temporis immemorialis necessariam esse, vix dubitari potest; Ratio est, quia in ijs, in quibus jus commune possidenti resistit, non alia, nisi immemorialis præscriptio admittitur, *cap. 1. de præscript. in 6. Balbus. secunda part. 3. princip. quæst. 6. n. 14.* cùm id, quod contra juris dispositionem fit, insolitum sit, in insolitis autem præscribendis tempus immemoriale requiritur, *gloss. in C. nullus, verbo ex usu. quæst. 1.* In præscriptione verò minoris relevij res aliter se habet, cùm de jure comuni feudali, ut supra diximus, nova investitura gratis concedi debeat, sicut igitur immemoriale tempus pro omnimoda liberatione ab hoc onere consuetudinario non requiritur, ita nec ad reductionem pro minore quantitate relevij, videantur dicta ad *Artic. 21. Tit. 21.* der Land-Recht. Ego ipse possidebam prædium feudale ab illustri quadam familia, quod ab omni præstatione immune, & liberum fuit, & postquàm ad exactionem relevij responderem, præsumptionem libertatis pro me stare, nec me ad ullam probationem temporis immemorialis, vel cujuscunque obligatum esse, dominus ex generosa resolutione prædium ab omni feudalitate liberavit, & allodiale fecit, prout ab initio fuit, cùm, ut alibi jam diximus, ex bona amicitia ante plures annos in feudum recognitum fuerit, **Welche Lehen man auffgetragene Lehen zunennen pflegt.** Si quis itaque feudum habeat, de quo longissimo tempore, id est triginta, vel quadraginta annorum spacio minus relevium solutum est, quàm vigesima pars æstimationis justæ, sive quinque per centum, putamus, ultra hanc quantitatem in posterum nihil deberi, per rationem jam supra allegatam, quòd faciliùs detur regressus ad jus commune, quàm secessus. Articulus noster secundùm Justiniani dispositionem in *cit. l. 3. Cod. de jur. emphyteut.* voluit obviare avaritiæ dominorũ, ne nomine releviorum subditos emungant, & hinc est, quòd contra constitutionem hujus articuli majoris summæ, quàm quinque per centum exactionem non admittamus, nisi præscriptio temporis immemorialis exactionem justificet. Nullibi autem invenitur in statutis nostris prohibitum, quin minus relevium exigi possit. Ubi autem non est resistentia, sive prohibitio juris, ibi procedit præscriptio juris comunis quæcunque, & maximè longissimi temporis, cujus tenore omnia jura incorporalia quanticunque momenti, ut alibi jam deduximus, triginta annis præscribi possunt. Vid. dicta ad *Art. 21. Tit. 21.* der Land-Recht.

7 Hoc tamen non ita crudè accipienda sunt, ut, si intrà triginta annos casus non evenerit, qui exactioni relevij locum dederit, quòd hoc ipso exactioni releviorũ in posterum præscriptum sit, prout scio, aliquem imperitum advo-

advocatum hanc imaginationem concepisse, sed si ponas, relevij nomine hodie longè minus, quàm dispositio nostri articuli admittit, V. G. secundùm jus commune, quatenùs de bonis emphyteuticis disponit, quinquagesimam tantùm partem, id est duo per centum solutam, & pluribus casibus contingentibus triginta integris annis idem observatū, & continuatum fuisse, rectè dicitur, exactioni partis vigesimæ præscriptum esse, nam in priori casu, ubi agitur de solo lapsu temporis, nulla locum habere potest præscriptio, cùm nulla adsit possessio.

Ulterior itaque quæstio est, & quidem quinta, in quibus casibus no- 8
va recognitio feudi fieri, & relevium solvi debeat? Nolumus hîc excursionem facere ad ea, quæ DD. super hac quæstione tradunt, cùm materia releviorum, ut omnes fatentur, magìs ex usu, & consuetudine, quàm ex jure communi dependeat, utpotè, quia jus feudale commune juxta priùs dicta releviorum nullum vestigium habet. Toties proinde ex dispositione nostri articuli feudum recognoscendum, & relevium præstandum est, quoties in feudo mutatio contingit, sive ex parte domini, sive ex parte vasalli per contractus inter vivos quoscunque, gratuitos sive onerosos, & ultimas voluntates quascunque, hæreditatem scilicet, legatum, fideicommissum, mortis causâ donationem, &c. Quamvìs igitur, ut suo loco dicemus, nullum laudemium debeatur ex notoria consuetudine Patriæ nostræ, quando dominus bonorum emphyteuticorum moritur, tamen in articulo nostro expresse dicitur, quòd etiam post mortem domini recognitio feudi fieri, & relevium præstari debeat, cui consuetudini statuto confirmatæ omninò insistendum est, juxta ea, quæ tradit *Rosenthal. cap. 6. conclus. 66. per totum. Knich. de vestitu. pact. loco cit. num. 131. & sequentibus.* Videatur *Artic. 21. Tit. 21.* der Land-Recht.

Sed hoc aliquando graviter impugnavi, quòd certæ aliquæ familiæ e- 9
jusmodi feuda gentilitia possidentes inter se conventionem fecerint, ut semper senior de familia investituras faceret, & relevia reciperet, eò quòd talis conventio cedat in maximum præjudicium vasallorum. Mihi ipsi aliquando, & alijs multis mecum conquerentibus contigit, ut intrà quatuor annos cum decrepitis dominis feudalibus tribus vicibus mutatio contingeret, quæ terna mutatio non contigisset, si feuda gentilitia, vel ad primogenitū, vel ad agnatos pares in gradu descendissent.

Dices, si ponamus, plures agnatos in gradu æquales in ejusmodi feudis 10
gentilitijs succedere, futurum esse, ut adhuc plures mutationes contingere debeant, quàm si talia feuda devolvantur tantùm ad seniorem de familia jure majoratûs. Respondemus, id tamen fieri sine præjudicio vasallorum, sicut enim plures hæredes feudales non ad integrum relevium, sed tantùm ad illam partem obligati sunt, quæ ipsis jure successionis in his feudis contingunt, ita etiam, si plures domini sint, non ad cujuslibet mortem solidū, & integrum relevium, sed tantùm pro illa parte peti, & exigi potest, pro qua defunctus jus dominij directi habuit, cùm dominus, & vasallus sint correlativa, atque dispositum, sive statutum de uno ex correlativis etiam ad aliud correlativum extendatur, *Schrader. de feud. part. 6. cap. 7. num. 1.* manet igitur firmum, quòd in potestate agnatorum familiæ non sit, ex ejusmodi feudis gentilitijs, auß dergleichen Stamm-Lehen / quæ priùs, vel ad solum primogenitū, vel jure successorio ad pares in gradu simultaneè devoluta fuerunt, talem immutationem facere, ut imposterum jure majoratûs ad solum seniorem descendant. Confirmatur hoc ex eodem jure correlationis, non enim vasallis conceditur licentia, sine præscitu & consensu domini, ejusmodi feuda onere majoratûs, aut primogenituræ afficiendi, ergò nec ipsis dominis jus competit, sine præscitu, & consensu vasallorum naturam feudorum imutandi, & ordinem successorium in majoratum convertendi.

11 Hæc tamen, quæ de divisione releviorum inter cohæredes diximus, intelligenda sunt solummodò de feudis vulgaribus, & comunibus, sive bursaticis, & non de equestribus, de quibus alio loco dicemus, si enim plures vasalli in feudo equestri succedant, singulorum hæredibus præstatio integri relevij, eines gantzen Schieß-Zeugs / incumbit: Cujus rei ratio est, quia singuli tenentur ad equestria servitia præstanda, quæ cùm divisionem non patiantur, etiam pro recognitione solidum, & integrum relevium solvendum est, ut quotidie in curia nostra sine contradictione practicatur.

12 Mutatio autem, quæ ex parte domini fit, dici solet universalis, & capitalis, ein Haubt-Fall / eò quòd omnes vasalli obligati sint, ad novam investituram petendam, & juramentum fidelitatis præstandum: In hac igitur universali recognitione feudorum præcipuè æstimationes bonorum feudalium in usu sunt, ex principio priùs supposito, quòd pretia rerum quasi in singulos annos mutentur; Exemplum est in promptu, cùm enim præteritis belli temporibus omnia bona, & maximè feudalia fuerint vel in sterilitatem redacta, vel plurimùm depretiata, post morten gloriosissimi Electoris Maximiliani pacatis jam temporibus contingentem vasalli releviorum nomine plus solvere detrectabant, quàm vigesimam partem æstimationis, quâ post bellica tempora res feudalis ad illos pervenit: Quod etiam contigit post mortem Serenissimi Electoris Ferdinandi Mariæ: Utroque tamen tempore relevia ad æstimationem bonorum feudalium præsentem, sine respectu ad tempus primi acquisitionis, exacta fuerunt, & quidem rectissimè. De cætero casus universalis recognitionis à casu specialis nullam differentiam habet, in utroque enim relevij nomine æqualis præstatio nempè vigesima pars justæ æstimationis solvenda est.

13 Nunc sequitur quæstio sexta, quinam dicantur casus, sive mutationes particulares? Et ad hoc Respondemus ex articulo nostro, quoties mutatur persona vasalli: Et hæc mutatio dupliciter contingit, vel per mortem vasalli, vel per alienationem rei feudalis inter vivos. *Pist. lib. 1. quæst. 50. n. 1. Franz. de laud. cap. 14.* Et in utroque casu mutationis ab omni successore, sive ex sanguine, sive extraneus, sive in prima investitura comprehensus, sive omissus sit, relevij nomine quinque per centum solvenda sunt; Quia semper mutatur persona vasalli, quæ dominum recognoscere, & in reverentiam pro admissione in possessionem relevium solvere debet.

14 Ex quo illorum opinio enervatur, qui putant, liberos in feudo succedentes ad præstationem relevij non esse obligatos, cùm filius una eademque persona cum patre esse censeatur: Hæc est enim nuda fictio juris, & proinde quotidiana praxis obtinet, quòd etiam liberi, quia in illorum persona realis mutatio contingit, ad renovationem feudi obligentur; Unica exceptio est,

15 nisi pater cum filio simultaneè in solidum fuerit investitus, tunc enim patre mortuo filius novâ investiturâ opus non habet, & consequenter etiam ad novam præstationem relevij non obligatur. *Rosenthal. de feud. cap. 6. conclus. 29. n. 6. Schneid. de feud. part. 5. n. 4. Borchold. de feud. cap. 7. n. 30.*

16 Et quamvìs de emphyteuta quidam contrarium velint, ut filius succedens patri ad novum laudemium non teneatur, tamen nec hoc aliter admittere possumus, nisi filius cum patre in primævo instrumento concessæ emphyteusis ita fuerit comprehensus, ut utrique emphyteusis simultaneè, indivisim, & in solidum fuerit concessa, cùm hac in parte nullam diversitatis rationem inveniamus. *Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 50. n. 51.* Videatur *Art. 21. Tit. 21.* der Land-Recht.

17 Similiter omnis disputatio inutilis est, quam feudistæ faciunt, an laudemium debeatur in permutatione, donatione (de qua priùs jam diximus) transactione, datione in dotem, in donationem propter nuptias, in solutum, & quæ similia sunt, quia articulus noster omnes ejusmodi disputationes

nes uno ictu resecat, dicendo, in omni mutatione personæ, sive ex parte domini, sive ex parte vasalli, nova recognitione, & investitura, ac consequenter novo relevio opus esse.

Duos speciales casus tam ex parte domini, quàm ex parte vasalli excipimus. Ex parte domini hunc, si in vivis filio suo resignet. Exemplum habemus in Serenissimo Wilhelmo Duce Bavariæ pijssimæ memoriæ, qui post resignationem Serenissimo filio suo Maximiliano factam, adhuc plures annos supervixit, & tamen nulla investiturarum requisitio petita, aut releviorũ exactio facta est, quamdiu Serenissimus Wilhelmus in vivis fuit: Sic ego vendidi quædam subfeuda alteri, post cujus mortem piæ recordationis filius successor substitit, an non à vasallis universale relevium, einen Haubt-Fall / exigere possit? Cui Respondi, id fieri non posse, sed meum obitum exspectandum esse, cùm vasalli recognitionẽ, & investituram feudorum suorum jam à me acceperint: Quod justissimum est, quia spontanea cessio vasallis non debet esse onerosa. 18

Oppones, si vasallus jus suum, quod habet in feudo, filio suo cedat, wann der Vatter seinem Sohn das Lehen übergibt / filius tenetur ad recognitionem feudi, & præstationem relevij; Ergò etiam recognitio feudi facienda, & relevium solvendum est, quando dominus feudi jus directi dominij in filium cedit, ob naturam correlativorum: At Respondemus, hac in parte inter utrumque correlativum magnam differentiam esse: Ex parte enim domini nunquam mutatio fit, nisi per mortem, & hæc mutatio dicitur, der Haubt-Fall: Ex parte autem vasalli non tantùm mutatio fit per mortem, sed etiam per singulas alienationes inter vivos, aut mortis causâ factas; Et hoc propterea, quia alienatio qualiscunque à vasallo facta dependet ex voluntate domini: Si igitur consensum suum ad alienationem præstat, rectè à novo successore pro gratitudine præstiti consensus accipit laudemium, sive relevium. Quando autem dominus alienat directum dominium, consensu vasallorum opus non habet, & de suo directo dominio liberè disponere potest, sive inter vivos, sive mortis causâ, modò per talem alienationem causa vasallorum non fiat deterior, quod planè contingeret, si per domini cessionem inter vivos factam releviorum præstatio esset necessaria; Si non in re ipsa, cùm suo tempore post mortem cedentis recognitio fieri, & relevium solvi debeat, saltem quoad tempus, cùm per cessionem solutio releviorum anticiparetur, prout paulò antè diximus, dominis feudalibus, qui feuda gentilitia habent, die Stamm-Lehenschafften besitzen / liberum non esse, ut in detrimentum vasallorum, per constitutionem majoratûs naturam feudorum gentilitiorum imutent. Et hinc articulus noster expresse dicit, vasallo incumbere, ut toties investituram renovet, quoties res feudalis ex manibus vasalli decedit, sive id fiat per mortem, sive per quamcunque alienationem, es seye daß der Lehen-Mann verstürbe / oder das Lehen sonsten auß seiner Hand veränderte / cùm ècontra ex parte domini de nulla alia mutatione, nisi per mortem contingente, mentio fiat, in verbis, oder der Lehen-Herr verstorben wäre. 19

Alter specialis casus est, in quo ex parte vasalli relevium non debetur, quando scilicet vasalli persona per spontaneam resignationẽ mutatur, V. G. aliquis Prælatus recognoscit à curia Electorali quædam feuda, & posteà liberè Abbatiam resignat, vel, ut sæpiùs contingit, liberè scilicet resignare debet; Certè successor in Prælatura non obligatur ad feudorum recognitionem, quamdiu Prælatus vivit, qui resignationem fecit, ex ijsdem rationibus, cùm non sit mutatio ex parte vasalli, qui nec mortuus est, nec alienationem fecit, sed per resignationem jus vasallagij, quod priùs habuit, duntaxat in successorem transtulerit, quæ causam Monasterij non debet facere deteriorem. In curia nostra feudali hic modus observatur, ut istis sa- 20 21

cris Ordinibus, qui triennio ſuperiores ſuos mutant, conſtituatur quidam curator, qui nomine ſacri Ordinis feuda recognoſcat, in cujus perſona jus renovationis radicetur, & hinc plerúmque eligunt juvenes vegetos, & robuſtos, quos in Neſtoreos annos ſuperfuturos ſperant, cùm tamen mortis falcem evadere nemo poſſit, & non raró adagium Germanicũ verificetur, daß mancher Socher/offt überlebt manchen Bocher. Quod alicui Monaſterio factum eſſe recordor, cùm advocatum ſuum pro curatore feudali nominare noluerit, utpotè imbecillẽ, qui tamen ſeptuaginta annos ſupervixit, intrà quod tempus quatuor robuſti curatores conſtituti, vitam non ſine Monaſterij gravi detrimento abſolverunt, & novis laudemijs, ſive relevijs locum fecerunt.

22 Quæſtio ſeptima eſt, quo temporis ſpacio relevium ſolvendum ſit? Et ad hoc Reſpondemus, cùm in Statutis noſtris Bavaricis nullus terminus ſpecialiter conſtitutus reperiatur, de jure verò feudali comuni nulla prorsùs relevij obligatio ſit, rem ex æquo, & bono judicandam eſſe. In curia noſtra feudali moris eſt, ut nova inſtrumenta inveſtiturarum tam diu retineantur in Cancellaria, ſive curia feudali, donec relevia ſolvantur ex integro, &, ſi vaſalli, quod ſæpiſſimè fit, moram trahant, præfigitur illis terminus ſub cominatione caducitatis feudi, niſi debitam præſtationem perſolvant.

23 Fuit quidem mihi aliquando quæſtio mota, an ejuſmodi terminũ comminatorium præfigere poſſim? Sed, cùm in Electorali curia noſtra feudali hic modus procedendi ex antiquiſſima conſuetudine invaluerit, additâ ſemper hâc clauſulâ, quòd, ſi moroſus debitum non præſtet, habeatur pro contemptore domini feudalis, hactenùs nullum contradictorem experti ſumus, imò conſueta iſta clauſula majoris ſemper efficaciæ fuit, quàm ſi decem mandata pœnalia fuiſſent expedita, cùm plerúmque mulctarum cominationes fatua, & inania fulmina ſint.

24 Et ex hoc ſequitur octava quæſtio, an ergò propter non ſolutum relevium res feudalis non fiat caduca? Ratio dubitandi eſt, quia præſtatio releviorum ſequela eſt novæ inveſtituræ, ſive factæ recognitionis feudi: Atqui recognitio feudi, & inveſtitura nova fieri debet intrà annum, & diem ſub pœna caducitatis, ergò etiam præſtatio relevij: Verùm, cùm de hac pœna caducitatis nullibi quidquam ſcriptum reperiatur, rectè in priori quæſtione diximus, curiæ feudali incumbere, ut de releviorum exactione ſollicita ſit.

25 Quid ſi autem pro quæſtione nona, improbetur modus curiæ noſtræ procedendi per comminationes ad declarationem comiſſæ caducitatis ex capite contemptæ curiæ feudalis, quænam competit actio domino feudi pro conſequendo relevio? *D. Balthaſar. ad hunc artic. num. 73.* dicit, quòd ſola actio perſonalis competat, quam condictionem ex lege vocat, ex quo infert, quòd illa coram ordinario judice, cui perſona vaſalli ſubdita eſt, non verò coram judice, ubi res feudalis ſita eſt, inſtitui debeat, & proinde, ſi clericus curiæ noſtræ feudalis vaſallus ſit, quòd actio inſtituenda ſit coram judice Eccleſiaſtico: Si Dominus Balthaſar loquitur de jure communi tantùm, hæc reſolutio tolerari poteſt, quia laudemijs, & relevijs de jure communi ex DD. opinione nullum jus tacitæ hypothecæ, multò minùs jus prælationis tributum eſt. *Amadæ. à Ponte. in quæſt. laudem. quæſt. 45. per totum. Berlich. lib. 1. concluſ. 64. num. 111.* Si verò hoc de jure ſtatutario noſtro intelligit, manifeſtè erroneum eſt, cùm *Art. 11. Tit. 21.* laudemijs non minùs, quàm reliquis præſtationibus dominicis tacitam hypothecam, & jus prælationis concedat. Si dicas, *Art. 11. dicti Tit. 21.* tantùm loqui de bonis emphyteuticis. Reſpondemus, diſpoſitionẽ *Art. 9. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / generalem eſſe, & de omnibus dominicis præſtationibus loqui:

Præ-

Præstationes autem feudales, & releviales non minùs dominicales sunt, 26
quàm præstationes emphyteuticariæ, & laudemiales, quod exinde evidenter apparet, quia in præstationibus feudalibus domini conditio majori favore digna est, quàm in præstationibus emphyteuticarijs; Hæc enim singulis annis solvuntur, & tamen insuper domino ad mutationem emphyteutæ laudemium debetur: In bonis feudalibus verò nulla dominica præstatio annalis solvitur, sed solùm ad singulas mutationes relevialis præstatio: Multò magìs igitur hæc privilegio tacitæ hypothecæ, & jure prælationis gaudere debet, quàm præstatio laudemialis, cùm utraque rectè dici possit dominica præstatio, ein Herrn-Forderung / & aliàs ab emphyteusi ad feudum, & à feudo ad emphyteusin bona fiat argumentatio, ut videre licet apud *Nicol. Everhard. in locis legal.* fortius argumentum paulò post sequetur. Supposito igitur hoc fundamento, quòd relevijs feudalibus tanquam præstationibus dominicis, als Herrn-Forderungen/ competat jus tacitæ hypothecæ, & privilegium prælationis, necessariò sequitur, curiæ feudali jus esse, vasallum morosum, tametsi persona Ecclesiastica sit, conveniendi in loco rei sitæ, de quo jam alibi diximus.

Quæstio decima est, an mortuo vasallo dominus feudi justè possit du- 27
plex relevium exigere, unum pro morte vasalli, & alterum pro admissione hæredum ad successionem feudi? Et Respondet articulus noster in fine negativè. Ratio est, quia hæc mutatio non est duplex, sed unica, & simplicissima, pro una autem, & simplici mutatione non nisi unica recognitio, & renovatio investituræ necessaria est, ergò etiam non nisi unicū, & simplex relevium solvendum: Et hoc in tantum extenditur, tametsi
inter cohæredes fiat divisio feudi, quia ista divisio non est novus, & vo- 28
luntarius actus alienationis, sed necessarius, per quem quilibet suam partem, & nihil novi consequitur, nullum ergò etiam novum relevium debetur, cùm nulla nova mutatio contingat, sine nova autem mutatione, nec nova recognitione, aut nova renovatione investituræ opus est, necessitate enim renovationis tanquam causa deficiente, utique etiam deficit effectus, id est præstatio laudemij, sive relevij. *Berlich. part. 2. decis. 171. n. 6. & sequenti. Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 50. n. 55. Knich. de vestitu. pact.*
part. 2. cap. 4. n. 202. Et hoc verum est, tametsi cohæredes divisionem fa- 29
ciant, non statim post mortem vasalli, sed in cōmunione feudi longo tempore maneant, & post multos primùm annos ad divisionem provocent, quia talis lapsus temporis non inducit novam mutationem, ergò etiam non inducit novum laudemium: Quamvìs interim verum sit, si cohæredes in communione permanentes investituram acceperint, in qua omnes comprehendebantur, post divisionem verò inter se factam novas investiturarum litteras petant, & quidem quilibet pro parte sua, novas expensas litterarias solvere necesse sit, müssen neue Schreib- vnnd Sigel-Gelt geben / eò quòd curia feudalis ad officium suum gratis impendendum obligata non sit. Dixi, si novas litteras petant, quia ipsis invitis nova instrumenta obtrudi non possunt, cùm singulorum jus in primis litteris investituræ, quo omnes simultaneè comprehendebantur, sufficienter radicatum sit; Et ita Electoralis curia feudalis laudabiliter observat.

Si autem cohæredes nec in communione permaneant, nec feudum ad 30
se devolutum pro partibus hæreditarijs dividant, sed uni ex gremio suo, præstita singulis satisfactione, feudum in solidum cedant, talis cessio habetur pro nova mutatione, ita ut novum laudemium solvi debeat, non quidem integrum, sed pro illis tantùm portionibus, quæ per cessionem in unum ex cohæredibus translatæ sunt, E. C. prædium aliquod feudale 3000. florenorum devolvitur ad Titium, Sempronium, & Cajum; Sempronius, & Cajus pro congrua satisfactione partes suas Titio cedunt; Titius

ergò pro hac novæ cessionis mutatione non tenetur ad integrum relevium, id est ad 150. florenos solvendos, sed tantùm ad 100. Ratio est, quia quoad ipsius Titij tertiam partem nulla contingit mutatio, ergò etiam nullum debetur laudemium. Idem *Pistor. loc. cit. n. 56. Amedæ. à Ponte. quæst. laudem. 25. n. 6.* Quamvìs *D. Rath. in contin. diff. Jur. Commun. & Bavar. assert. 37.* contrarium velit, quòd etiam ex tali cessione de jure communi nulla relevialis præstatio locum habeat, cui articulus noster expresè adversatur. Hîc tamen non ponimus differentiam inter jus comune, & jus nostrum statutarium, cùm alij DD. dispositionem articuli nostri etiam ex ratione juris communis admittant. Loquimur hîc de materia feudali, ubi dispositio juris statutarij nostri evidens est. Quid autem dicendum sit in materia emphyteutica? Benevolus Lector videat *Art. 21.* der Land-Recht / & nostram ibidem positam conclusionem finalem.

Continuatio

SUMMARIORUM.

27. & 31. *An unicum tantùm relevium debeatur, vel duplex, uti in laudemio, & an non etiam duplex per consuetudinem introduci possit?*

32. *Quantum tempus ad præscribendam talem observantiam requiratur?*

33. *In quo casu tricennalis præscriptio duplicis relevij sufficiat?*

34. *Cur statuta solumodo prohibitionem duplicis relevij fecerint in casum mortis, & non etiam in alienatione, vel alijs contractibus inter vivos?*

35. *Utrùm etiam duplex laudemium non debeatur in casum mortis emphyteutæ, nisi ex observantia hoc introductum sit?*

36. *Consuetudo majoris efficaciæ est, quàm præscriptio.*

37. *Quot modi sint simplicis, vel duplicis relevij probandi, & qualis per præscriptionem, vel consuetudinem?*

38. *Quis modus probationis per litteras concessionis?*

39. *Vel per reversales?*

40. *Aut libros feudales dominorum?*

41. *An relevium sit solvendum ad mortem principalis, vel curatoris constituti?*

42. *Quid dicendum ad mortem tutorum?*

44. *An in locum mortui curatoris non sit alius substituendus?*

45. *Si feuda in manus mortuas deveniant, an etiam casus mortis à persona curatoris dependeat?*

46. *Si in uno anno dominus, & vasallus moriantur, vel plures mutationes contingant, an plus, quàm unum relevium debeatur?*

47. *Si post mortem domini recognitio facta fuerit, postmodùm cohæredes domini inter se dividant, vel uni soli cedant, an nova requiratur recognitio?*

48. *Si feuda equestria masculina in subfeuda dentur, interim autem aperiantur, vel fiant caduca, an subvasalli ad nova relevia teneantur?*

49. *An hæres domini mediati à subvasallis relevia exigere possit, si dominus superior investiens adhuc vivat?*

50. *An relevium debeatur ex alienatione necessaria, sive sub hasta facta?*

31 Ulterior tamen, & quidem undecima quæstio oritur, an non antiqua consuetudine, & observantiâ induci possit, ut post mortem vasalli duplex relevium præstetur, unum pro morte vasalli, & alterum pro admissione hæredum ad successionem, & divisionem feudi? Ad similitudinem illius, quod *Tit. 21. Art. 21.* der Land-Recht / de bonis emphyteuticis statutũ est, ut solvi debeat duplex laudemium ibi locorum, ubi consuevit, ab antiquo duplex solvi, wo es bräuchig / vnnd kundlich herkommen. Unum vocatur, die Abfarth / & alterum, der Anstandt. *D. Balthasar. ad hunc titulum. resol. 5.*

§l. 5. n. 31. lim. 2. illud admittit, si consuetudine legitima in specie introductum sit, ut propter divisionem quoque inter cohæredes novum relevium præstetur: Cui resolutioni non contradicimus: Ex illa tamen alia,

Et quidem duodecima quæstio oritur, quantum tempus ad hanc observantiã præscribendum requiratur? Et hac in re nos differentiam facimus inter bona feudalia, & emphyteutica, sive inter relevium, & laudemium propriè sic dictum. Quod attinet ad relevium, nos præscriptionem temporis immemorialis requirimus, ratio convincens hæc est, quòd articulus noster sit prohibitivus, in verbis, Es soll auch kein Lehen-Herr auff Absterben deß Lehen-Manns für den Todt-Fall einen sonderen / vnnd von den gesambten Erben widerumb ein besonderen Lehenraich forderen / sonder an einem Lehenraich begnügt seyn: Contra prohibitionem autem juris alia præscriptio non admittitur, nisi imemorialis, ut ad hunc ipsum articulum supra de quantitate relevij excessiva deduximus. Aliud de laudemio dicendum est, cùm allegatus *Artic. 21. Tit. 21.* duplex laudemium non improbet, in locis ubi illud ex antiqua consuetudine, & observantia in usu est, sicut igitur omnia jura personalia spatio 30. vel 40. annorum rectè præscribuntur, ita etiam jus præstandi duplex laudemium longissima præscriptione acquiri potest. Vid. dicta ad cit: *Art. 21. Tit. 21.* Hoc tamen notabiliter advertendum, quòd uterque articulus loquatur de diversis casibus: Præsens noster articulus loquitur de solo casu mortis, in verbis, Auff absterben deß Lehen-Manns für den Todt-Fall / rc. *Articulus verò 21. Tit. 21.* loquitur generaliter de omni mutatione, von allen Veränderungs-Fällen: Ex quo 32

Sequitur decima tertia quæstio, an non rectè dici possit, etiam præscriptionẽ duplicis relevij tricennalem sufficere, si de mutatione agatur ex alio capite proveniente, quàm ex morte vasalli, V. G. ex alienatione quacunque cum consensu dñi facta? Et Respondemus, nostra opinione satis clarum esse, quòd tricennali præscriptioni locus sit: Ratio est, quia prohibitio legis, sive statuti comprehendit solum casum mutationis per mortem vasalli, ergò ad alios casus alienationis extendi non debet: Ubi enim deficit resistentia juris, ibi deficit etiam fundamentum nostrum, ex quo præscriptionem temporis imemorialis necessariam duximus. 33

Si quæras, quæ ratio esse possit, cur legislator hanc prohibitionem tantùm ad casum mortis restrinxerit? Respondemus, rationem satis claram ex modò dictis apparere, nam, si post mortem vasalli recognitio feudi facienda est, præsupposito debito duplicis relevij, illud soli successori incumbit, quod videtur iniquum, cùm unus vasallus non nisi unam obligationem habeat, dominum suum recognoscendi: At quando mutatio contingit per alienationem inter vivos, duæ sunt personæ, una, quæ feudum derelinquit, & altera, quæ feudum ex contractu domini consensu convalidato de novo suscipit; In quo casu duplicitas relevij oritur ex duplicitate personæ, unius feudum derelinquentis, & alterius feudum de novo acquirentis. Sicut igitur in *Titulo 21.* der Land-Recht / *Art. 21.* duplex laudemium debetur, quando illud legitimo usu, & consuetudine introductum est, ita etiam duplicitatem relevij improbare non possumus, quando per contractus inter vivos id legitimo usu, consuetudine, aut præscriptione introductũ est; Per rationem, quòd hac in parte quoad contractus inter vivos nullam prohibitionem, sive resistentiam juris inveniamus. 34

Dices, ergò idem dicendũ esse de laudemio emphyteutico, quòd scilicet præsupposito usu, consuetudine, aut præscriptione, duplex non debeatur, quando casus mutationis per solam mortem emphyteutæ contingit? Et fatemur, nos censere affirmativam Responsionem claram, & liquidam esse: Quod ita probamus, quia *Art. 21. Tit. 21.* der Land-Recht / in casu, quo ex observantia antiqua duplex laudemiũ introductum est, loquitur de dua- 35

bus

bus personis in mutatione comprehensis, nempè de persona decedente, & de persona succedente: Von der Abfarth / vnd dem Anstandt: Terminus, der Abfarth / designat personam à bono emphyteutico secedentem: Terminus, der Anstandt / personam de novo acquirentem. Sicut igitur in casu mortis emphyteutæ nulla fit secessio saltem spontanea, & voluntaria, sed necessaria, ita etiam propter ejus obitum, & mortem duplex laudemium exigi non potest, cùm aliàs devolveretur in personam hæredis, quod iniquum esse, manifestè apparet, quia juxta præmissa unica recognitione opus est, ergò etiam unico relevio: Aliud est in mutationibus per contractus inter vivos, quia in illis utrique personæ contrahenti domini emphyteutici consensus necessarius est, non est igitur mirum, si duplex relevium ex usu, & antiqua observantia introduci possit. Dicimus igitur, inter articulum præsentem, & *Articulum 21. Tit. 21.* quoad hunc casum præstandi duplicis laudemij, & relevij, nullam esse differentiam, sed in casu mortis vasalli, vel emphyteutæ semper requiri tempus præscriptionis immemoriale, in casu verò cujuscunque mutationis inter vivos tempus 30. vel 40. annorum sufficere.

36 Dominus Balthasar de usu, observantia, & præscriptione, omninò abstraxit, & de sola consuetudine locutus est, quæ utique sufficienter probata majoris efficaciæ est, quàm solus usus, aut præscriptio, cùm hæc tantùm particulares casus contineat: Altera verò comprehendat universitatē. Benevolus Lector judicet super his, quæ diximus, non enim libenter admittimus antinomias, quando nulla causa necessitatis apparet. Et videat, quæ diximus *ad finem Art. 21.* der Land-Recht.

37 Quæstio decima quarta est, quomodò exactio simplicis, vel duplicis relevij, aut laudemij probetur? Et Respondemus, plures modos probationis esse; Primus est generalis consuetudinis, vel præscriptionis particularis: Si enim in quadam curia feudali pro decessu, & successu vasallorum semper duplex relevium exactum, & solutum fuit, etiam in posterum solvi necessariū est: Quæ autem necessaria sint ad probandam legitimam consuetudinem, alio loco exsplicabimus: Interim hæc sollicitè admonemus. 1. Quòd consuetudo de introducto duplici relevio tantùm comprehendens casus alienationis inter vivos, ubi duæ personæ concurrunt, extendenda non sit ad casus mortis vasallorum, per paulò antè dicta. 2. Quòd nulla bona fiat argumentatio: In hac, vel illa curia feudali Titius, aut Sempronius soliti fuerunt solvere duplex laudemium, vel relevium, ergò etiam Sejus, & Cajus pares ejusdem curiæ ad similem præstationem dupliecm obligati sunt: Ratio est, quia præscriptio contra unam, vel alteram personam completa tertijs præjudicium non parit. 3. Si ex usu, & observantia curiæ feudalis solitum fuit, exigere duplex laudemium, vel relevium ex causa venditionis, permutationis, &c. non debet extendi ad dationem in dotem, donationem propter nuptias, aut in solutum, &c. Multò minùs 4. duplex relevium ex consuetudine, usu, observantia, aut præscriptione in similibus casibus solvi consuetum locum habet, quando agitur de divisione cohæredum, nisi in specie in hoc ipso casu divisionis consuetudo legitimè introducta, aut inter easdem personas præscriptio completa probetur. Horum omnium ratio est, quòd laudemia, & relevia odiosa sint, & proinde nec consuetudo, nec præscriptio de uno ad alterum casum extendenda. *Berlich. in aur. decis. part. 1. decis. 71. n. 9. & sequentibus.*

38 Secundus modus probationis est, per litteras concessionis feudalis, vel emphyteuticariæ: Est enim pluribus in locis moris, ut in litteris investiturarum, vel emphyteuticis, in den Stifft-Brieffen / inseratur, quòd in casu, quo feudum, vel emphyteusis cum consensu domini inter vivos alienatur, solvi debeat duplex relevium, sive laudemium, unum ex parte deceden-

cedentis vaſalli, & alterum ex parte novi vaſalli accedentis, quorum primum vocatur, die Abfarth / ſecundum verò, der Anſtandt: Et hæc probatio omnium optima eſt, cùm in effectu præſtatio duplicis relevij in litteris feudalibus, vel emphyteuticis comprehenſa ſit pars contractûs feudalis, vel emphyteutici.

Tertius modus probationis eſt per reverſales, pleriſque enim in curijs 39
feudalibus uſus obtinuit, ut vaſalli poſt inveſtituram acceptam domino reverſales dent, in quibus exactè deſcribitur, ad quæ præſtanda quilibet vaſallorum obligatus ſit; Inter quæ, ſi inveniatur obligatio ad præſtandū duplex relevium, aut laudemium, dubium non eſt, quin id rectè exigatur.

Quartus modus probationis eſt per libros feudales dominorum, durch 40
die Lehen-Bücher / nec intereſt, quòd in *l. rationes. l. exemplo. Cod. de probat.* exemplo pernicioſum eſſe dicatur, ei ſcripturæ credi, quâ unuſquiſque ſibi annotatione propria debitorem conſtituit; Cùm nos loquamur de libris feudalibus antiquis, & benè ordinatis, à viris bonæ famæ, & integræ fidei conſcriptis, & in publica regiſtratura feudali conſervatis, quoniam accedentibus his & alijs adminiculis, ejuſmodi libris fidem adhibendam eſſe, judicavit Imperialis Camera Spirenſis apud *Gylman. tom. 3. ſymphor. vol. 979.* Videatur *Wehner. in pract. obſerv. Verbo.* Lehen-Bücher.

Decima quinta quæſtio eſt, an releviū ſolvendum ſit ad mortem prin- 41
cipalis, vel curatoris conſtituti, deß Lehen-Tragers / E. C. in Electorali curia noſtra feudali reperiuntur, ut ſupra in dem Summariſchen Proceß / *Tit. 11. Art. 4.* diximus, plurima feuda equeſtria, quorum etiam fœminæ capaces ſunt, vel ſimultaneè cum maſculis, vel ſaltem in defectum maſculorū; Sed, cùm fœminæ equeſtria ſervitia præſtare non poſſint, moris eſt, ut curatores curiæ feudali acceptos conſtituant, quorum officium eſt, ut nomine fœminarum fidelitatem jurent, &, ſi caſus eveniat præſtandi ſervitia equeſtria, in propria perſona compareant, & nomine mulierum tanquam ſubſtituti ad merendum feudum ſatisfactionem præſtent, müſſen das Lehen verdienen. Huc igitur tendit quæſtio noſtra, an renovatio inveſtituræ, ſive recognitio feudi debeat fieri poſt mortem conſtituti curatoris, vel poſt mortem fœminæ feudi capacis, tanquam perſonæ principalis? Communiter dicunt DD. conſuetudinem cujuslibet curiæ feudalis hac in parte obſervandam eſſe. *Berlich. in aur. deciſ. part. 1. deciſ. 22. Beſold. in theſau. pract. Verbo.* Lehen-Trager. In Electorali curia noſtra uſus obtinuit, ut recognitio feudi, & renovatio inveſtituræ fieri debeat poſt mortem principalis perſonæ, & non poſt mortem curatoris conſtituti, quod etiam rationi convenit, cùm talis curator non niſi pro mandatario haberi poſſit: Articulus autem noſter renovationem inveſtituræ, & relevij ſolutionē requirat poſt mortem vaſalli, non poſt mortem mandatarij.

Quod idem dicendum eſt de tutoribus, & curatoribus, licèt enim iſti 42
nomine pupillorum, vel minorennium recognitionem feudorum facere poſſint, tamen caſus mutationis non in eorum, ſed in perſonis pupillorum, vel minorum tutelæ, vel curatelæ ſuæ comiſſis conſiſtit, per eandem rationem, quòd tutores, & curatores non ſint principales, ſed officium ſuum quaſi mandatario tantùm, & adminiſtratorio nomine interponant.

Contrarium dicendum eſt, juxta priùs dicta, de iſtis ſacris Ordinibus, 43
qui ſuperiores ſuos, vel certis annis, vel pro lubitu mutant, tunc enim mutatio per caſum mortis, non in perſona ſuperioris, ſed in perſona conſtituti curatoris radicatur.

Interim hoc neceſſarium eſt, ut, ſi curator fœminæ moriatur, vel ex- 44
tra Provinciam migret, vel ad tale officium applicetur, quòd præſtationem ſervitiorum equeſtrium impediat, ut ejus loco alius ſubrogetur, in quo tamen ſubrogationis caſu novum relevium non exigitur, per modò dictam ratio-

tionem, quòd nón mutetur persona vasalli, sed tantùm mandatarij, consuetum tamen est in curia nostra, ut litteræ feudales, die Lehen-Brieff /, werden umbgeschriben / in personam noviter constituti curatoris, sed non nisi pro expensis litterarijs, sive instrumentalibus, umb das Schreib- unnd Sigel-Gelt / quod similiter ita observatur post mortem tutorum, vel curatorum.

45 Et hæc, quæ modò diximus, in Ecclesijs, Xenodochijs, comunitatibus, & alijs ejusmodi causis, quæ non intermoriuntur, locum habent, tametsi enim curiæ nostræ feudalis consuetudo sit, ut feuda in ejusmodi manus mortuas non patiatur devenire, quia tamen ab antiquissimo tempore plura feuda in earum manibus consistunt, casus mortis à persona curatoris, quem constituere debent, dependet: Quod justissimum esse, nemo non videt, cùm enim tales comunitates interire, & sic nulla apertura feudi contingere possit, domino invidendum non est, ut saltem sibi jus recognitionis, & ab eo dependens præstatio relevij in persona curatoris salvum sit, ne successu temporis memoria feudi prorsùs intereat, & domino jus suum penitus intervertatur, de quibus quæstionibus plura videri possunt apud *Schrader. de feud. part. 6. cap. 4. n. 34. Mozz. de feud. tit. de substan. feud. n. 16. Franz. de laud. cap. 8. n. 138. & multis sequentibus. Hartm. Hartmanni. pract. observ. lib. 2. tit. 54. observ. 14.*

46 Quæstio decima sexta est, an plus, quàm unum relevium debeatur, si in uno anno plures mutationes contingant? V. G. In uno anno moritur dominus, & vasallus, vel in uno anno Titius vendit feudum suum Sempronio, & Sempronius Cajo: In qua quæstione DD. comuniter volunt, nisi pacta, aut statuta aliud disponant, unicum tantùm relevium exigi posse, *Schrad. part. 6. cap. 3. n. 26. Rosenthal. cap. 6. conclus. 66. n. 10.* Sed usus curiæ nostræ feudalis contrarium obtinuit, & nostra opinione convenienter statutis nostris Provincialibus, per sequentes rationes. 1. Quia articulus noster in specie dicit, toties novam recognitionem, & renovationem feudi fieri debere, quoties mutatio, vel per mortem domini, & vasalli, vel per alienationes inter vivos contingit: Positâ igitur causâ præstandi relevij, quæ est recognitio, sive renovatio feudi, poni debet etiam effectus, id est solutio relevij. 2. Articulus noster expresè dicit, quòd, si plures hæredes post mortem vasalli feudum uni ex consortibus in solidum cedant, ad duplex relevium obligentur, unum pro morte vasalli, & alterum pro cessione solvendum. Ubi nullum verbum habetur de cessione primùm post cursum unius anni facta. 3. Notorium est, quòd in alienatione bonorum emphyteuticorum idem observetur, ut juxta *Artic. 21. Tit. 21.* toties accipiatur laudemium, quoties fit mutatio possessorum sine distinctione, an plures mutationes fiant in uno, sive pluribus annis: Ergò idem dicendum est de relevijs, cùm ab emphyteusi ad feudum per superiùs dicta cæteris paribus bona fiat argumentatio.

47 Quæstio decima septima est, si dominus feudalis moriatur, & relinquat post se plures hæredes, à quibus vasallus feudum legitimè recognovit, & soluto relevio investituram impetravit, annè teneatur ad novum relevium, quando postmodùm cohæredes jus directi dominij inter se dividunt, vel uni ex consortibus portiones suas hæreditarias cedunt? Et videtur dicendum: In primo casu divisionis nullum deberi novum relevium: In secundo verò casu cessionis, deberi laudemium, ad similitudinem eorum, quæ paulò antè de pluribus vasalli hæredibus diximus, qui juxta dispositionem articuli nostri in nuda divisione successionis hæreditariæ à præstatione novi relevij immunes sunt: In casu verò cessionis ad novum relevium pro portionibus cessis obligantur: Idem ergò de pluribus hæredibus domini directi dicendum esse, suadet supra jam aliquot vicibus allegata Regula, quòd domi-

dominus, & vasallus sint correlativa, & proinde statutum in uno ex correlativis, statutum etiam censeri debeat in altero: Sed planè ratio differentiæ manifesta est, quia ex parte domini nunquam solvitur relevium, nisi mutatio contingat per mortem domini, juxta clara verba articuli nostri in principio, **Oder der Lehen-Herr verstorben wäre.** Econtra verò ex parte vasalli nascitur obligatio solvendi relevij non tantùm, si mutatio possessoris per mortem vasalli contingat, sed etiam, si contingat per quoscunque contractus inter vivos gratuitos, & onerosos, juxta verba, **Es seye daß der Lehen-Mann verstürbe / oder das Lehen sonsten auß seiner Hand veränderte.** Cessat igitur argumentum à correlativis, quando in utrisque contrarium dispositum reperitur, & hinc jam diximus, quòd capitalis, sive universalis mutatio nunquam contingat, nisi per mortem domini, ut consequenter verba nostri Art: quæ disponunt de casu mortis, ad casum alienationis quemcunque extendi non possint, cùm materia releviorum per se odiosa, & juri communi contraria sit: Sive ergò cohæredes domini jus directum dominij inter se dividant, sive uni soli cedant, sive per actus inter vivos in alios quoscunque transferant, si semel post mortem domini recognitio facta est, ex ejusmodi mutationibus, & alienationibus inter vivos nulla nova recognitio, aut investituræ renovatio, ac quod inde sequitur, nullum novum relevium exigi potest. *Franz. de laudemijs. cap. 8. n. 125. Schultes. ad Modest. Pistor. part. 1. decis. 37. n. 8. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 36.* cùm absurdissimum sit, in potestate dominorum esse, ut per ejusmodi liberas alienationes, quæ in uno anno decies, & sæpiùs fieri possunt, vasallis tam duram, & iniquam conditionem obtrudant, ut unius anni relevia dimidiam feudi substantiam exhauriant. Vid. *D. Balthas. ad hunc locum. num. 37.* Ubi præjudicium allegat, quo tamen non indigemus, cùm articuli dispositio per se clara, & evidens sit.

Hoc sincera mente attestari possumus, in Electorali curia nostra feudali doctrinam modò traditam religiosissimè observari: Spectant enim ad 48
curiam nostram multa feuda, quæ personæ nobiles jure feudi equestris, & masculini, vel etiam fœminei tenent, & alijs personis vulgaribus, & plebeis in subfeuda jure feudi bursatici concedunt, quæ si domino generatione nobili finita aperiantur, aut ex delicto caduca fiant, curia feudalis illa occupat, & nomine Serenissimi domini feudalis à subvasallis homagium recipit, illisque pro consueto relevio novas investituras indulget. Cùm autem apud Serenissimos Principes nostros moris sit, ut ejusmodi feuda aperta, vel caduca iterum alijs benè meritis personis in gratitudinem præstitorum servitiorum de novo in feudum equestre concedantur, illis nullo modo permittitur, ut propter hujuscemodi donationem, sive alienationem nova laudemia, sive relevia à subvasallis exigant, sed exspectandus est superioris Serenissimi domini obitus, à quo quilibet subvasallus feuda sua jam præsupponitur recognovisse. Interim particulares mutationes post ejusmodi alienationem, sive donationem factam, & earum relevia pertinent non ad Serenissimum feudorum supremum dominum, sed ad subvasallorum dominum mediatum.

Scimus, aliquando dubitatum fuisse, si dominus mediatus præ domino 49
superiore vitâ fungatur, annon saltem mediati domini hæres ab illis subvasallis renovationem investiturarũ, & præstationem releviorum exigere possit, qui priùs jam à defuncto mediato domino ob particulares mutationes recognitionem subfeudorum suorum impetrârunt? Per rationem, quòd, sicut per talem particularem recognitionem defunctum agnoverunt pro domino suo mediato, ita etiam necesse sit, recognoscere defuncti hæredem: Sed quia releviorum materia, ut jam aliquoties diximus, odiosa est, curia Electoralis censuit, quòd prima investitura à superiori domino data tam-

diu valida, & efficax sit, quamdiu dominus superior vivit, cùm ex capite domini nunquam detur mutatio feudi, sive investiturarum renovatio, nisi per mortem. Licèt itaque præsupponas, intermedio tempore, dum superior dominus investiens vivit, tres vel quatuor dominos mediatos, vel subfeudatarios obijsse, nullum exinde jus nascitur, à subvasallis novam recognitionem, & releviorum præstationem exigendi.

50 Quæstio decima octava, & ultima est, an etiam relevium debeatur ex alienatione, vel venditione sub hasta facta? Ad *Art. 4. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / diximus, quòd feuda bursatica non minùs, quàm bona allodialia in executionem deduci, & subhastationi subjici possint. Cùm igitur alienatio, sive venditio sub hasta facta, non sit voluntaria, sed necessaria, non videtur, exinde deberi relevium, cùm doctores plures hujus opinionis sint, quòd in datione in solutum, quæ fit ex decreto magistratûs, sive judicis, utpotè in alienatione necessaria, non debeatur laudemiũ, aut relevium. *Tyraquell. de retract. tit. 1. §. 1. gloss. 14. num. 5.* Sed quia, ut jam sæpiùs repetivimus, statuta nostra in præsenti articulo ex omni alienatione, permutatione, aut quovis alio titulo oneroso, gratuito, voluntario, aut necessario præstari debet laudemium, & relevium, sequitur, hanc obligationem etiam in subhastatione locum habere, cùm venditio per hastam reverà alienatio sit, & possessorem mutet, qui necessitatem habet, dominum suum recognoscendi, &, quod consequens est, laudemium, sive relevium solvendi. Ignoscat benevolus Lector, quòd hujus articuli exsplicatio opinione nostra fusior facta sit.

Deß XIII. Tituls

Von Schuld / Raittung / Geltern / vnd gelyhnem Gelt.

Erster Articul.

WEr dem andern gelten soll / wie er jhme das schuldig worden ist / vnd last sich darumb für Recht bringen / nám dann der Kläger deß Rechtens ainichen Schaden / den jhme der Schuldner insonderheit verheissen / vnd versprochen hat / vnd er solchen beweist / wie recht ist / so soll jhm der Schuldner denselben abthun. Antwortet aber der Schuldner / daß er gleichwol dem Klager das Gelt schuldig gewesen / jhne aber dessen / wie recht ist / bezahlt vnd befridigt hab / der Klager aber jhme solcher fürgebner Bezahlung / oder anderer Vergeltung nit geständig wäre / soll man hierumben dessen laugnen nemmen. Es erbute sich dann der Schuldner mit Briefflichen Urkundten / oder mit Zeügen / oder sonsten / wie in Rechten zugelassen vnd versehen ist / war zumachen / daß er jhme / oder seinem gewisen Botten das Gelt geben / oder vergolten hab / oder in ander Rechtliche Weg der Schuld entlediget sey / Wann der Schuldner das thut / soll Er der Ansprach ledig seyn. Sprech aber der Schuldner / daß er dem Klager sein Gelt bezahlt / oder vergolten / daß niemand darbey gewesen / vnd begehrte solches zubereden mit seinem Ayd / oder sagte / daß dagegen der Klager schwören soll / daß jhme das Gelt nit bezahlt / oder vergolten worden /

In solchem Fall soll Richter nach Gestaltsame / vnnd Beschaffenheit jhrer Persohnen / zwischen jhnen handlen / was recht ist. Welcher Thail aber sich der Beweisung vnderfienge / vnd jhme an den Zeugen abgieng / der soll dem obsigenden Thail den Unkosten vnd allen Schaden / nach rechtlicher Erkanntnuß abzuthun schuldig seyn / vnd nach Beschaffenheit / noch darzu mit einer zimblichen Straff abgebüst werden.

SUMMARIA.

1. *Quomodò iste articulus cum jure communi conveniat?*
2. *Mutuans non tantùm obligatur ad reddendum mutuum, sed etiam ad damnum refundendum ex lite mota.*
3. *Intrà quem terminum pecunia credita sit restituenda?*
4. *Si non reddatur, quæ remedia creditori competant?*
5. *Quid si creditor damnum ex mora debitoris patiatur?*
6. *An etiam lucrum cessans, & omne damnum emergens sit refundendum?*
7. *An debitor tunc tantùm teneatur ad omne damnum, quando se ad hoc specialiter obligavit?*
8. *In quo casu damnum emergens, & lucrum cessans probari debeat?*
9. *Si debitor exceptionem solutionis opponat, an eam verificare oporteat?*
10. *An actor hodie sicut olim negationem suam juramento confirmare teneatur?*
11. *Solutio probatur per documenta litteraria publica, vel privata.*
12. *An instrumentum, vel quietantia publica coram Notario, & testibus erecta probet, vel requiratur erectio coram magistratu ordinario?*
13. *Quid probet quietantia, sive scriptura privata?*
14. *Quare exceptio non factæ numerationis in dote, & mutuo biennio, contra apocham verò duret tantùm 30. diebus?*
15. *An ista exceptio intrà 30. dies etiam contra instrumentum à magistratu ordinario erectum proponi possit?*
16. *Si in instrumento solumodò generalis confessio solutionis fiat, an solutio per hoc sit probata?*
17. *Quæ sit probatio solutionis per testes, & an admittenda?*
18. *An testes deponere debeant, ex qua causa solutio facta fuerit?*
19. *Quot testes requirantur ad probationem solutionis, & liberationis?*
20. *Quid si instrumentum obligationis sit cancellatum in manibus debitoris existens, an præsumatur solutio, vel remissio facta?*
21. *Sed quid si creditor probet, instrumentum deperditum fuisse tempore belli, incendij, &c. vel debitorem habuisse occasionem, illud occupandi tanquam domesticus?*
22. *Quid si debitor juramento confirmet, instrumentum ad eum bono titulo devenisse?*
23. *An non probetur solutio facta, si sæpiùs calculatis rationibus sine compensatione fuerit solutum?*
24. *Quid si in rationibus publicis scriptum sit, solutũ esse, & quid transscriptio probet*, die Umbschreibung der Capitalien?
25. *Quomodò probatio solutionis fiat per conjecturas, & præsumptiones?*
26. *Quatenùs taciturnitas, & intermissa exactio censuum, & debiti relevet debitorem ab onere solvendi?*
27. *Qualiter probetur solutio per juramentum litis decisivum?*
28. *An debitor semiplenè probans solutionem admittendus sit ad juramentum suppletorium?*

29. Pro-

29. Probationem solutionis in se recipiens, & in ea deficiens, tenetur parti victrici in expensas, & judici in pœnam.

30. An solutio probetur per præscriptionem?

31. Si debitor deperditâ apochâ adhuc semel solvat, postmodùm autem apocham inveniat, an habeat repetitionem?

32. Quid si pecunia soluta per infidelitatem deferentis, vel casum fortuitum in via perierit?

1 ARticulus iste desumptus est ex *Tit. 23.* Reformationis de Anno 1588. & prædictus Titulus Reformationis desumptus est ex antiquo codice Statutorum Bavaricorum de Anno 1384. *cap. 23.* De methodo, & connexione multùm disputandum non est, cùm & nostra digesta juris communis secundùm quosdam DD. meliore digestione indigeant: Nobis tamen videtur, in hoc titulo contineri generalem inscriptionem *Libri. 3. Cod. de rebus creditis. & Tit. 2. de mutuo*, sive, *si certum petatur*, & postmodùm consequenter agi de reliquis contractibus, & actionibus personalibus. Singula breviter examinare, & quia termini propter antiquitatem satìs obscuri sunt, illos, quantum possumus, dilucidare conabimur.

2 Primum igitur est, quod statuitur in hoc articulo, ut debitor non tantùm sit obligatus ad pecuniam, quam alteri debet, suo tempore fideliter restituendam, sed etiam, si passus fuerit, rem ad judicium devenire, ad omne damnum refundendum, quod creditor ratione actionis incurrit: Quod attinet ad primum, per se clarum est, quòd is, qui mutuum accipit, obligetur ad reddendum, nam, ut Paulus Juris-Consultus ait, non satìs est, dantis esse nummos, & fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari, & accipi, ut repeti possit, *l. 3. §. 1. ff. de obligat.* Sed circa hoc

3 Quæritur primò, quinam terminus sit, intrà quem pecunia credita restituenda sit? Respondetur, **auß dem alten Recht-Buech** / de Anno 1384. cum distinctione, an inter creditorem, & debitorem de certo termino convenerit, vel non? Si de certo termino conventum est, terminus exactè observari debet, juxta §. **Umb gelyhenes Gelt.** Ubi habentur hæc verba, **Wer dem anderen sein Gelt leychet / der solls jhm wider geben auff die Zeit / wie ers jhm gehaist wider zugeben**: Pacta enim dant legem contractibus, *l. 1. §. si quem. 6. ff. depositi.* imò & formam, & naturam, *cap. 85. de R. J. in 6.* Omnium igitur primò tabulæ conventionis inspiciendæ sunt, & si certus terminus inveniatur debitori indultus, is observandus est: Si verò nullus terminus restitutioni præfixus est, in eo casu jus antiquum *d. Tit. 23.* §. **Umb gelyhen Gelt** / constituit terminum quatuordecim dierũ, juxta verba: **Wer einem Gelt leycht / oder zubehalten gibt / der soll jhm das in 14. Tagen wider geben / thätt er das nit / welchen Schaden er deß nimmet / gen seinen Gelteren / den soll er jhm / vnd seinen Erben gäntzlich abthuen.** Videantur, quæ diximus ad *Art. 10. & 11. hujus Tit.*

4 Quæritur deinde secundò, si debitor pecuniam creditam, vel intrà terminum à lege constitutum non reddat, quæ creditori remedia competant? Et Respondet articulus noster, si morosus debitor rem patiatur ad judicium devenire, & exinde actor, sive creditor damnum incurrat, quòd debitor ad illud resarciendum obligatus sit. **Altes Land-Recht** / *dict. cap. 23.* §. **Umb Gelt.** Ubi hæc sunt verba: **Wer sich vmb gelyhenes Gelt für Recht last bringen / würdet dem das anbehebt mit den Rechten / der soll dem Kläger sein Gelt wider geben / vnd den Schaden darzue / als vorgeschriben steht** (intellige in §. **Umb gelyhenes Gelt**) **abthuen**: Convenit hoc cum Reformatione de Anno 1588. & cum novissimis Statutis in hoc articulo, in verbis: **Nām dann der Klager deß Rechtens einigen Schadē / so soll jhm der Schuldner denselben abthuen**; Videtur autem hæc constitutio tantùm loqui de dam-

no creditoris ; quod incurrit ratione actionis motæ, juxta verba, **dem das anbehebt mit dem Rechten**: Et in verbis, **Nām dann der Klāger deß Rechtens einigen Schaden**: Videantur scripta ad *Art. 11.* Igitur

Sequitur tertia quæstio, si quis creditor damnum patiatur non ex litè mota, sed ex mora debitoris, qui pecuniam ad diem, sive terminum conventum, vel à lege præfixum non solvit, an ad omne damnū, & interesse obligatus sit? Ratio dubitandi est, quia natura mutui usuram non admittit, quidquid autem ultra sortem in mutuo accipitur, propriè, & formaliter usura est. *text. in cap. naviganti. x. de usuris.* Cùm ex obligatione plus accipi non possit, quàm datum fuerit. *l si tibi. ff. de pactis.* §. *1. Inst. quib. mod. re. contrah. oblig.* Sed Respondemus, tametsi articulus videatur tantùm loqui de damno ex motu litis proveniente, sive de expensis judicialibus, nobis tamen certum videri, debitori morosо post terminum conventum, vel à lege præfixum incumbere omne damnum, quodcunque creditor ex ipsius morositate incurrit: V. G. Si creditor ob non solutam suo tempore, & loco pecuniam ab alio mutuum sub usuris accipere coactus fuerit, vel alijs ejusmodi modis illi damnum obvenerit. *Gail. lib. 2. observ. 6. ad finem.* 5

Et licèt idem *Andr. Gail. loc. cit.* differentiam faciat inter damnum emergens, & lucrum cessans, cùm utique aliud sit, damnum pati, & aliud lucrum non sentire. *l. ult.* §. *si quis. Cod. de codicillis. l. fin.* §. *licentia. Cod. de jure deliber.* Quia tamen notissimum est, quòd in Recessibus Imperij maximè de Anno 1600. §. **So vil nun** / constitutum sit, etiam in contractu mutui à tempore moræ tam ex lucro cessante, quàm damno emergente quinque per centum exigi posse, quod etiam in Patria nostra receptum est, putamus, hanc dispositionem articuli nostri non tantùm ad expensas judiciales, sed etiam ad damnum extra judicium emergens, & lucrum cessans extendendum, quod confirmat §. **Umb gelyhenes Gelt** / *cap. 23.* Qui in specie de omni damno loquitur: In verbis, **Thātt er das nit / was Schadens er dann fūrbaß seines Gelts nimb / wenn er es an jhn gefordert an sein Gelter / den soll er jhm abthuen**: Deinde, quòd verba novarum constitutionum Provincialium non loquantur, de solis expensis judicialibus, sed de damno quocunque, quod creditor occasione litis motæ incurrit, satìs apparet ex verbis: **Da dann der Klāger deß Rechtens einigen Schaden nām**: Nam hoc in effectu idem est, acsi dicamus, si creditor occasione litis damnum patiatur. Occasione litis autem plura alia damna oriri possunt, quàm expensæ judiciales: Sufficit enim, si debitor litem injustam moveat, quòd reverà in mora sit, & sic ad omne damnum emergens, & lucrum cessans obligatus. *Mascard. de probat. conclus. 933.* Ubi latiùs hanc materiam examinat, & deducit, quomodò damnum emergens, & lucrum cessans articulari, & probari debeat. 6

Hoc majorem difficultatem facit, quòd articulus Reformationis, & articulus noster præsens videantur exactionem damni tunc tantùm approbare, quando debitor se ad illud specialiter obligavit, in verbis, **Den jhme der Schuldner jnsonderheit verhaissen / vnd versprochen hat.** Ex quibus à contrario sensu sequi videtur, quòd, si à debitore nulla specialis promissio de refundendo omni damno facta fuerit, debitor ad illud non obligetur: Ad quod Respondemus primò, antiquitus dubium fuisse, an mutuatarius teneatur ad damnum emergens, vel lucrum cessans ex mora sua proveniens, cùm mutuum debeat esse purè gratuitum, & extra sortem nihil accipi possit sine suspicione usuraria. Vid. *Andr. Gail. loc. cit.* Ubi restitutionem damni emergentis ex mora quidem admittit, sed non interesse lucri cessantis, inter quæ utique magna differentia est, ut Gail ibidem latiùs exsplicat, & hæc fortè causa fuit, quòd articulus noster de restitutione 7

damni

damni ſpecialiter conventi loquatur, cùm articulus ex Reformatione de Anno 1588., ut præmiſimus, deſumptus fuerit, quæ Reformatio antiquior eſt, quàm conſtitutio Imperialis de Anno 1600. Reſpondemus ſecundò, argumentum à contrario ſenſu non ſemper bonum eſſe, ut in priori titulo jam exſplicavimus, maximè quando in contrario aliud reperitur in jure diſpoſitum: Non eſt igitur bona argumentatio: Vi articuli noſtri debetur reſtitutio damni, quando ſic inter debitorē, & creditorem ſpecialiter convenit, ergò non debetur reſtitutio damni, quando de hoc inter partes ſpecialiter nihil conventum fuit, cùm in jure expreſsè ſtatutum ſit, damnum emergens etiam ex mora deberi: Reſpondemus tertiò, probabiliter articuli noſtri ſenſum hunc eſſe, ut diſtinctio facienda ſit inter damnum, quod creditor accipit ex intermiſſa reſtitutione pecuniæ mutuatæ extra judicium, & quod accipit in judicio, vel occaſione judicij, in verbis, **Nām dann der Klåger deß Rechtens einigen Schaden.** Si damnum contingat extra judicium vix ulli dubium eſſe poteſt, quin culpa, & mora debitoris ipſi, non creditori debeat eſſe damnoſa. *cap. mora. 25. de R. J. in 6. l. in condemnatione. 173. § unicuique. 2. ff. eod.* quando autem damnum emergit ex judicio à debitore ſuſcepto, diſtinguendum eſt, an juſtam cauſam litigandi habuerit, vel non: Si poſterius, utique temerarius litigator condemnabitur in expenſas, & omne damnum, ſi autem juſtam cauſam litigandi habuerit, nihilominùs tamen causâ ceciderit, obtenta abſolutione à reſtitutione expenſarum, juxta articulum noſtrum tenetur ad refuſionem damni, ſi debitor ſe ſpecialiter ad creditorem indemnem ſervandūm obligaverit: Et hæc nobis videtur mens, & intentio eſſe præſentis articuli; Quotidianum enim eſt, ut debitores culpoſi, & moroſi non tantùm condemnentur ad reſtitutionem ſortis, ſed etiam ad petitionem actoris loco damni, & intereſſe ad legitimas modò in toto Imperio approbatas uſuras quinque per centum.

8 Et quamvìs articulus noſter addat, **Und er / id eſt, der Klåger ſolchen Schaden bewaiſt.** Hæc tamen probatio moderno jure Imperiali ampliùs neceſſaria non eſt, cùm quilibet præſumatur ſingulis annis quinque per centum lucrari poſſe: Vid. tamen *Artic. 11.* Quid ſi autem creditor fortè, quia mercator eſt, cum quinque per centum contentus eſſe nolit, & damni emergentis, vel lucri ceſſantis nomine juſtam, & æqualem reſarcitionem exigat, tunc enimverò articuli noſtri diſpoſitio procedit, ut damnū emergens, vel lucrum ceſſans, & ejus quantitatem ſpecificè deſignet, & prout juris eſt, legitimè probet, de qua probatione vid. *Maſcard. loc. cit.*

9 Secundum eſt, quod in hoc articulo ſtatuitur, ſi in judicio debitor excipiat, ſe quidem pecuniam, quæ repetitur, debuiſſe, ſed illam, ut juris eſt, jam ſolviſſe, aut aliam ſatisfactionem dediſſe, actor autem replicando ſolutionem, aut aliam ſatisfactionem, & recompenſationem neget, quòd ipſius negatio in judicio debeat accipi, niſi debitor exceptionem ſuam documentis litterarijs, teſtibus, aut alijs remedijs probatorijs verificare poſſit: Ratio eſt per ſe clara, cùm, ſicut actori intentionis ſuæ fundamentum probari incumbit, ita etiam debitor ſolutionem, aut aliam quamcunque ſatisfactionem, aut compenſationem allegans, eam probare neceſſe habeat. *l. 1. Cod. de probat.* cùm quævis ſolutio, aut ſatisfactio facti ſit, & proinde non præſumatur. *l. in exceptionibus. ff. de probat. Menoch. de præſumpt. l. 3. præſumpt. 135. num. 1.* Quod *D. Rath. in contin. differ. Jur. Civ. & Bavar. aſſert. 38.* in tantum extendit, ut, ſi debitor exceptionem ſolutionis, & ſatisfactionis non probaverit, condemnandus ſit, tametſi etiam actori probatio debiti deficiat: Cujus rei Ratio eſt, quòd debitor allegando ſolutionem, vel aliam ſatisfactionem, videatur debitum judicialiter confiteri, nulla autem melior, & fortior probatio eſt, quàm propria partis adverſæ confeſſio.

Note-

Notetur tamen, inter articulum Reformationis, & articulum nostrum 10
præsentem hanc differentiam esse, quòd actor priùs debuerit negationē suam juramento confirmare, juxta verba, **Deß laugnen soll man nemmen mit seinem Ayd:** (quod fortè hodiè adhuc consultum esset, cùm homines ad negandum tam proclives sint, & non considerent, quòd DEUS inter nudum verbum, & juramentum non distinguat) cùm tamen articulus noster juramenti nullam mentionem faciat, fortè, ne periurijs detur occasio contra *cap. cùm dilectus. 6. x. de his, quæ vi, &c.* standum est itaque juxta verba Art: simplici negatione, & hoc eò magìs, quia antiquiora statuta in multis alijs casibus judicialibus juramentorum præstationem requirebant, quæ hodierno jure in desuetudinem abierunt.

Est autem juxta articulum primus modus probandi solutionem per documenta litteraria: Sicut autem illa duplicia sunt, vel publica, vel privata, ita etiam quæstio duplex est: Quatenus probent instrumenta quietantiarum publica, & quatenus probent privata? 11

Ad primam quæstionem expedita Responsio est, quòd instrumentum quietantiæ publicum plenam fidem mereatur etiam remotis omnibus testibus. *l. in donationibus 31. Cod. de donat.* Instrumentum tamen dupliciter dici potest publicum. Primò, quando erectum est coram ordinario magistratu: Et secundò, quando erectum est coram notario, & testibus. Primus casus nullam difficultatem habet, cùm gesta auctoritate ordinarij magistratus plenam præsumptionem bonæ fidei pro se habeant, de hoc tamen apud nos maximum dubium oriri potest, an in quietantijs concedendis publica magistratûs auctoritas ita necessaria sit, ut quietantia per notariū, & testes 12
facta inutilis, & invalida sit? Ratio dubitandi est, quia *Art. 5.* **der Lands- vnd Pollicey-Ordnung** / *Lib. 1. Tit. 3. & Art. 2. Tit. 2.* **deß Gandt-Proceß** / expresſè disponunt, ut omnes contractus cujuscunque generis non coram notario, & testibus, aut alijs personis, quibus jus instrumenta erigendi, & sigillandi competit, sed coram ordinario magistratu ad evitandam omnis fraudis suspicionem fieri debeant, juris autem est, ut quodcunque eodem modo solvatur, quo ligatum est. *l. nihil tam naturale. ff. de R. J.* Quod confirmatur ex ijsdem statutis nostris Bavaricis, in quibus *Lib. 1. Tit. 3. Art. 1.* §. **Von Quittungen** / *& Tit. 4. subseq. Art. 1.* §. **Schuld- oder Quitt-Brieff** / determinatur taxa pro jure scribendi quietantias, & illas sigillandi, & eadem quota, sive quantitas taxæ, quæ constuitur pro erigenda obligatione, constituitur etiam pro eadem dissolvenda: Sed hoc non obstante putamus, quòd publica quietantia etiam coram notario, & testibus fieri possit: Ratio nostra est, quia in statutis nostris Provincialibus nullibi invenitur prohibitio facta, quo minùs illa fieri possit coram notario, & testibus, sicut tamen invenitur in contractibus ineundis: Inter utrumque igitur casum magna differentia est: Plus est enim, obligationem suscipere, quàm illam dissolvere: Legislatores nostri solliciti fuerunt, ne subditi sui contrahendo inducantur in perniciem, non autem, ut solvendo, & liberando se ab ære alieno in libertatem restituantur, semper enim favorabilior est solutio ab obligatione, quàm implicatio. Et hoc verissimum esse judicamus, cùm quidam doctores improbent totum pactum, quo contrahentes se obligant, ne solutio facta per testes admittatur, quam tamen articulus noster, ut paulò post sequetur, sine contradictione admittit. Vid. *Gutierez. de Juram. confirm. part. 1. cap. 62. per totum*, cùm probationis facultas maximè ad liberandum coarctanda non sit. *l. quoniam. Cod. de Hæreticis, & Manich.*

Alterum membrum hujus quæstionis fuit de privata scriptura, & quietantia: Ad quam Respondemus, etiam privatâ scripturâ solutionem, sive satisfactionem probari posse: Si enim quis nudis verbis confiteri potest, se solutionem à debitore suo recepisse, cur non etiam in scriptis per apocham, 13

quæ in *l. 14. Cod. de solutionibus.* appellatur pecuniæ solutæ confessio, & ut Imperatores in *l. ult. Cod. si certum petatur, & l. 1. de apoch. publ. lib. 10.* loquuntur, securitatem præstat; Ita tamen, si à tempore datæ apochæ 30. dies effluxerint, *l. 14. §. 2. Cod. de non num. pec.* nam intrà 30. dies creditor, vel agendo, vel excipiendo dicere potest, se spe futuræ numerationis apocham scripsisse, reverà tamen pecuniam non accepisse, quæ vocatur exceptio non numeratæ pecuniæ. Quæ secundùm doctores ad *Tit. 22. Inst. de litter. obligat. & ad Tit. 13. §. 2. Inst. de except.* tam agendo, quàm excipiendo proponi potest.

14 Quæres primò, quare exceptio non numeratæ pecuniæ in dote, & mutuo biennio duret, exceptio verò non factæ numerationis contra apocham tantùm duret 30. diebus? Respondent DD. ad dict: *l. 14. §. 2. Cod. de non num. pec.* id fieri favore liberationis, promptiora enim sunt jura ad aliquem eximendum, quàm implicandum in debito. *Perez. ad hunc tit. de non num. pec. n. 4. in fine.*

15 Quæres secundò, an exceptio non factæ numerationis etiam contra publicum instrumentum coram magistratu ordinario erectum, vel contra confessionem solutionis factæ ad protocollum redactam intrà 30. dies proponi possit? Et siquidem in publico instrumento judex attestationem faciat, solutionem in sua præsentia factam esse, cessat præsumptio, quæ in privatis scripturis pro creditore militat, quòd apocham spe tantùm futuræ numerationis scripserit, reverà autem pecuniam non acceperit, cùm de veritate ex judicis confessione, & attestatione constet: Idem dicendum est, si creditor, & debitor, ut plerumque fit, ad judicem accedant, & ibi creditor palàm confiteatur, sibi à debitore satisfactum esse, rogétque, ut confessio sua protocollo inseratur, donec quietantia publica desuper expediatur. Certè talis confessio solutionem probat, tametsi judex de actuali numeratione attestari non possit: Ratio est, quia confessio judicialis revocari nequit. *l. unica. Cod. de Confess.* Et standum est confessioni, quæ probatur per acta. *l. donari. §. quidam in jure. 29. ff. de donat.*

16 Supra ad *Tit. 6.* der Land-Recht / diximus, quòd in instrumentis etiam publicis emptionis, & venditionis rarissimè exprimatur quantitas pretij, sed simpliciter dicatur, rem venditam esse pro certo pretio, dessen der Verkauffer zu Genügen befridiget seye. Quæritur, anne talis generalis confessio solutionis per instrumentum facta sufficiens sit? Et talibus instrumentis fidem adhibendam esse ex consuetudine Imperij, habet *Andr. Gail. lib. 2. observ. 13. n. 11.* & *Mynsing. cent. 4. obs. 74.* quam consuetudinem etiam in Patria nostra vigere, notorium est.

17 Secundus modus probandi est per testes, licèt enim consuetudine introduci possit, ut probatio solutionis aliter fieri non possit, nisi per instrumenta, hanc tamen consuetudinem in Patria nostra non vigere, manifestè ostendit tenor articuli nostri: Qui in verbis, Es erbotte sich daß der Schuldner mit brieflichen Urkunden/ oder mit Zeugen wahrzumachen/ etc. Ubi probatio per viva testimonia expresè admittitur: Nec obstant verba supra *cit. Art.* der Lands- vnd Pollicey- Ordnung / ubi quietantijs, den Quittungen / certa taxa præfigitur, quia ex hoc non sequitur, quòd quietantiæ necessariò per judicem fieri, & sic solutio non aliter, nisi in scriptis probari possit: Nam, sicut supra de emptione, & venditione diximus, in libera potestate contrahentium esse, an in contractibus, qui nudo consensu subsistunt, instrumenta erigere velit, vel non: Non obstante *Artic. 5. Lib. 1. Tit. 3.* der Lands- vnnd Pollicey- Ordnung / & *Artic. 20. Tit. 2.* deß Gandt- Proceß. Ubi statuitur, quòd instrumentatio super contractibus, & obligationibus subditorum nullibi nisi coram ordinario magistratu fieri debeat, cùm hæc dispositio subditis libertatem non tollat, sine instrumentis publicis ejusmodi con-

contractus ineundi, ſed tantùm hoc paterna ſollicitudine diſponatur, ut, ſi contrahentes inſtrumentationem admittere velint, ea ad præcavendas omnes fraudes, & circumventiones nullibi niſi coram ordinario judice, & magiſtratu expediri debeat: Ita etiam, ſi ſubditi pro ſolutionibus, & liberationibus ſuis velint, publico inſtrumento fieri ſecuri, apocharum erectionem non niſi coram ordinario ſuo magiſtratu impetrare debent, ex hoc tamen non ſequitur, quòd ad erectionem apocharum publicarum ſimpliciter obligati ſint, & conſequenter ſolutionem, & liberationem per teſtes probare non poſſint.

Ut autem probatio à teſtibus rectè fiat, neceſſe eſt, ut ipſi in ſpecie 18
dicant, quòd ex illa cauſa facta ſit, ex qua debitum repetitur: Poteſt enim contingere, ut quis alteri ex pluribus cauſis obligetur, ſcilicet ex cauſa mutui, locati, venditi: Non igitur ſufficit, ſi teſtes dicant, creditorem ſatisfactionem accepiſſe, niſi etiam addant, ex hac vel illa cauſa, ex qua conventus fuit, quia ſolutio ex vendito facta debitorem non liberat à ſolutione, ad quam obligatur ex mutuo, imò nec hæc generalis diſpoſitio teſtium quidquam proficit, ſi dicant, ſe à creditore audiviſſe, quòd cum debitore ſuo contentus ſit, quia talia verba neceſſariò ſolutionem non important, cùm etiam debitor cum ſuo creditore contentus eſſe poſſit abſque ſolutione. *Maſcard. de probat. vol. 3. concluſ. 1318. n. 17.*

Quæſtio autem eſt, quot teſtes ad probandam ſolutionem, & libera- 19
tionem requirantur? *D. Balthaſar. ad hunc locum. reſol. 1. n. 8.* duos ſufficere exiſtimat, utique propter generalem Regulam, quòd in ore duorum, vel trium ſtet omne verbum: Sic etiam *Perezius. ad tit. Cod. de ſolut. num. 14.* generaliter dicit, ſolutionem per teſtes probari poſſe, de numero teſtium abſtrahens. Si igitur præſupponas, debitum, de cujus ſolutione agitur, etiam coram nudis teſtibus contractum fuiſſe, tunc res ſatìs clara eſt, quòd etiam ſolutio per teſtes, & quidem duos, aut tres probari poſſit, cùm non debeat eſſe durior conditio diſtractûs, quàm contractûs, ſive liberationis, quàm obligationis: At in hoc conſiſtit noſtra difficultas, cùm de jure communi in *l. 18. Cod. de teſtibus.* diſponatur, ſi mutuum interveniente ſcriptura factum ſit, quòd ſolutio pecuniæ mutuatæ ſimiliter per ſcripturam, vel per quinque teſtes probari debeat, an hoc ipſum etiam juri noſtro Provinciali, & huic articulo noſtro conveniens ſit? Et certè text: in dict: *l. 18. Cod. de teſtibus. juxta gloſſam marginalem ibid. ſub litt. H.* aliter intelligere non poſſumus, quàm ſi in contractu mutui inter partes convenitur, ut aliter non valeat, niſi ſcriptura deſuper erecta ſit: Tunc enim, ut lex ait, qui in ſcriptis debitum retulit, id eſt ſolvit, non facilè audiendus eſt, niſi quinque teſtibus idoneis, & ſummæ, atque integræ opinionis, qui ſolutioni celebratæ præſtò fuerunt, & cum ſacramenti religione deponant, in ſua præſentia debitum ſolutum eſſe, ſolutionem probare poſſit, ne fortè per facilitatem, ut in ingreſſu legis dicitur, vilium & redemptorũ teſtium fides ſcripturæ enervetur. Uno verbo, videtur lex dicere, quòd ſubſtantia obligationis, quæ in ſcriptura conſiſtit, aliter diſſolvi non debeat, niſi per aliam ſcripturam æqualis roboris, vel loco illius ad minimum per quinque teſtes ſumæ ac integræ opinionis. De qua exceptione planè articulus noſter nec verbum dicit, & ſi talis caſus contingeret, in quo ſolutio probari poſſit per duos teſtes, non dubitaremus, pro abſolvendo debitore judicare, cùm articulus noſter ſimpliciter in plurali loquatur, durch Zeugen / pluralis autem numerus verificetur in duobus.

Tertius modus probationis continetur in *l. ſi chyrographum. 24. ff. de ſolut. & liberat.* Ubi Modeſtinus ait: Si chyrographum cancellatum fuerit, licèt præſumptione debitor liberatus eſſe videatur, in eam tamen quantitatem, quam manifeſtis probationibus creditor ſibi adhuc deberi oſtenderit, 20

rectè debitor convenitur, & in *l. 2. §. 1. ff. de pactis.* Ubi Labeo ait, si debitori meo reddiderim cautionẽ, videtur, inter nos convenisse, ne peterem: Ex quo deducitur hæc Regula, si instrumentum debiti, aut chyrographum sit penes debitorem, & ab ipso allegetur solutio, sive remissio debiti, quòd ex hoc præsumptio pro liberatione, aut solutione oriatur. *Ant. Faber. in Cod suo. lib. 8. tit. 30. defin. 1.* sive illud sit cancellatum, sive non, modò debitor vir sit integræ existimationis, & non persona domestica creditoris, quæ facilè sine consensu possessoris chyrographum occupare potuerit: Et licèt aliud sit præsumptio, & aliud probatio, nihilominùs tamen chyrographum maximè cancellatum in manibus debitoris existens transfert onus probandi in creditorem, sibi solutionem factam non fuisse, nec se debitum nullo modo remisisse: Et hic est præcipuus effectus præsumptionis, quæ tamen per creditorem facilè elidi potest, alijs contrarijs adminiculis, & con-
21 jecturis: Quid si enim creditor, vel probare, vel saltem verisimilibus causis, & rationibus allegare possit, chyrographum fuisse deperditum, fortè tempore bellicæ invasionis, incendij, vel similis infortunij? Certè nec solutio, nec remissio debiti præsumi potest, & proinde debitori plenissima probatio incumbit. Idem *Faber. loc. cit. defin. 28.* Aliud est dicendum, si chyrographum cancellatum reperiatur in manibus ipsius creditoris, quis enim tum præsumat, inquit idem *Faber loc. cit.* chyrographum ab alio cancellatum, quàm ab ipso creditore ob causam solutionis, vel remissionis? Multis itaque hæc probatio difficultatibus subjacet, quam dict: Faber per juramentum suppletorium tollendas, & superandas esse existimat, de quo paulò post.

22 In compendium rem contrahendo, quando debitor chyrographum obligationis in manibus habet, & simul vir bonæ famæ, & integræ vitæ sit, suóque juramento confirmare velit, quòd instrumentũ obligationis ad eum bono titulo devenerit, absolvendus est ab actione creditoris, nisi creditor probare velit, quòd debitor occasionem habuerit, instrumentum obligationis occupandi, vel quòd illud quodam infortunio perdiderit, & de perditione conquestus fuerit, nam, sicut hæc posterior præsumptio creditoris elidit priorem præsumptionem, quæ ex quasi possessione, & retentione instrumenti pro debitore militat, ita necessariò sequitur, quòd debitori incumbat, solutionem factam alijs, & efficacioribus adminiculis verificare, inter quæ

23 Quartus modus probationis est, si fortè creditor ex alio capite etiam debitori suo fuerit obligatus, & sæpiùs cum eo calculatis rationibus solvit, quod debuit, nihil autem de prætensione sua, quam reciprocè habebat, opposuit, nec de exceptione compensationis verbum movit, quia tali in casu præsumitur facta solutio. Optimus textus in *l. Procula. 26. ff. de probat. Menoch. de arbitr. Jud. quæst. cent. 1. casu. 88. num. 10.* Ubi tamen plura requirit. *Balbus. Tractat. de præscription. part. 1. quæst. 10. num. 16.*

24 Quintus modus est, si in rationibus publicis scriptum sit, solutum esse, & probetur solutio tributorum de quantitate soluta. *l. 2. §. 1. Cod. de quadr. præscript. l. 2. Cod. de discuss. l. 3. Cod. de apoch. publ.* quod apud nos singulariter observandum est, præteritis enim belli temporibus lege publica cautum fuit, ut, si quis debitorem suum ad solutionem urgeret, debuerit litteras censuales Serenissimi Electoris, vel Statuum Provincialium, loco pecuniæ paratæ in solutum accipere etiam invitus, ita ut in libris publicis fieret transscriptio creditoris, ist die Umbschreibung der Schuld auff den Glaubiger geschehen. Ex qua transscriptione in libris publicis, utique satisfactio, & solutio fortissimè probatur, maximè, si creditor post transportum de ejusmodi litteris censualibus per triennium annuos census acceperit, & publicas pensitationes solverit.

Sex-

Sextus modus probandi eſt, per alias quoque conjecturas, & præſumptiones, de quibus jam in præcedentibus diximus. Veluti primò, ex *l. quicunque. Cod. de apoch. publ.* Si quis annuas penſiones, cenſus, uſuras, canones emphyteuticos, tributa, & collectas, ſimiléſque præſtationes tribus annis continuis ſolverit, præſumitur, eas etiam ſolviſſe in præteritum retrò, de qua præſumptione fusè agit *Anton. Gabriel. lib. 1. de probat. concluſ. 11. per totum.* Secundò, in *Auth: quod obtinet. Cod. de probat.* Ubi habetur, ſi creditor in teſtamento ſuo dixerit, Titium ſibi, V. G. centum florenos debere, & hæredes majorem ſumam probare velint, non admittuntur; Præſumitur enim debitor reliquum ſolviſſe, vel certè creditor illud remiſiſſe. Tertiò, ex *l. planè. ff. famil. herciſc. l. tutor. l. Lucius. ff. de uſuris.* Si enim creditor bona debitoris ſub manibus habuit, & quædam retinendo ſibi pro debito ſuo ex parte ſatisfecit, & reliqua reſtituit, ampliùs non auditur, tametſi probare velit, ſibi ex toto non eſſe ſatisfactum, ſed tantùm pro parte, cùm non præſumatur, quòd ille, qui potuit ſibi ex integro ſatisfacere, tantùm partem per retentionem conſecutus ſit. Quartò, ex longa taciturnitate creditoris, qui diſtulit debitum petere, donec debitor aliquod infortunium ſcilicet hoſtilis invaſionis, deprædationis, incendij, vel ſimile pateretur, vel donec debitor moreretur, & hæredes ejus, qui in facto alieno verſantur, & ſolutionem, quæ fortè facta fuit, ignorent (de qua exceptione, quæ in Statutis noſtris Bavaricis vocatur, über den Moldigen Mund / alibi plura dicemus) præſumitur enim ex tali longa taciturnitate, creditorem ſtudio tamdiu ſolutionem non petijſſe, ut debitori, vel hæredibus ejus probationis remedia intervertantur: Quatenus autem ſola taciturnitas, & intermiſſa exactio debiti, & annuorum cenſuum, relevet debitorem ab onere ſolutionis, & an decennale tempus ſufficiat ſine legitima præſcriptione, maximè ſi creditor fuerit indigens, & debitor opulentus. Videatur *Maſcard. de probat. vol. 3. concluſ. 1325.* Quintò, per *l. cùm de indebito. ff. de probat. l. eleganter. §. qui reprobos. ff. de pignor. act.* Si creditor bonorum debitoris adminiſtrator fuerit, præſumitur enim ſibi vigilâſſe, & pro debito ſuo ſatisfeciſſe, niſi in inventario cum redditis rationibus collato contrarium appareat. *Math. de afflict. deciſ. 13. n. 17.* Sextò, ex *l. cùm dos. ff. rer. amot. & l. ſi quidam ibid. Cod. de tranſact.* Si debitor creditori ſuo ſolvat, & poſt ſolutionem dicat, creditorem reciprocè ſibi ex ſimili, vel quocunque alio contractu tantundem, aut plus debere, tunc enim præſumptio eſt, quòd hoc prætenſum debitum jam ante fuerit ſolutum, cùm debitor aliàs facillimo modo per compenſationem ſatisfacere potuiſſet. Denique aliæ præſumptiones oriuntur ex qualitate creditorũ, aut debitorum, & alijs circumſtantijs, de quibus pleniſſimè videri poteſt *Maſcard. de probat. vol. 3. concl. 1320. per tot. Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 135. per tot. Tuſcus. pract. concluſ. litt. S. concl. 385. per tot.* 25

Ultimus modus comprehenditur in articulo noſtro, ſi ſcilicet debitor ſolutionem alleget, dicendo, neminem interfuiſſe, & proinde ſe paratum eſſe, hoc juramento ſuo confirmare, petit itaque, ut creditor per DEUM Sanctum juret, ſe ſolutionem non recepiſſe, vel ſibi juramentum referat: Et hæc eſt probatio per juramentum litis deciſivum, de qua ad *Artic. 20. Tit. 7.* deß Sumariſchen Proceß / exactiſſimè ſcripſimus, ut hîc nihil ſuperaddendum occurrat, quò benevolus Lector remittitur. 27

Quid autem dicendum, ſi debitor ſolutionem, vel per teſtes, aut alia adminicula non plenè, ſed ſemiplenè tantùm probaverit, poteritné ad juramentum in ſupplementum admitti? Ratio dubitandi eſt, quia *Articulus 1. Tit. 33.* in Reformat: de Anno 1588. expreſsè diſponit, quòd, ſi debitor duobus teſtibus, mit zwey Ehr-bahren Mannen / ſolutionem probare poſſit, nihilominùs debitor etiam ſuo juramento ſolutionem factam eſſe 28

confirmare debeat : Ex quo ſequitur , quòd ipſius juramentum ſufficiens non ſit , ſi ſolutionem tantùm unico teſte omni exceptione majori probare velit : Sed Reſpondemus , hanc diſpoſitionem in novis noſtris conſtitutionibus Provincialibus omiſſam , & conſequenter correctam eſſe : Si enim , ut ſupra jam deduximus , non obſtante. *l. 18. Cod. de teſtib.* ſolutio debiti etiam in ſcriptis facti per duos teſtes probari poteſt , niſi in caſu à nobis excepto , quid inſuper opus eſt juramento debitoris confirmatorio ? Dicimus igitur , quòd debitor , qui ſolutionem per unum teſtem omni exceptione majorem , vel alia adminicula ſemiplenè probavit , ad juramentum ſuppletorium admitti poſſit , licèt articulus noſter de hoc nihil dicat , non enim ulla ratio aſſignari poteſt , quare in reliquis fortè etiam gravioribus cauſis litigans admittatur ad juramentum ſuppletorium per ſemiplenam probationem , & non etiam in cauſa mutui , ſive crediti : Quæ tamen ad ſemiplenam probationē requirantur, latè deducta ſunt ad *Art. 19. Tit. 7.* deß Summariſchen Proceß / quò revertendum eſt.

29 Ultimò addit articulus , quòd illa pars , quæ probationem in ſe recepit , ſive actor per modum actionis , ſive reus per modum exceptionis , & in probatione deficit , teneatur parti victrici ad expenſas , & omne damnum ſecundùm judicialem moderationem , & inſuper pro qualitate circumſtantiarum puniri debeat , quod ſic intelligendum eſt , ſecundùm diſpoſitionem der Gerichts-Ordnung / *Tit. 9. l. 7. & Artic. 8. Tit. 11.* deß Summariſchen Proceß. Si pars ſuccumbens non habuerit juſtam cauſam litigandi , ut hunc articulum exſplicat *D. Rath. in contin. diff. Jur. Commun. & Bavar. aſſert. 44.* & *D. Balthaſar. num. 59.* Niſi is , qui juſtam cauſam litigandi habuit , ſe ſpecialiter ad omne damnum obligaverit , quia hoc in caſu , licèt expenſæ judiciales fuerint compenſatæ , nihilominùs ad damnum reſarciendum obligabitur , qui illud ſpecialiter in ſe recepit , non quidem vi ſententiæ , ſed ſpecialis conventionis, ut paulò antè exſplicavimus, qualis autem pœna victo injungenda ſit , id arbitrio judicis relinquendum eſt. Antiquus articulus Reformationis determinavit mulctam 72. numorum , quam pro qualitate actionis judex benè aggravare poteſt , præſertim cùm articulus dicat , Daß er mit einer zimblichen Straff abgebüſt werden ſoll / quem terminum , zimblich / nos intelligimus , für empfindlich / quod autem per triginta integros annos , & ultrà nunquam vidimus obſervari , cùm in cauſis crediti , & debiti judicia noſtra tam benigna ſint , ut erga maximè temerarios litigatores non tantùm punitionem intermittant , ſed etiam litis expenſas compenſent , tametſi moroſus debitor in re clara , & liquida creditorem per multos annos injuſtè fatigaverit.

30 De probatione ſolutionis per præſcriptionem nihil dicendum reſtat , cùm illam ad *Tit. 9.* der Land-Recht / ſufficienter exſplicaverimus : Præſcriptio enim legitimè probata æquiparatur ſolutioni. *l. ſicut. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.*

31 Supereſt in concluſione hujus articuli adhuc iſta quæſtio, ſi debitor deperditâ apochâ malitioſo creditori debitum adhuc ſemel repetenti, vel ſpontè ſolvat , vel ad ſolutionem condemnetur , annè repertâ apochâ ſolutionis altera vice factæ , etiam cum reſciſſione ſententiæ repetitionem habeat ? Et Reſpondemus , in utroque caſu , ſive ſpontè , ſive condemnatus ſolverit , repetitioni locum eſſe , ſive per condictionem ſine cauſa. *l. ſi ſponſus. §. ſi uxor in fine. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Sive per actionem de dolo , ſi ipſe creditor malitioſè ſolutionem bis exegerit , vel per reſtitutionem in integrum ex capite , *ſi quæ mihi juſta cauſa videbitur* , quando hæres , qui
32 verſatur in facto alieno, altera vice ſolutionem recepit. Cœterùm de quæſtione frequenti , & ferè quotidiana , ſi debitor pecuniam ſolutioni deſtinatam , vel ſervo ſuo ad deferendum conſignatam crediderit , vel ad peti-

tionem

tionem servo, & nuntio ... infidelitatem deferentis, vel per casum fort... dicemus alio loco: Interim videatur *Hartm. Stamm. de servit. personal. lib. 2. cap. 25. n. 10.* & *Farinac. in fragm. crim. Verbo. debitor speciei.*

Der Andere Articul.

Wann jemandt flüchtig würdet / vnd seinem Glaubiger entfliehen will / begreifft jhn der / dem er schuldig ist / der mag sein Leib vnd Guet an allen Orten / für sich selbs / oder mit Hülff jeder Obrigkeit angreiffen vnd auffhalten / jhme selbs ohne Schaden / vnd soll darmit / wo er den Richter / oder Fronbotten nit gehaben mag / nit gefrevelt haben / doch soll er solches in das Gericht antworten / biß daß jhm Recht davon widerfährt / oder er soll es außgeben auff Porgschafft zu Recht. Hätte auch der flüchtige Schuldner ander Guet / ligend oder fahrend hinderlassen / dessen mag sich der Glaubiger zu Recht / wo jhme an der Werschafft abgieng / auch vnderziehen / mit Fronbotten auff Recht. Und wer also der Erst ist / der jhn angreifft / oder sein Guet / der soll auch deß ersten davon gewehrt werden / (doch vnentgolten / dem welchem es vormaln verpfendt wäre) vnnd jeder nechst darnach / ob jhr mehr wären / die es verbütten / oder angriffen / mit dem Rechten / der oder die sollen darnach gewehrt werden / vnd wer jhm hierinnen hilfft / der soll es gegen dem Gericht / vnd auch gegen dem Gelter vnengolten bleiben.

SUMMARIA.

1. *An omnis arrestatio, detentio, & apprehensio violenta debitoris sit prohibita?*
2. & 5. *Quid si debitor sit fugitivus, & persona Ecclesiastica non laicalis?*
3. *Utrùm fugitivus debitor ubique locorum etiam in Ecclesia capi, & arrestari possit?*
4. *An liceat, contra debitorem fugitivum vi armata resistentem jure defensionis uti, eum vulnerare, vel occidere?*
6. *Utrùm debitor fugitivus etiam in omni tempore, ferijs publicis, privatis, & divinis capi, & incarcerari queat?*
7. *An creditor talem debitorem propria authoritate apprehendere possit, ubi copiam judicis non habet?*
8. *An debitor comprehensus ad suum judicem ordinarium sit remittendus?*
9. & 12. *An etiam bona debitoris, quæ secum fert, apprehendi, & cui judici sisti debeant?*
10. *An creditor comprehensum debitorem in privatum carcerem mittere possit?*
11. *Utrùm captus etiam sisti possit judici loci?*
13. *Qualem effectum habeat, si persona, vel res capiatur, & judici sistatur?*
14. *Cur ad liberandum debitorem è carcere requiratur cautio fidejussoria, & cur nihil dicatur de pignoratitia?*
15. *An etiam de fuga suspectus apprehendi possit, & quæ ad eam necessariò requirantur?*
16. *Si creditor res fugitivi capiat, sed exinde omnimodam satisfactionem non habeat, an possit agere ad residuum?*
17. *Quid si plures creditores fugitivum capi curaverint, quis ex ipsis potius jus habeat?*
18. *An ista apprehensio jus reale hypothecæ tribuat?*

19. *An res capta, ... sub litis pendentia possit ... thecari, & ut sic persequentis creditoris jus interverti?*

20. *Utrùm persequens, & comprehendens sit potior reliquis creditoribus nullum jus reale, sed tantùm privilegium personale habentibus?*

21. *An non ideò præferendus, quia reliquorum causam salvam fecit, ... nutuante ad rem reficien- &c.*

22. *Quis teneatur, incarceratum debitorem alere?*

23. *Si debitor cautionem fidejussoriam habere non possit, an admittatur ad juratoriam?*

24. *Quâ pœnâ teneatur, qui impedit, quo minùs debitor fugitivus capiatur?*

1 AD intellectum hujus articuli præsupponendum est, in omni causa debiti, sive personalis, sive realis cujuscunque contractûs super re mobili, vel immobili, litigiosa, vel non litigiosa, tam de jure civili, quàm canonico omnem manûs injectionem in debitorem, detentionem, arrestationem sequestrationem, & multò magìs apprehensionem violentam, & incarcerationem prohibitam esse, per rationem, quòd processus non sit inchoandus ab executione. *l. 1. & 2. Cod. de execut. rei judicatæ. l. 58. ff. de re judicata*, nec cuilibet permittatur, ut sit judex in propria causa. *l. qui jurisdictioni. 10. ff. de jurisdictione. l. quisquis. 6. Cod. de post.* Et iniquum sit, ut possessor, tametsi injustus sit, & contra jus possideat, in possessione sua turbetur. *cap. cùm personæ. §. quòdsi talis. de privil. in 6. Gail. lib. 1. obs. 148. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. n. 102. & seq.*

2 Specialem casum cum jure communi excipit articulus noster de debitore fugitivo: In hoc enim disponit articulus noster cum textu in *l. ait prætor. 10. ff. quæ in fraud. cred.* Quòd creditor fugitivum debitorem suum omni in loco, **an allen Orthen /** per se ipsum, **für sich selbst /** vel cum auxilio cujúsque loci magistratûs, **oder mit Hülff jeder Obrigkeit /** in corpore, & bonis, **an Leib / vnd Guet /** apprehendere, & detinere possit.

3 Examinemus singula verba: Primò, **aller Orthen /** id est, quòd ejusmodi debitor fugitivus, in quocunque loco deprehendatur, vel in persona, vel cum bonis, quæ secum habet, capi, & sequestrari possit, ita ùt nullibi incompetentiam fori allegare possit. *Mynsing. cent. 2. obs. 65. per tot. Hering. de fidejussor. cap. 5. n. 41.* Tametsi à magistratu, vel etiam supremo Principe litteras moratorias habuerit, ne intrà certum tempus super debiti solutione molestetur. *Petr. Surd. in decis. suis. decis. 307. per totum.* Et licèt multùm disputent, an etiam fugitivi debitoris captio, & apprehensio fieri possit in Ecclesia, & magìs Catholica opinio sit negativa. *D. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 45. Covar. var. resolut. lib. 2. cap. 20. n. 14.* Tamen non pauci sunt etiam Catholici DD. qui capturam debitoris fugitivi, & extractionem ab Ecclesia admittunt. *Boër. decis. 215. n. 7. Covar. loc. cit. n. 14.* Ubi exemplum Supremi Dicasterij Regis Hispaniarum allegat. *Everhard. in loc. leg. loco à tempore ad locum.* Cui sententiæ videtur favere noster articulus, in verbis, **an allen Orthen /** ubi Ecclesia nullo modo excipitur, & *Oldradus de Ponte. consil. 54.* Ubi multis probat, imunitatem Ecclesiasticam locum non habere, quando debitor fugit ad Ecclesiam ratione debiti, cujus causâ ex dispositione juris capi, & incarcerari potest. Vid. *Hier. de Cœvall. comm. opin. quæst. 683. Decian. in tract. crim. lib. 6. cap. 28. n. 34. Farin. de carceribus. quæst. 28. num. 32.* Ubi affirmativam in debitoribus fraudulenter fallentibus admittit, de quo nos abstrahimus: Interim ex his verbis, **aller Orthen /** sequitur, quòd creditor debitorem suum non tantùm in districtu, ubi domicilium habet, sed etiam extra jurisdictionis territorium in quocunque loco persequi, ipsúmque, & res secum ablatas apprehendere, & detinere possit, modò observentur, quæ paulò

lò post dicturi sumus, quia talis fugitivus vagabundus est, & ubique locorum, ubi deprehenditur, forum sortitur, ita, ut creditori etiam licitum sit, coadunata manu, & auxiliatrici copia ipsum aggredi, ut expresse articulus noster in fine dicit, **Und wer jhm /** id est, **dem Glaubiger hierinnen hilfft / der soll es gegen dem Gericht / vnd gegen dem Helfer vnentgolten seyn:** Imò, si debitor vi armata resistat, creditor jure defensionis uti, & eum vulnera- 4
re, ac occidere potest, modò moderamen inculpatæ tutelæ non excedat, juxta *And. Gail. lib. 2. observ. 44. n. 3.* Ubi dicit, tametsi creditor vulnerando debitorem fugitivum jus suum amittat, tamen, quando vim debitori non infert, sed illatam propellit, & propellendo vulnerat, vel occidit resistentem, non destinata voluntate, sed tanquam provocatus, ab omni pœna imunis est: Nec interest, sive debitor fugitivus persona sit laicalis, sive cle- 5
ricalis, & ecclesiastica, modò clericus, vel ecclesiastica persona postmodùm sistatur suo judici. Idem *Gail. dict. lib. 2. obs. 44. n. 2. & l. 1. obs. 102. Mynsing. cent. 2. obs. 65.*

Et idem, quod hactenus dictum est de loco, dicendum etiam est de 6
tempore, id est, ut fugitivus debitor non tantùm tempore feriarum juridicarum, messium, vindemiarum, & similium, sed etiam in ferijs publicis, & privatis, honori principis, aut divino consecratis, & dedicatis: contra *l. fin. Cod. de ferijs.* apprehendi, & carceri mancipari possit. *Gail. loc. cit. num. 1. Mynsing. cent. 2. obs. 65. & 69. Cævall. in spec. comm. opin. quæst. 267. num. 2. Mascard. de probat. conclus. 823. n. 23.* quod etiam ad festa Divina, & summa, quæ vocantur primæ classis, utpotè festum Nativitatis Domini, Resurrectionis, &c. extendunt, contra *l. 3. Cod. de Episc. audient.* Ubi constituitur, quòd in die Paschali nullum debeat tenere carcer inclusum. *Petr. Surd. tract. de aliment. tit. 8. privil. 2. n. 12.* Nec opus est, ad hoc, ut judex apprehensionem, & incarcerationem fugitivi debitoris decernere possit, diem esse juridicum, & legalem, judicémque pro tribunali sedentem. *Gravæus. ad Gail. dict. conclus. 44. num. 15. Moller. Semest. lib. 3. cap. 44. num. 5. & seq.*

Secundò dicit articulus, quòd creditor per se ipsum, vel cum auxilio 7
judiciali debitorem fugitivum apprehendere, & retinere possit. Quod convenit cum *l. generali. 54. Cod. de decur. lib. 10.* Quamvis enim in propria causa nemo debeat esse sui ipsius judex, nec quidquam propria auctoritate, aut vi quadam, sed legitimis actionibus petere, & persequi. *l. exstat. 13. ff. quod met. caus. l. penult. ff. ad l. Juliam. de vi privat.* adeò, ut non valeat pactum, sive conventio inter creditorem, & debitorem inita, qua creditori licentia datur, neglecto ordine judiciario debitorem propria auctoritate persequendi, & excutiendi. Tamen hoc propter periculum creditori permissum est, ut in debitorem fugitivum, vel per se ipsum, vel cum aliorum auxilio manus injicere possit: Quod tamen dictæ *l. generali. 54. Cod. de decurionibus.* convenienter intelligendum est, si copia judicis haberi non possit, **wo er den Richter /** (addit articulus) **oder den Fronbotten /** id est satellitem, sive servum judicialem, **nit gehaben mag /** sive postmodùm sit judex ordinarius, sive alienus, & incompetens, juxta verbum, **jeder Obrigkeit /** quod designat, debitorem fugitivum etiam ab incompetente judice capi, & apprehendi posse, ubicunque inventus fuerit, ita ut creditor, si judex extraneus, & incompetens paratus sit, officium suum administrare, tanquam persona privata ab injectione manûs abstinere debeat.

An autem per capturam, vel incarcerationem inducatur litis penden- 8
tia, ita ut ibi causa per sententiã terminari debeat, ubi debitor captus est, vel an debeat captus remitti ad judicium suum ordinarium. Vid. *D. Balthasar. ad hunc tit. resol. 2. quæst. 16. Berlich. lib. 2. conclus. 28. n. 89. Joan. Kœppen. decis. 29. n. 26. & 27.* Nobis secundùm consuetudinem patriæ nostræ vide-

videtur distinguendum esse, an talis fugitivus debitor ab alieno, & incompetente judice comprehensus sit in territorio Bavarico, vel extra territorium Bavaricum: Si posterius, per se clarum est; litem in loco judicij, ubi fugitivus comprehensus est, suscipiendam esse, cùm in toto Imperio nec in civilibus, nec criminalibus remissiones ampliùs in usu sint: In nostra patria autem contrarium est, juxta *Art. 19. Art. 25. & sequentes.* andern Theils der erklärten Lands-Freyheit / & *Tit. 19. Artic. 8. & 10.* der Land-Recht. Ubi non solùm in civilibus causis, sed etiam in levibus delictis remissiones fieri jubentur ad ordinarium judicem, cui reus conventus subest; Non dubitamus igitur, si fugitivus debitor, qui domicilium habet in præfectura Dachaviensi, deprehendatur in præfectura Aichensi, vel alia, debeat ad forum, & judicium Dachaviense remitti, & sic etiam de hoffmarchialibus dicasterijs dicendum est. Ratio est, quia, qui degunt in eodem territorio, faciliùs admittere possunt remissiones, cùm eundem superiorem habeant, ad quem causa tandem per appellationem devolvitur. Et certè, cùm judici, ubi debitor fugitivus domicilium habet, magìs cognitum esse possit, cujus famæ, & fidei fugitivus sit, qualia bona possideat, an illa ad satisfactionem creditorum sufficientia sint, vel non: An luxuriosè, vel sumptuosè vivat, cauponis, & computationibus frequenter intersit, an sua domi negligat, & alibi lusu, vel alijs prodigalitatis remedijs consumat, quibus fidejussionibus, tutelarum, vel curatelarum, aut aliarum administrationum rationibus obnoxius sit: Et similia: Rectiùs agitur, ut remittatur ad locum domicilij judicandus, cùm sine istis circumstantijs, & qualitatibus benè examinatis super fugitivo judicium rectè institui non possit.

9 Tertiò, an Leib/ vnd Guet / quorum verborum sensus confirmat præcedentia, ut creditor fugitivi debitoris (intellige, si copia judicis desit) bona, quæ secum fert, apprehendere, sed etiam ipsius personam invadere, & retinere possit sine crimine violentiæ: Imò, si taliter comprehensum,
10 & captum domi suæ in privatum carcerem miserit, non incurrit pœnam privati carceris, de qua agitur in *l. obes. 12. §. fin. Cod. de O. & A. & tot. tit. de privat. carcer. inhib.* Modò in persona comprehensum debitorem, vel ejus res, quas secum abstulit, judici ordinario sistat, *Ant. Faber. defin. unica. ad eundem titulum. Græv.us. ad Gail. dict. conclus. 44. n. 8.* Ubi requirit, ut id intrà 20. horas fiat, quamvìs Ant. Faber de hoc termino nihil dicat, sed hanc sententiam *Julio Claro. in pract. crim. quæst. 68. n. 32.* adscribat, quem tamen nos judicis arbitrio remittimus.

11 Non est autem necesse, ut fugitivus comprehensus sistatur judici suo ordinario, sed potest etiam sisti judici loci, in quo reus captus est, aut cuicunque alteri, qui proximiore in loco jurisdictionem aliquam habet. Idem *Faber. loc. cit. circa finem.* Salvo interim jure remissionis, si captura contigit in Provincia, ad judicem ordinarium: Et hinc creditorem in pœnam privati carceris nullo modo incidere putamus, si reum fugitivum comprehensum non statim proximo judici alieno, & incompetenti stiterit, sed ad judicem ordinariũ adduxerit sistendum: Ratio est, quia pœnam non meretur, qui brevi manu id facit, quod alteri longiore manu faciendum incubuisset: Et hinc determinationem 20. dierum approbare non possumus, cùm casus occurrere possit, quo ad sistendum sine pœna privati carceris longior terminus necessarius sit.

12 Et hoc, quod diximus de sistenda persona, etiam intelligendum est de rebus fugitivi ablatis ad judicium deferendis, juxta verba articuli nostri, Doch soll er solches in das Gericht antworten / ubi notetur verbum, solches / quod relativum est ad præcedentia verba, sein Leib / vnnd Guet / id est, ut id, quod creditor deprehendit, sive debitorem in persona, sive ejus bona fugiendo ablata, ad judicium sistat: Ratio horum omnium est, quia ap-

pre-

prehensio tantùm permittitur ob periculum, personâ autem semel apprehensâ, periculum ampliùs non subest, cessat igitur licentia, quæ creditori propria auctoritate ad capturam, & occupationem personarum, & rerum procedendi conceditur.

13 Quæres, quem effectum habeat jus, personam, vel rem apprehensam ad judicium sistendi? Et Respondemus, hunc duplicem esse. Primus est, ut fugitivus comprehensus teneatur suscipere judicium, & litis exitum exspectare, vel secundò, se aut res suas datis fidejussoribus ex carcere, & custodia liberare, juxta verba, Biß daß jhm Recht darvon widerfahrt / oder er soll es außgeben auff Borgschafft zue Recht. Disputat *D. Balthasar. hîc n. 22.* an sufficiat cautio de judicio sisti, vel etiam requiratur cautio de judicatum solvi? Sed, quia nos hactenus semper locuti sumus de debitore actualiter fugitivo, utique nulli dubium esse potest, quin nec ipse ex carcere, nec res ejus ex custodia dimitti debeant, nisi sufficienter creditori cautum sit de judicatum solvi, post dimissionem enim ad nudam cautionem de judicio sisti, fragilem securitatem habiturus esset: Imò non dubitamus, quin ipse creditor, qui personam debitoris, vel res ejus apprehendit, antequàm illas ad judicium sistat, vel deferat, possit cum ipso debitore amicabiliter convenire, ut acceptis fidejussoribus dimissionem impetrando, futuræ litis incomoda declinet, quod innuit articulus noster, in verbis, Oder er soll es außgeben auff Borgschafft zu Recht. Ex quibus verbis apparet, si creditor litigare nolit, biß daß jhm Recht darvon widerfährt / quòd ipse sine judicis concursu apprehensa sub cautione fidejussoria, auff Borgschafft / dimittere possit, wider außgeben kondt / modò sibi vigilet, ut cautionem fidejussoriam accipiat, quæ de jure subsistere possit, de quo alibi diximus, & adhuc plura sequentur.

14 Quæres, quare articulus noster tantùm de fidejussoria cautione, & non etiam de pignoratitia loquatur? Et Respondemus, cùm fugitivus debitor præsupponatur non esse solvendo, & proptereà fugitivus, quòd creditoribus suis satisfacere non possit, utique pignoratitia cautio erit inutilis, in cujus defectu debitori præstanda est fidejussoria, si molestijs carceris, & custodiæ velit esse exemptus.

15 Et hactenus quidem semper locuti fuimus de debitore actualiter fugitivo, quid autem dicendum est, si debitor non est actualiter fugitivus, sed de fuga suspectus? De debitore suspecto habemus text: in *Artic. 4. Tit. 19.* der Land-Recht / Vers: Zum anderen. Ubi dicitur, quòd possessor alicujus boni mobilis, & litigiosæ de fuga legitimè suspectus, sequestrari possit: Sed per istum articulum quæstioni nostræ non satisfit, quæ eò tendit, an etiam debitor de fuga legitimè suspectus ab ipso creditore, si non statim copiam judicis habeat, apprehendi, detineri, & incarcerari possit, de quo nec articulus noster præsens, nec cit: *Art. 4. Tit. 19.* der Land-Recht / quidquam dicunt: Sed nos non dubitamus, quòd debitoris apprehensio in defectu judicis etiam per creditorem fieri possit, tametsi non sit actu fugiens, sed tantùm ad fugam præparatus, & dispositus: Ratio est, quia, si creditor deberet exspectare, donec actu debitor esset fugiens, exponeretur periculo rei suæ amittendæ, cùm facilius sit, intacta jura servare, quàm post vulneratam causam remedium quærere, persecutio enim difficilior est, quàm retentio, & proinde nemo tenetur exspectare, donec apprehensâ fugâ sibi persecutio, vel reddatur impossibilis, vel prorsùs incerta, aut difficilis: Et hinc est, quòd *D. Gail. loc. cit.* & alij DD. non loquantur de debitore actualiter fugitivo, sed tantùm de suspecto, ita ut concedant, tametsi statutum esset, quòd quis de domo sua extrahi non possit, tamen hæc extractio licita sit, si debitor de evidenti fuga suspectus inveniatur. *Grævæus ad dict. Gail. conclus. 54. num. 9.* Sicut autem ad hoc, ut judex debitorem de

de fuga ſuſpectum capere, & incarcerare poſſit, tria neceſſaria ſunt: Primum, ut creditor fidem faciat de debito: Secundum, ut per legitima indicia probet, metuendum eſſe, ne auffugiat debitor, & ſe liti ſubtrahat. Et tertium, quòd ſuſpicio de fuga eo tempore, quo debitum contractum eſt, nondum ſubfuerit, ſed primùm poſt contractum debitum orta fuerit, vel ſaltem primùm ad creditoris notitiam pervenerit. *D. Gail. loc. cit. n. 5. & 6.* Ita etiam de his tribus requiſitis creditor certus eſſe debet, antequàm in defectu judicis manus in perſonam debitoris, vel res ejus injiciat, ne aliàs incidat in pœnam *l. Juliæ. de vi*, & ſi debitorem cuſtodiæ tradat, in pœnam carceris privati. Abſtinendum eſt igitur creditori ab injectione manûs, & incarceratione, quando debitum ipſius non eſt certum, & liquidum, nec chyrographo debitoris, vel inſtrumento publico, aut teſtibus probatum, aut quando ſuſpicio fugæ non veriſimilibus conjecturis, & indicijs probata eſt, aut in continenti probari poteſt, aut quando debitor jam tempore contractûs fuit inidoneus, & de fuga ſuſpectus, nihilominùs tamen à creditore ſciente, & fidem ejus approbante ad contrahendum admiſſus. Quodlibet enim ex his tribus requiſitis impedit, ne captura, vel apprehenſio debitoris à judice, aut creditore fieri poſſit. *Maſcard. de probat. concl. 495. Gail. loc. cit. n. 6. & ſeqq.*

16 Addit articulus, ſi creditor fugitivum debitorem cum rebus ſecum ablatis conſecutus fuerit, ex ijs tamen plenam ſatisfactionem pro debito ſuo habere non poſſit, quòd ei jus ſit, reſiduum ex alijs ejus bonis petendi, & impetrandi, quod per ſe clarum eſt, debitor enim liberatus dici non poteſt, quamdiu adhuc aliquid ſolvendum ſupereſt, modò id fiat ſervato juris ordine.

17 Ultimò quæritur, ſi plures creditores debitorem fugitivum capi, & incarcerari, vel res ejus cuſtodiæ tradi curaverint, vel ipſi in defectu judicis cœperint, incarceraverint, vel cuſtodiæ tradiderint, quis ex illis pro ſatisfactione ſua potius jus habeat? Et Reſpondet articulus, quòd ſemper prior tempore potior ſit jure.

18 Oppones, ex hoc ſequi, quòd ejuſmodi arreſtatio, detentio, & captura pariat jus reale hypothecæ, cùm hæc Regula *prior tempore, &c.* non niſi in realibus actionibus, hypothecarijs, & pignoratitijs locum habeat, quod tamen in Proceſſu Edictali ad *Art. 31.* Verſ: Alſo auch / *Tit. 2.* & ad *Artic. 22. ejuſd. Tit.* deß Gandt-Proceß / negavimus: Et hoc pleniùs confirmatur per verba hujus articuli in parentheſi comprehenſa (doch ohn entgolten / welchem es vormahls verpfändt war) id eſt, ſed ſine præjudicio illius, cui res apprehenſa priùs erat hypothecata: Si ergò tantùm priores hypothecarij præferantur creditoribus res fugitivi debitoris occupantibus, manifeſtè ſequitur, ipſis per occupationem, & apprehenſionem jus reale hypothecæ acquiſitum fuiſſe, aliàs terminus, vormahlen / in hac parentheſi inutilis eſſet: Videtur quidem hoc argumentum fortiter ſtringere, ſed illo non attento, putamus, verum eſſe, quòd talis apprehenſio jus tacitæ hypothecæ, ſive legalis nullo modo importet: Ratio manifeſta eſt, Primò, quia creditori jus apprehendendi debitorem fugitivum, vel de fuga ſuſpectum non niſi ob periculum moræ, ſecuritatis, & indemnitatis causâ per modum cuſtodiæ permittitur, latè autem in *ſemicent. noſtr. 1. controv. 17. per totum.* probavimus, immiſſionem in bona debitoris, quæ ex causâ crediti ſolius cuſtodiæ, & ſecuritatis causâ conceditur, tacitâ hypothecâ nullo modo præditam eſſe, ergò multò minùs privata occupatio, cùm utique actus judicialis efficacior eſſe debeat actu privato. Nec obſtat ſecundò, quòd articulo noſtro, primo occupanti debitorem fugitivum, vel res ejus concedatur prælatio præ alijs creditoribus ex poſt facto primùm ſupervenientibus, & ſimiliter occupantibus, quia hoc non contingit ex jure aliquo reali,

ſive

ſive hypothecario, ſed propter vigilantiam primi apprehendentis, argto *l. pupillus. 24. ff. quæ in fraudem credit. & l. repetitio. 44. de condict. indeb.* Et hoc eò minùs tertiò, quòd communis Regula ſit, tacitæ hypothecæ nunquam locum eſſe, niſi idem jure ſpecialiter exprimatur, ſed hæc expreſſio in articulo noſtro non ſit; Ergò: Imò, tametſi quartò, *Artic. 24. Tit. 2.* enumeret præcipuas ſpecies hypothecarum legalium, tamen in illo occupatio rerum ad fugitivum debitorem pertinentium non comprehenditur: Deinde quintò, legis, & legislatoris intentio nunquam fuit, quòd creditor perſequens debitorem fugitivum plus juris acquirat, quàm priùs habuit, ſed tantùm, ut antiquum conſervet; Et denique ultimò, tametſi ex hoc articulo contra juris rationem jus reale hypothecæ in rebus fugitivi creditoris occupatis velis extorquere, tamen extenſionem ad omne arreſtum non admitteremus, cùm diſpoſitum in uno non facilè extendatur ad aliud, maximè ſi diverſa ratio ſubſit; Planè faciliùs defendi poſſet, arreſto à judice impetrato jus tacitæ hypothecæ competere, quàm occupationi rerum fugitivi creditoris propria auctoritate factæ, quia arreſtum ſpecies quaſi immiſſionis eſt, de qua multùm diſputatur, an & quatenus jus tacitæ hypothecæ inducat, ut pluribus diximus in *cit. controv. 17.* Argumento, quod ex parentheſi hujus articuli deduximus, facilis eſt Reſponſio, hic eſt enim illius genuinus ſenſus, ut, ſi E. C. tres fugitivum debitorem inſecuti ſint, primus apprehendens in rebus occupatis reliquis duobus præferatur, niſi unus ex illis in rebus occupatis priùs habuerit hypothecam, quod per ſe juſtum, & indubium eſt, magiſque noſtram opinionem firmat, quàm infringit, cùm hoc ipsò demonſtret, primo occupanti nullum jus novum reale, ſed tantùm inter ſimultaneè occupantes privilegium aliquod perſonale prælationis accedere.

Dices, ex hoc ſequi, cùm creditor res fugitivi debitoris apprehenſas, prout obligatus eſt, ad judicem deferat, & ex poſtfacto debitor illas durante proceſſu alteri realiter obliget, quòd talis creditori perſecutori, & apprehendenti potior ſit. Sed hæc oppoſitio non meretur Reſponſionem, cùm notorium ſit, quòd res litigioſa nec alienari, nec obligari poſſit. *tot. tit. Cod. de litig. & ff. de alien. mut. jud. causâ.* 19

Difficilior quæſtio eſt, ſi ponamus, debitorem fugitivum cum rebus ſuis à tribus creditoribus, merè chyrographarijs, & perſonalibus fuiſſe perſecutum, & apprehenſum, annè iſti præ reliquis creditoribus non quidem hypothecam, ſive jus reale habentibus, ſed nudum privilegium perſonale, de quibus agit *Art. 31. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / potiores ſint? Id *Dominus Balthaſar. ad hunc tit. reſol. 2. n. 23. & ſeqq.* indubitatè affirmat, quod facilè facere potuit, cùm ejuſmodi apprehenſioni, capturæ, ſive arreſto pignus prætorium concedat, quod tamen nos ex modò, & alibi dictis ſimpliciter negamus: Abſtrahendo verò à pignore prætorio, nihilominùs D. Balthaſar res fugitivi debitoris occupantibus præ omnibus privilegiatis creditoribus perſonalibus præcedentiam concedit: Per rationem, quòd articulus noſter ſolummodò hypothecarios creditores priores excipiat: Sed planè hæc ratio nos non movet, cùm jam ſupra exſplicaverimus, parentheſin in hoc articulo comprehenſam tantùm concernere ipſas perſonas fugitivum perſequentes, ita ut ſenſus ſit, primum apprehendentem ex reliquis perſequentibus potiorem eſſe, niſi ex poſterioribus perſequentibus unus hypothecam habeat, tunc enim per ſe clarum eſt, quòd primo apprehendenti præponendus ſit; De perſonalibus autem creditoribus privilegiatis articulus nec verbum dicit: Et quamvìs articulus dicat, **Unnd wer alſo der Erſt iſt / der jhn angreifft / oder ſein Guet / der ſoll auch deß erſten darvon gewehrt werden /** hoc tamen in terminis de ſolis perſequentibus intelligendum eſt, id eſt, ut primus aggreſſor præ reliquis ſupervenientibus potior ſit, quòd 20

autem etiam potior sit præ omnibus privilegiatis creditoribus personalibus, de hoc altissimum silentium est. In Processu Edictali ad *dict. Art. 31.* dictum est, quòd jura communia inter creditores personales privilegiatos primatum concedant deponenti in rebus depositarij, quando ipse depositum consumpsit, vel in utilitatem suam convertit. Ex D. Balthasaris opinione hic primatus cedere deberet creditori fugitivum debitorem persequenti, & apprehendenti. Si velis benevole Lector nostrum articulum, prælationem primo apprehendenti concedentem, tantùm restringere ad plures creditores ejusdem conditionis, persecutionem similiter facientes, de quibus propriè articulus noster loquitur, facillimè tibi consentiemus: Si autem articulum extendas ad prælationem præ omnibus creditoribus ex quacunque causa personali privilegiatis, oportet invenire aliam rationem, quæ hanc opinionem
21 justificet: Et fortè hæc poterit esse, quæ deducitur ex *Artic. 4. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Ubi mutuanti ad rem reficiendam, vel conservandam propterea conceditur præ reliquis creditoribus prioribus etiam hypothecarijs prælatio, quia causam reliquorum creditorum, sive pignorum salvam fecit, quod etiam de apprehendente debitorem fugitivum, & res ejus dici potest, cùm & ipse per apprehensionē non tantùm reliquorum persequentium, sed etiam aliorum privilegiatorum creditorum personalium causam salvam faciat. Atqui ex hoc statim sequeretur, quòd taliter apprehendenti non tantùm primo, sed etiam sequentibus debeamus concedere non solùm hypothecam, quam hactenus impugnavimus, verùm etiam jus prælationis, quod tamen articulus noster, denegando prælatienem præ omnibus hypothecarijs, expressè contradicit. Videtur igitur, huic rationi tanquam infirmæ insistendum non esse: Deinde D. Balthasar omnibus persequentibus, & reum fugitivum apprehendentibus proximum privilegium post hypothecarios concedit, cùm tamen præsupponat articulus, eum ab uno solo fuisse comprehensum: Non potest ergò dici, quòd per illos, id est, posteriores persequentes reliquorum creditorum personalium privilegiatorum causa facta fuerit melior, sive salva: Et quidsi unus ex posterioribus persequentibus jam priùs habuerit debitum privilegiatum, V. G. depositi, vel aliud, de quibus *Art. 31.* loquitur, annè privilegium suum amittet, ex eo solo contingenti, quòd in persequendo alius ipsum præcucurrerit? Certè in omni casu videntur sequelæ fieri non satìs convenientes, meliùs igitur dicimus, si ejusmodi persecutoribus, & apprehensoribus nec hypothecam legalem, nec pignus prætorium, nec ullam prælationem præ debitoribus personalibus privilegiatis, quando cum illis concurrunt, sed tunc solùm primo occupanti potius jus concedamus, quando inter solos persequentes lis, & controversia est, & de hoc casu articulus noster ad litteram loquitur, convenienter ad *Artic. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Ubi etiam publicis instrumentis hypothecarijs ab ordinario magistratu expeditis, prælatio conceditur præ instrumentis coram notario, & testibus erectis, solùm in eo casu, quando inter se cum exclusione aliorum instrumentorum concurrunt, non quando etiam alij debitores cum suis instrumentis accedunt, prout ibidem pleniorem exsplicationem fecimus.

22 Quamdiu autem debitor fugitivus in carcere est, si probatur justè captus, & incarceratus, se ipsum alere debet. *l. quemadmodùm. §. magistratus. ff. ad l. Aquiliam.* modò sibi suppetant media ad vitam necessaria, cùm autem ejusmodi debitores falliti plerumque fugam propter inopiam arripiant, incumbit creditoribus, ut ipsi sufficientia alimenta subministrent, sive captura ad instantiam eorum à judice facta sit, sive ipsi cœperint, & judici incarcerandum dederint, ita ut, si subministrationem alimentorum intermiserint, judex debitorem impunè dimittere possit, quia necare videtur, qui alimenta denegat, reus autem non condemnatus necari non debet,

maxi-

maximè in causa civili cujuscunque debiti. Vid. *Coler. de processf. execut. part. 1. cap. 6. num. 103. Farinac. oper. crim. tit. 4. quæst. 127. num. 149. Berlich. lib. 2. conclus. 28. num. 72. & seqq.* ubi *num. 73.* dicit, quòd creditor, qui debitori incarcerato de lectis, alimentis, aliisque necessarijs sumptibus non prævidit, injuriarũ teneatur, quamvis debitor, si posteà ad meliorem fortunam pervenerit, ex carcere non dimittatur, nisi creditori omnes expensas unà cum sorte principali restituat. *Berlich. loc. cit. n. 75.* vel se, ut jam supra diximus, per cautionem fidejussoriam liberet.

Quid si autem fidejussoriam cautionem habere non possit, annè ad juratoriam cautionem admittendus sit? Ratio dubitandi est, quia per juratoriam cautionem solvitur sequestrum. *Gail. lib. 2. observ. 47. n. 13. & lib. 1. observ. 148. n. 6. Mynsing. cent. 3. observ. 11.* Apprehensio autem fugitivi debitoris, sive à judice, sive à creditore fiat, loco sequestrationis est; Sed contrarium, quòd juratoria cautio non sufficiat, pulchrè probat *Dom. Balthasar. ad hunc tit. resol. 2. n. 26.* quod nos cum hac distinctione admittimus, an debitor detentus, & incarceratus egens, & inops sit, vel fortè à tempore capturæ, & incarcerationis, ad meliorem, & pinguiorem fortunam devenerit: In primo casu, invitis creditoribus utique non dimittitur, cùm in mera juratoria cautione parùm præsidij sit: In secundo casu verò, quando ad talem fortunam devenit, ut sufficienter solvendo sit, ad juratoriam cautionem dimitti posse, vix dubitamus, maximè, si fugitivus, vel de fuga suspectus alias fuerit vir bonus, & integræ vitæ, & fortè propter infortunium ad ipsam fugam, vel ad fugæ suspicionem delapsus. Vid. idem *Gail. & Mynsing. loc. cit.* Licèt fateamur, quòd is, qui se creditoribus subtrahere voluit, inter viros bonos, & integræ famæ difficulter numerari possit. 23

Quid si autem creditor persequens debitorem fugitivum ab alio fuerit impeditus, quò minùs caperetur, occultando, vel etiam eum à manibus persequentium liberando? Et Respondemus, quòd talis obligationem debitoris in se devolvat, per *l. ult. Cod. de oper. libert.* Ubi dicitur, quòd is, qui alienum libertum occultat, ipsius loco ad operarum præstationem teneatur, imò, si talis captum vi exemerit, etiam extra ordinem criminaliter arbitrariâ pœnâ puniri possit. *Farinac. oper. crim. lib. 1. tit. 4. quæst. 32. n. 7. & 8.* quatenus autem, & in quantum, quibus casibus, & circumstantijs forensis, & advena detineri possint, propriè ad hunc articulum non pertinet, potest tamen videri *Berlich. lib. 1. tit. 73. n. 62. cum multis seqq.* 24

Der Dritte Articul.

Will jemandt / der dem andern schuldig ist / vnd darumb auff ein genannten Tag Frist hätt / seinem Glaubiger entfliehen / oder von dem Land fahren / ehe daß die Frist / die er hat / sich verfallen / dem mag sein Glaubiger / dem er schuldig ist / sein Gut wol niderlegen vnd verbieten auff Recht. Sagte aber der Schuldner / er wolle von dem Land / oder auß dem Gericht / darinn er wohnhafft / nicht fahren / noch seinem Glaubiger entfliehen / soll das Verbott nit statt haben / es mög jhn dann der Glaubiger überzeugen mit zweyen / als recht ist / daß er jhm entfliehen wölle / so soll er sich seiner Haab als vil vnderwinden / daß er Pfandt genug hab vmb sein Gelt / Doch soll der Schuldner sein gedingt Frist / wo er jhm gute Gewißheit darumb thuet / völliglich hinauß haben.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Quid sit debitum in diem, & an debitor de fuga suspectus, antequàm dies venerit, detineri possit?*
2. *An arrestum intelligatur æquè de debitore meditante fugam, quàm de meditante migrationem, & discessum?*
3. *Item an detentio fieri possit tam personæ, quàm bonorum?*
4. *Si debitor neget, sibi fugiendi, aut ex Provincia migrandi animum fuisse?*
5. *Sed quid si creditor duobus testibus contrarium probet?*
6. *Qualis itaque quoad hoc sit differentia inter debitorem purum, & in diem?*
7. *An etiam suspicio migrationis uti fugæ duobus testibus sit probanda?*
8. *Utrùm ea, quæ statuta sunt de debito in diem, etiam in debito sub conditione dicta sint?*
9. *An jura Saxonica rectè ad nostrum jus Statutarium applicari possint?*
10. *Licèt ex obligatione conditionali ante conditionis existentiam non oriatur actio, an non saltem spes?*
11. *Quomodo l. si debitori. ff. de judicijs, & l. quæsitum. ff. de pignoribus. intelligendæ?*
12. *An debitor in diem, vel sub conditione præstando cautionem pignoratitiam se ab arrestatione liberare possit?*

IN præcedente articulo explicavimus, quid juris sit, quando debitor actualiter fugitivus, & quando de fuga suspectus est. In utroque capite examinando, semper præsuppositum fuit debitum purum, liquidum, & indubitatum. In hoc articulo agitur nunc de debito liquido quidem, sed sub certis terminis suspenso. Plerumque enim in contractibus ferè quibuscunque de solutione parata disceditur, & certi quidam termini, gewisse Fristen / solutionis constituuntur, ante quorum exitum creditori jus non est, debitorem ad solutionem urgendi, & compellendi. Ponit igitur articulus
1 noster hanc quæstionē, an debitor, qui suspectus est de fuga, vel de transponendo domicilio suo extra Provinciam, à creditore detineri possit, antequàm terminus solutionis extiterit, sive, ut jura nostra loquuntur, antequàm dies cesserit, & venerit? Ejusmodi debitum vocatur debitum in diem, & propterea in illo majus dubium subest, an contra debitorem de fuga suspectum, vel extra Provinciam discedentem remedia in priori articulo tam sollicitè præscripta locum habeant, cùm reverà debitum in diem, debitū non sit, cùm dies præstandæ pecuniæ cesserit quidem, sed non venerit. Sed hoc tamen non attento, respondet articulus noster, quòd debitor in diem, sive ad certum terminum non minùs, quàm debitor purus sequestrationi subjectus sit.

Ubi notentur sequentia, primum est, quòd articulus præcedens semper locutus fuerit de debitore actualiter fugiente, iste verò articulus loquatur in futuro de eo, qui fugere cogitat: Der entfliehen will / ex quo sequitur, quòd nos priorem articulum loquentem de actualiter fugitivo rectè etiam explicaverimus de illo, qui quidem actualiter fugitivus non est, sed de fuga suspectus: Si enim debitor in diem, sive sub terminis: Der auff Fristen hafftet / propter suspicionem fugæ apprehendi, & detineri potest, multò magis apprehendi, & detineri poterit debitor purus, cujus dies cessit, & venit.

2 Secundum est, quòd articulus noster non tantùm loquatur de debitore fugam meditante, sed etiam de meditante migrationem tantùm, & discessum, in verbis: Oder von dem Land fahren will / licèt enim communis, & verè justa sententia sit, forensem, advenam, & extraneum non statim arrestis, sequestrationibus, aut alijs ejusmodi remedijs executivis onerandum esse, nisi vagabundus sit, aut alijs circumstantijs ad arrestationem,

& de-

& detentionem causam dederit. *Coler. de processf. execut. part. 2. cap. 3. Berlich. l. 1. conclus. 73. n. 63. & seqq.* Articulus tamen noster etiam contra discedentẽ, & migrantem processum detentionis, & sequestrationis admittit. Ratio per se expedita est, quia meliùs est, causam intactam servare, quàm post læsionem remedium quærere.

Tertium est, quòd, licèt articulus solumodò disponat de rebus migrantis, & discedentis per arrestum, & sequestrationem detinendis, nihilominùs etiam detentio personæ locum habeat. 3

Nisi quartò, tantum in bonis suis habeat, quantum creditori ad congruam satisfactionem sufficit.

Non autem quintò, contra debitorem in diem, sive ad certos terminos obligatum ad detentionẽ, & sequestrationem deveniendum est, quamdiu negat, sibi fugiendi, aut ex Provincia migrandi, & discedendi animum, aut intentionem fuisse, juxta verba: Sagte aber der Schuldner / er wolle von dem Land / oder auß dem Gericht / darinn er wohnhafft / nit fahren / noch seinem Glaubiger entfliehen / soll das Verbott nit statt haben. 4

Nisi sextò, creditor probet duobus testibus, prout juris est, quòd debitor voluerit se fugâ subducere, &c. 5

Hinc septimò apparet, quàm magna differentia sit inter debitorem purum, & debitorem in diem, sive sub certis terminis, ut enim creditor debitorem purum, vel per seipsum, vel per judicem capere, & detinere possit, sufficit legitima suspicio de fuga, ut in priori articulo deduximus, in debitore ad diem requiritur plena probatio per duos testes, cujus nulla alia ratio est, quàm quòd debitor purus magìs debitor sit, quàm debitor ad diem; Et hinc, tametsi plures DD. admittant, quòd creditor ad probandam suspicionem fugæ puri debitoris ad juramentum admitti debeat, (de quo nos tamen multùm subsistimus, cùm præcedens articulus de probatione per juramentum nec verbum dicat, & multi authores illud prorsùs refutent, ut videre est apud *Menoch. de arbit. jud. quæst. l. 2. cas. 87. num. 5.* & apud *Mascard. de probat. vol. 2. conclus. 823.*) tamen juxta articulum præsentem ad juramentum neutiquam admittitur, sed suspicionem fugæ debitoris ad diem ordinario modo probationis, nempe per duos testes verificare debet. 6

Si quæras octavò, quare articulus noster hic in fine tantùm loquatur de suspicione fugæ per duos testes probanda, non autem de probanda migrationis, aut discessionis suspicione? Respondemus, nobis probabile esse, suspicionem migrationis in debitore ad diem æquè per duos testes ad ipsius contradictionem probandam esse, quàm suspicionem fugæ, cùm articulus noster bis utrúmque conjungat, in verbis, Will jemand seinem Glaubiger entfliehen / oder von dem Land fahren / & paulò post, er wolle von dem Land / oder auß dem Gericht / darinn er wohnhafft / nicht fahren / noch seinem Glaubiger entfliehen / & licèt postmodùm articulus tantùm utatur verbo, entfliehen / es möge jhne dann der Glaubiger überzeugen mit zweyen / daß er jhnen entfliehen wollen. Tamen hic terminus, entfliehen / ultima vice, ut articulus sibi conveniat, in lata significatione intelligendus est, ut æquè fugam ac migrationem in alium locum importet. 7

Quid autem nonò dicendum est, de debitore sub conditione, an etiam ille, si de fuga, vel migratione convictus est, apprehendi, & retineri possit, saltem per judicem ad instantiam creditoris? D. Balthasar hac in parte inter debitorem sub conditione nullam differentiam facit, & detentionem debitoris sub conditione non minùs, quàm debitoris in diem admittit, cùm tamen articulus noster de debitore sub conditione omninò nihil comprehendat, & inter utrúmque, ut cuilibet consideranti facilè patebit, magnum discrimen sit: Licèt enim debitor in diem ante illius existen- 8

tiam ad ſolutionem obligatus non ſit, quia tamen dies certò ſuperventura eſt, dici debet, quòd dies obligationis quidem ceſſerit, ſed nondum venerit: Aliud eſt in obligatione conditionali, in hac enim, cùm ex eventu conditionis dependeat, dies neque ceſſit, neque venit, antequàm conditio exiſtat. Uno verbo: Ex obligatione in diem oritur quidem obligatio ante exiſtentiã diei, non oritur autem exactio, in obligatione verò conditionali ante exiſtentiam conditionis neque obligatio, neque actio oritur, ut DD. unanimiter habent ad §. *ſub condit. 4. Inſt. de V. O.* quæ differentia utique ſatìs palpabilis eſt; Niſi ergò DD. unanimiter ferè etiam arreſtationem, ſequeſtrationem, & detentionem de jure communi adversùs debitorem conditionalem concederent, vi hujus articuli noſtri comparationem cum debitore ad diem, ſive ad certos terminos, de quo ſolo articulus noſter loquitur, facere nullo modo poſſemus, quia, ut diximus, debitor ad diem verus debitor eſt, & obligationem habet, ſed ſolumodò ſuſpenſam in certum diem. Debitor verò conditionalis ſub incerto futuro eventu debitor dici non poteſt, donec eventus exiſtat. Interim ſemper manet certa Regula, quòd in defectu juris ſtatutarij recurſus habendus ſit ad jus commune, quamvìs jura

9 Saxonica, ut jam aliquoties monuimus, non ſemper ad jus noſtrum Provinciale Bavaricum benè applicentur: Ecce enim *Berlich. l. 2. concluſ. 24. n. 25.* cumulativè dicit, quòd non minùs bona debitoris in diem, vel ſub conditione, quàm bona debitoris puri arreſtari poſſint, relationem faciens ad *concluſ. 69. n. 12.* Ubi tamen conditionalem debitorem illum facit, qui primùm obligatus eſt ad certum diem, & pro hujus cauſa arreſtum decerni poſſe contendit, quod nos ſuo modò ultrà admittimus, cùm diſpoſitioni articuli noſtri conforme ſit, quia talis debitor reverà conditionalis non eſt, ſed debitor in diem, cujus obligatio ex ipſo contractu originem cæpit, actio autem ad certum diem conventum: Biß auff die Friſt-Zeit / ſuſpenſa fuit: In contractu verò conditionali ſub eventu futuro incerto, nec oritur, aut naſcitur obligatio, nec actio, donec conditionis eventus exiſtat.

10 Si dicas, ex conditionali obligatione ſaltem oriri ſpem, cùm creditor ſibi imaginari poſſit, actionem competituram, poſtquàm conditio impleta fuerit, tecum non litigabimus, quia hæc veriſſima ſunt, per *l. 54. ff. de V. S. DD. ad §. 4. Verſ: ex conditionali. Inſtit. de V. O.* Sed, ut ex articulo noſtro demus ſpei idem privilegium, quod dat articulus noſter rei: Ut demus obligationi naſcituræ, quod articulus noſter concedit obligationi jam natæ: Ut idem effectus ſit obligationis, cujus dies ceſſit, ſed nondum venit, cum obligatione adhuc in fatis ſub concavo lunæ exiſtente, cujus dies nec ceſſit, nec venit, nemo nobis perſuadebit. Si quis autem Saxonum opinionem omni conditionali obligationi hoc privilegium arreſti concedentem juri communi conformem exiſtimet, ei non ero contrarius, magìs propter authoritatem Juris-Conſultorum, quàm legum neceſſitatem.

11 Quid enim facit ad rem *l. ſi debit. 21. ff. de judicijs?* Quæ nihil aliud dicit, quàm quòd in confeſſum non ſit ſtatim ferenda ſententia, ſed danda ei dilatio ad ſolvendum pro modico tempore; Præſupponitur igitur in hac lege, debitorem eſſe certum, & purum, nec in diem, aut ſub conditione obligatum, quoniam hi dilatione nulla indigent, cùm diei, & conditionis ſuſpenſio ſolutionis dilationem ipſo jure importet.

Adhuc minùs obeſt textus in *l. quæſitum. 14. ff. de pignoribus.* quia dict: textus expreſsè tantùm de debitore in diem loquitur, juxta verba: Quæſitum eſt, ſi nondum dies penſitationis venit, an & medio tempore perſequi pignora permittendum ſit? Et puto, dandam pignoris perſecutionem, quia intereſt meâ. Quæ eſt ipſa deciſio articuli noſtri.

Totâ

Tota igitur conditionalis creditoris arrestatio, sequestratio, detentio, & apprehensio à DD. authoritate dependet, de quibus videatur *Berlich. l. 2. conclus. 24. num. 25. Coler. de process. execut. part. 2. cap. 3. num. 113. & seqq. cum ibi cit.*

Hoc tamen decimò verissimum est, quòd debitor in diem, vel sub 12
conditione se ab arresto, sequestratione, detentione, & apprehensione liberare possit, si creditori cautionem sufficientem pignoratitiam, aut fidejussoriam præstet. Ad articulum præcedentem diximus, in creditore puro, verè fugitivo, vel suspecto, & per indicia convicto requiri fidejussoriam cautionem, cùm articulus de cautione pignoratitia, aut juratoria nihil disponat, hîc autem noster articulus expresse declarat, si debitor in diem ex bonis suis tantundem creditori assignare possit, quod ipsi pro pecunia debita loco sufficientis pignoris sit: Daß er Pfand genug vmb sein Gelt hab / quòd dimitti debeat, & ad præoccupationem solutionis non obligetur, donec dies advenerit, sive terminus cesserit: Biß sich die Frist verfallen hat / si quæras, quare hoc statuatur de debitore in diem, & non etiam de debitore puro? Respondemus, debitorem purum fugitivum magìs suspectum esse, quàm debitorem in diem, quia debitor purus ex nulla alia causa, quàm ex inopia fugitivus esse præsumitur, debitor autem in diem potest habere alias causas migrationis, & discessionis, rectè igitur se liberat à suspicione fugæ, si per sufficientia pignora post se relinquenda creditori securitatem, & eventualem satisfactionem præstet, quæ, si in pignoribus deficiat, utique in fidejussoribus supplenda est, sicut, si debitor purus actualiter fugitivus, vel de fuga suspectus, & convictus sufficientibus pignoribus undecunque tandem conquisitis creditori satisfacere possit, eum tam strictè ad cautionem fidejussoriam in priori articulo requisitam obligatum esse, existimare neutiquam possumus, cùm aliàs pignora, & fidejussores æquali passu ambulent.

Et hoc, quod de creditore in diem diximus, multò magìs etiam de creditore conditionali intelligendũ est, cùm ille minore favore, quàm creditor in diem dignus sit.

Der Vierdte Articul.

KOmbt jemandt nit auß kundtlichem zugestandenem Unfall / sonder fürsetzlicher / oder betrüglicher Weiß in solchen Schulden last / den er nit zubezahlen hat / stehet deßhalben auff / vnnd würdet flüchtig / der soll / wo er betretten / fänglich angenommen / den Glaubigern zu Recht gehalten / vnd ohne Willen derselben / nit verglaitet / noch von einiger Herrschafft oder Obrigkeit auffgenommen / sonder nach Gestalt der Sachen / ernstlich gestrafft; Auch wo er wider zu haußlicher Wohnung kombt / alsdann zu keinen Aempteren / vnd Digniteten gezogen werden.

SUMMARIA.

1. *An cum debitoribus fugitivis sed infortunio depauperatis non sit mitiùs agendum?*
2. *An falliti, & decoctores fiant infames, & an ad officia publica, & honores promoveri possint?*
3. *Quam pœnam Carolus V. in illos statuat?*

HActenus dictum est de creditoribus fugitivis in genere, quomodò capi, 1
detineri, & incarcerari possint, quia verò duplicis generis debitores sunt, quidam, qui sine sua culpa ex infortunio quodam casuali, E. C. de- prae-

prædationis, hostilis invasionis, incendij, & similium ad inopiam devenerunt; Et hi comiseratione digni sunt, & quamvis ad fugam adacti retineri, & capi possint, quia per inopiam infortunio sibi contingentem à debito non liberantur, tamen cum ijs mitiùs agendum est, ut in subsequentibus articulis pleniùs explicabimus. Alij debitores verò sint, qui non ex infortunio, sed propriâ suâ culpâ ac dolo ad paupertatem redacti sunt, & communiter decoctores nominantur, qui neque tempus, neque finem expensarum habent, ut Juris-Consult. dicit in *l. 1. ff. de curat. furios.* & in bonis suis furiosum exitum faciunt, ut dicitur in *l. his qui ad finem. ff. de tut. & curatoribus, &c.* qui divitias suas commessationibus ac amoribus illicitis consumunt, aut alio modo dissipant, qui in odium creditorum bona sua alienant, & ære alieno jam priùs onusti adhuc nova debita scienter, & ad hunc finem contrahunt, ut creditores defraudent, & se fugâ surripiant, de quibus agitur in articulo octavo. Hi certè nullo favore, sive commiseratione digni sunt, & non tantùm suspecti de fuga apprehendi, & in carcerem mitti, sed etiam pluribus alijs pœnis coërceri possunt, de
2 quibus quædam subsequentes articuli subministrant. Hic articulus pœnam remittit ad arbitrium judicis, præcipuè autem hoc statuit, ut, si ejusmodi falliti successu temporis ad meliorem, & pinguiorem fortunam devenerint, ad nulla officia, & dignitates admitti debeant, quod parùm religiosè observatur, cùm in multis Principum aulis ejusmodi Banccæ ruptores, qui suo vitio, & luxu bona sua abliguriverunt, aliósque fraudulenter ad interitum præcipitârunt, ad summa officia præsertim Cammeralia extollantur, ut scilicet, qui sibi, & alijs fuerunt nequam, Principibus boni sint, & qui suam familiam regere non potuerunt, pinguescant alienam. In hos sævissimè invehitur *Bald. vol. 5. cons. 400. n. 3.* & illos ex more antiquissimæ legis creditoribus laniandos tradi debere pronunciat. (Videatur *Covar. de severitate ll. antiquarum. loc. mox cit.*) Certè eodem Baldo teste isti homines infames, imò infamissimi sunt, & proinde indigni, ut etiam ad meliorem fortunam reversi ad officia publica, honores, & dignitates applicentur, convenienter der Reformierten Pollicey-Ordnung zu Augspurg de Anno 1548. Rubric. von verdorbnen Kauffleüthen/ und zu Franckfurth de Anno 1577. *Tit. 23.* ubi statuitur: Das die jenige/ so fürsetzlicher/ oder betrüglicher Weiß / und nit auß kundlichem zugestandenen Unfahl panckerott machen/und außtrinnig werden / nach Gestalt der Sachen gestrafft / auch so sie wider zu häußlichen Wohnungen kommen / alsdann zu keinen Aembteren/ und Digniteten gezogen werden sollen: Quæ sunt ipsissima verba articuli nostri, & hæc est prima pœna Banccæruptorum, sive decoctorum. Graviùs hoc hominum genus censet Carolus V.
3 Imp. in sua Constitut: Special: de Anno. 1532. 7. Octob. Ubi dicit, Daß die Panckerottierer sollen gleichen Werths / und Stands gehalten / und geachtet werden mit andern offenbaren Dieben / daß auch die jenige/ so solche auffnemmen / mit Stillschweigen vertuschen / und verhaltem / item, die umb der Panckerottierer Ränck / und Falliment: Deßgleichen wohin sich dieselbe versteckt/ oder geflohen seyn / Wissenschafft tragen: Ingleichen welche der Falliten-Handtierungen auff Betrug führen/ die Waaren mit jhnen in währender jhrer Absönderung verstechen / und verquanten / es seye under Gesellschaffts/ oder anderem Titl/ ꝛc. dise alle / und jede sollen für Dieb-mässig gehalten / und aller jhren Freyheiten entsetzt seyn. Adhuc durior lex est in Regno Castellæ, quæ mercatores fallitos, qui fidem frangunt, famosos, & publicos latrones, & raptores vocat, qui multis in locis, quod in ære non habent, luere debent in corpore, werden an Leib/und Leben gestrafft / ut attestatur *Sauter.* in seiner Practic von den Panckerottierern. *part. 3. cap. 2. & seqq.* Quæ pœna, ut paulò antè diximus, pro qualitate circumstantiarum arbitraria est.

Der

Der Fünffte Articul.

Es soll niemandt zur Cession, oder Abtrettung von seinen Gütern/ in Mainung sich dardurch von seiner Glaubiger Anspruch ledig zumachen/ gelassen werden/ es seye dann zuvor kund vnd offenbar/ oder doch genugsamblich außgeführt/ daß er auß vnvermeydlicher Noth/ vnd vnfürsehen Unglücks-Fall/ ohn sein Verschulden zu solcher Armuth kommen/ daß er seine Glaubiger nit zubezahlen hab.

SUMMARIA.

1. *An falliti ad cessionem bonorum admittantur?*
2. *Qui debitores ad flebile hoc beneficium cessionis admitti debeant?*
3. *Quomodò olim, & adhuc hodie in quibusdam locis valdè ignominosè contra debitores, qui suâ culpâ solvendo non sunt, procedatur?*
4. *Quis infortunium probare debeat, creditor vel debitor?*
5. *An probatio per testes requiratur, vel sufficiat per juramentum?*
6. *An ad cessionem admittatur, qui æs alienum ex causa criminali, aut ex delicto, vel quasi contraxit?*
7. *Quid si ex causa civili, muneris vel officij, quod gessit? &c.*
8. *An omnes illi ad cessionem bonorum provocare possint, quibus competit beneficium competentiæ?*
10. *Quid si beneficio cessionis bonorum juratò renunciaverint?*
10. *An non privetur hoc beneficio, qui negavit debitum, sed posteà convictus ad solutionem condemnatus est?*
11. *Quid si autem bona quædam malitiosè occultet, & nihilominùs ad beneficium cessionis provocet?*
12. *Qui obligatus est ad factum, non indiget cessione bonorum.*
13. *Qui inducias moratorias impetrârunt, quomodò ab executione sublerentur, & an creditores eas concedere possint?*
14. *An bonis cedens etiam feudalia, & emphyteutica dimittere teneatur?*
15. *Quid de bonis feudalibus bursaticis?*
16. *Et quid de fructibus rei feudalis, & emphyteuticæ dicendum?*
17. *An creditoribus permittatur, in cessione bonorum ea propria authoritate dividere, vel debeant bona vendere, & divisionem à judice impetrare?*

DIstinctionem fecimus in præcedente articulo inter debitores, qui sine sua culpa per infortunium, E. C. incendium, deprædationem, hostilem irruptionem in paupertatem inciderunt, & non solvendo facti sunt, & inter eos, qui dolo malo, fastu, luxuriâ, vel aliâ suâ nequitiâ bona sua perdiderunt: Continetur igitur in hoc articulo secunda pœna fallitorum, sive banccæruptorum, quòd illi ad cessionem bonorum non admittantur, sicuti debitores, qui per casualem calamitatem rebus suis exuti sunt: Convenit hæc articuli nostri dispositio cum ijs, quæ DD. scribunt *ad tot. tit. Cod. qui bon. ced. poss.* Et licèt *Hunnius. ad Treutler. volum. poster. disput. 24. thes. 4.* velit, *l. Juliam.* bonorum cessionem introducentem ad omnes debitores, tam illos, qui suâ culpâ (sine tamen dolo malo) ad inopiam sunt redacti, quàm qui fortunæ vitio facti sunt non solvendo, pertinuisse, cùm omnes textus de cessione bonorum loquentes sint generales, nec ullum inter debitores discrimen constituant, tamen hæc opinio altiore indagine indiget, quia in *Nov. 135.* Justinianus tantùm hoc cavit, quòd debitores, qui non suâ nequitiâ, sed fortunæ vitio non solvendi facti sunt, bonis cedere non cogantur, sed postquàm juraverunt, se non habere in bonis, unde æs alienum solvant, ab omni creditorum molestia liberi, ac soluti sint, sic tamen, ut illis actiones omnes, quæ debitori competunt, & competituræ

 sunt,

ſunt, cedantur, & ſi quid aliunde exigere poſſint, jus habeant, illud recipiendi: Hunnius autem arbitratur, cùm debitores fortunæ vitio depauperati pinguiore beneficio ex *dict. Nov. 135.* proviſi, ceſſionis beneficio ampliùs non egeant, quòd illud ſolummodò debitoribus ſuâ culpâ depauperatis remaneat, ſed hæc ſententia eſt ſingularis, cùm communis DD. opinio omnibus illis, qui ſuâ culpâ, negligentiâ, prodigalitate, faſtu, luxuriâ, & alijs ejuſmodi modis inhoneſtis ſe in calamitatem paupertatis, & inopiæ præcipitârunt, beneficium ceſſionis, quod aliàs dicitur flebile, & calami-
2 toſum, omninò deneget, ut proinde ex articulo noſtro firma regula maneat, quòd nemo ad ceſſionem bonorum admitti debeat, niſi notorium *ſit*, aut evidenter probari poſſit, quòd talis debitor ex inevitabili neceſſitate, & improviſo infortunio in tantam egeſtatem inciderit, ut creditoribus ſuis ſatisfacere non poſſit.

Nec obeſt diſpoſitio in *dict. Nov. 135.* in qua Juſtinianus de ſingulari ſua pietate, & honoris divini zelo plurimùm gloriatur, quia ibi nec verbum dicitur, quòd debitoribus culpoſis bona ſua prodigè abligurientibus beneficium ceſſionis concedi debeat, cùm contra naturam ſit, ut quis ex culpa ſua, & negligentia beneficium qualecunque tanquam indignus conſequatur. Nec valet argumentatio: Depauperatis invidiâ, aut vitio fortunæ remittitur neceſſitas bonis cedendi, ergò beneficium ceſſionis remanet culpoſis, & negligentibus debitoribus ſuâ malâ gubernatione ad inopiam prolapſis. Quomodò enim illis remanere poteſt, quod nunquam habuerunt? Reſpondet quidem Hunnius, *l. Juliam.* generaliter loqui, & culpoſos debitores ab hoc beneficio non excludere; Sed ex Proæmio *dict. Nov. 135.* ſatis apparet, quòd debitoribus, qui (ſunt verba legis) ſupinâ negligentiâ res ſuas ammiſerunt, beneficium ceſſionis nunquam competiêrit, ſed tantùm ijs (ſunt verba legis) qui ex accidenti in univerſum bonis ſuis exuti ſunt, quibus Juſtinianus ex pietate neceſſitatem ceſſionis remiſit, ne denuò, ut textus loquitur, per vim ad ignominioſam vitam tranſponantur, & ad quotidiani victûs, nec non ad amictûs corporis inopiam
3 adigantur; Quod ut benè intelligatur, notandum eſt, olim moris fuiſſe, ut debitores, qui non exiſterent ſolvendo, in vincula conjicerentur, addicerentúrque creditoribus, quo uſque ære alieno ſe liberâſſent. *Gellius. l. 20. cap. 1. Quintilianus. l. 5. Inſt. orat. cap. 6.* Quod adhuc hodie apud Saxones pluribus locis in uſu eſt, ut teſtatur *Berlich. lib. 2. concluſ. 28. num. 16. & ſeqq.* donec per *l. Juliam.* beneficium ceſſionis pro illis ex commiſeratione inductum eſt, qui per infortunium in paupertatem, & inopiam inciderunt, ad hunc effectum, ut inopes bonis ſuis cedendo poſſint evadere carceris moleſtias, aliáſque creditorum vexationes. *l. 1. & 4. Cod. qui bon. ced. poſſ.* quia tamen, ut apparet ex *dict. Nov. 135.* ejuſmodi ceſſio ſemper aliquam ignominiæ notam, & maculam poſt ſe trahebat, ſicut in aliquibus locis moris eſt, ut ceſſio fieri debeat cum aliquibus ignominioſis, & inhoneſtis cæremonijs, velut in Gallia, ubi debitor diſcinctus apertóque capite, die & tempore, quo cauſæ publicè agitantur, in judicio coram judice pro tribunali ſedente comparere, & profiteri debet, ſe non ſolvendo eſſe. *Fornerius. l. 2. ſelect. cap. 27.* Et quibuſdam in locis, ut cedens bonis debeat nudis natibus ſedere ſuper frigido lapide, & altâ voce proclamare: Cedo bonis: Videatur *Covar. tom. 2. var. reſol. l. 2. c. 1.* Ubi poſt duodecim tabularum, aliarúmque legum Romanarum ſeveriſſimam diſpoſitionem etiam recenſet, quid in Hiſpania moris ſit. Hanc igitur inclementiam correcturus Juſtinianus in *dict. Nov. 135.* cavit, ne quis ampliùs cogatur bonis cedere, quod utique tantùm de debitoribus ſine ſua culpa depauperatis, non de fallitis, banccæruptoribus, & decoctoribus intelligendum eſt, quoniam hi, tametſi velint, ad ceſſionis flebile beneficium, quo indigni ſunt,

non

non admittuntur. Tametsi igitur infortunio depauperati non cogantur cedere bonis, ipsis tamen licentia cessionem petendi non denegatur, quæ hodierno tempore frequentissima est, cùm sublatis ferè ubique locorum talibus inhonestis solennitatibus, & cæremonijs, cessio nudis verbis, & sola voluntatis professione. *l. 6. C. qui bon. ced. poss.* sine ulla litis pendentia, & extra judicium fieri possit, juxta *l. ult. ff. eodem.*

Præsupposito itaque, quòd ad cessionem, vel dimissionem bonorum, 4
juxta *Nov. 135.* nemo admittatur, nisi qui sine culpa sua, ex accidenti bonis suis privatus fuerit: Nunc quæstio est, quis infortunium probare debeat, creditor, vel depauperatus debitor? Et Respondetur, ex articulo nostro cum distinctione: Vel enim infortunium à creditore allegatum palàm, & notorium est, vel non? In primo casu, nulla probatione opus est, cùm factum notorium sit probatio probata. *cap. evid. 9. extra de accus. DD. in l. ea quidem. 7. Cod. de accus. fisc. Wesen. de probat. n. 7.* quales sunt omnes actus, qui vim majorem afferunt. V. G. Inundatio aquarum, invasio hostilis, incendium ex fulmine ortum, &c. & publicè fiunt, ac occultari non possunt. In secundo verò casu, quando notorietas publica deficit, infortunium casuale legitimè probandum est, juxta verba: **Es seye dann zuvor kundt/ vnd offenbar/ oder doch genugsamblich außgeführt /** debet autem in casu, quo infortunium non est publicum, & notorium, à debitore non tantùm probari eventus infortunij, sed etiam illum sine sua culpa, & negligentia contigisse, V. G. ortum est in domo debitoris incendium, quo ipsius tota substantia consumpta est, certè debitor ad cessionem, sive dimissionem bonorum suorum non admittitur, nisi liquidò doceat, incendium sine sua culpa, aut negligentia ortum esse, ut alibi ad *l. Aquil. de damno dato.* pluribus explicabimus. Raró enim incendium domesticum sine culpa inhabitantium contingit, & exinde, cùm præsumptio debitori resistat, eidem probatio innocentiæ suæ incumbit, juxta verba: **Ohn sein Verschulden zu solcher Armuth kommen.**

An autem probatio per testes requiratur, vel etiam sufficiat juramentũ? 5
De hoc articulus noster nihil dicit. Nos putamus, arbitrio judicis committendum, qui omnes circumstantias facti, & personæ exactè considerare debet. Et hinc est, quòd articulus dicat: **Wann der Unglücks-Fall genugsamblich außgeführt:** Quæ verba clarè supponunt, non requiri simpliciter probationem per testes, sed etiam per alia adminicula, & indicia urgentia testium defectum suppleri posse, si V. G. debitor fuerit diligens paterfamiliâs, si habuerit honestos, exactæ diligentiæ, bonæ vitæ, & famæ domesticos, invidos vicinos, vel alios fortunæ suæ insidiantes, si alij de clandestina ignis subjectione suspecti sint, &c. In his enim, & similibus circumstantijs debitorem ad cessionem, & dimissionem bonorum suorum admittendum esse, maximè si juramentum purgationis accedat, vix ullus dubitare potest. Vid. *Sebast. Medices. de cas. fort. part. 1. quæst. 14. n. 11. & seqq. Mascard. de probat. vol. 1. concl. 272. n. 18.*

Audivimus hactenus, in duabus regulis generalibus, quòd bonis cedere possint, qui ob adversam fortunam depauperati sunt, qui verò suâ culpâ ex luxu, prodigalitate, vel simili de causa ad inopiam devenit, ad cessionem bonorum non admittatur: Addemus nunc aliqua magis specialia;
Et inprimis quidem omnes ad cessionem bonorum aspirare, & hoc flebile, 6
& miserabile beneficium implorare possunt, qui facultatibus suis lapsi sunt, nec tantum in bonis habent, quo ære alieno se liberare possint, modò æs alienum contraxerint ex causa civili, non criminali, in qua obtinet alia regula, ut, qui non habet in ære, luat in corpore: *l. ult. ff. de in jus voc. l. si quis injur. 35. ff. de injur. l. si quis id. 7. ff. de jurisdict.* Et hinc, si quis obstrictus sit ex maleficio, vel quasi ad mulctam, vel pœnam pecuniariam, non

non auditur, si bonis cedere velit, nec is, qui collectas, tributa, & alias pensitationes publicas solvere neglexit, quia talis præsupponitur debitor fisci non ex contractu, sed ex delicto, vel quasi factus esse. *Schneidew. ad §. finalem. n. 7. Inst. de act. Covar. var. resol. l. 2. cap. 1. n. 8. Faber. in Codice. qui bon. ced. poss. defin. 4.*
7 Ex causa autem muneris, sive officij civilis, quod quis gessit, si sentiat, se non esse solvendo, bonis cedere non prohibetur. *l. 3. C. qui bon. ced. poss.* quod verum est, si in munere civili ad æs alienum ex infortunio, & non ex mala, & culposa administratione devenerit: Licèt enim *l. 2. C. de exact. tribut. l. 10.* severè procedat contra eos, qui tributa solvere negligunt, ita ut jubeantur sub costodia militari contineri, ut per eam, juxta verba legis, debitoris dometur contumacia, &, si in obdurata nequitia permaneat, exactor ad venditionem bonorum procedere jubeatur, tamen rectè *Covar. loc. supra cit.* monet, hanc duram legis dispositionem non esse extendendam adversùs eos, qui per infortunium debita fiscalia solvere non possunt. Multò minùs admittitur ad cessionem ille, qui eam solumodò ad hunc finem implorat, ut munus publicum evitet, aut declinet honorem, ad quem assumptus est. *l. 5. Cod. qui bon. ced. poss.* quia talis malitiosè agit, se publico subtrahendo, & exinde beneficio legis indignus est.

8 Deinde omnes illi universaliter ad cessionem bonorum provocare possunt, si velint, quibus beneficium competentiæ conceditur, ut sunt pater, patronus, socius, donator, clericus, ecclesia, miles, maritus, socer, nurus, & similes personæ, de quibus agunt DD. ad *tit. Cod. de execut. rei judicatæ.* Ubi enumerantur personæ, quæ ex speciali beneficio non nisi in id, quod facere possunt, ex judicato conveniuntur, habita ratione ipsorum, ne pro personæ suæ qualitate egeant. *l. 16. & seqq. ff. de re judicata.* Dixi, si velint: Nam contra voluntatem ad cedendum bonis non obligantur. Ratio est, quia non tenentur, ut præmisimus, nisi quatenus, & in quantum commodè facere possunt: Et deducto eo, ne egeant. *l. 18. ff. de re jud.* semper enim exceptione competentiæ gaudent, eò quòd illis omnia non sint extorquenda, ne propter mendicitatem, & inopiam alimentorum incurrant in contumeliam aliorum, de quo in *Art. 7.* Prodest etiam hoc miserabile cessionis auxilium non tantùm patribusfamiliâs, sed etiam filijsfamiliâs, quando bona habent sibi pleno jure acquisita, ut sunt peculium castrense, vel quasi castrense, peculium profectitium ex voluntate patris, res maternæ, & adventitiæ, quarum proprietas patri non acquiritur, imò, si filius nihil in censu habeat, tamen, ne patiatur injuriam incarcerationis, debet illi bonorum cessio admitti. *l. 7. Cod. eodem.*

9 Quid autem dicendum est de illo, qui beneficio cessionis bonorum renunciavit? Et Respondent DD. cum distinctione, an simplex renunciatio facta fuerit, vel cum juramento. Quòd simplex renunciatio nihil officiat, quò minùs cessio bonorum fieri possit, communis est opinio: De renunciatione jurata plures dubitant, & quamvìs regulis juris canonici conformius sit, cessionem juratò renuncianti denegandam esse, tamen etiam optimi, & classici DD. sunt, qui docent, hoc beneficium tam favorabile esse, ut ne quidem ijs denegari possit, qui jurârunt, de debito sine beneficio cessionis præstando. *Covar. var. resol. l. 2. cap. 1. num. 7. Balthasar. ad hunc titulum. resol. 5. num. 18. & seqq.* ubi plures allegat. Nobis videtur, hac in parte distinctione opus esse, vel enim debitor juravit, se beneficio cessionis non usurum, vel juravit, se debitum soluturum? Si prius, ad servandum juramentum omninò obligatus est; Si igitur juramento non attento, ad cessionem bonorum provocaverit, audiendus non est tanquam perjurus, cùm juramentum sine salutis suæ dispendio servare possit, provocationem ac cessionem intermittendo, & se judici ad carceres sistendo.

Si

Si posterius: Juramentum non obest, quò minùs cessionem bonorum petere, & impetrare possit. Ratio est, quia, licèt omne promissum sit observandum, & maximè, quod juramento firmatum est, id tamen intelligendum, quatenùs possibile est ei, qui juravit, implere promissum in specie, cùm juramentum non liget ad impossibile, ut pulchrè dicit *Anton. Perez. ad hunc titulum. Cod. qui bon. ced. poss. num. 4.* Ubi tamen suadet, tutius esse, absolutionem à juramento impetrare, quam facilè dabit impossibilitas.

Ulteriùs quidam à cessione bonorum excludunt illum debitorem, qui debitum ab initio malitiosè negavit, & posteà de eo convictus ad solutionem condemnatus fuit. *Cavallos. quaest. commun. contra commun. quaest. 129. circa finem.* eò quòd dolosis beneficia juris denegentur. Contrarium tamen, nostro judicio, rectiùs tenet cit: *Perez. num. 7.* ubi dicit: Cùm ista pœna debitori neganti nullibi inveniatur imposita, nec ei post sententiam cessio denegetur, per *l. 1. Cod. eodem.* nescire se, quare debitori convicto, & condemnato hoc miserabile beneficium sit denegandum; Nullum est refugium frequentius reorum, quàm ut diffiteantur debita, quamdiu possunt; Nunquam tamen vidimus, quòd ijs propterea beneficium cessionis denegatum sit. Aliud est, si debitor ad beneficium cessionis provocet, intereà tamen quædam bona occultet, quoniam talis perfidè agit, & proinde se beneficio cessionis indignum reddit, ut videbimus ad *Articulum 6. & 8.* sicut & ille, qui in fraudem creditorum bona sua alienat, vel dissipat, & qui spe, & animo cedendi malitiosè debitum contraxit, aut alios spoliavit, ne lex videatur, ejusmodi hominum malitias fovere. *Perez. loc. cit. n. 6.* omnes enim hi peccant in legem, & ipso facto se legis auxilio privant. 10 11

Denique illi, qui ad aliquid faciendum obligati sunt, bonorum cessione non indigent, quia factum hominis etiam per tertium præstari potest. Et proinde, si ipse debitor propter infirmitatem, vel aliam ob causam obligationi suæ satisfacere non potest, facilè aliū substituere, & se à debito suo liberare potest. 12

Quatenùs, & in quantum illi, qui inducias moratorias, vel quinquennales, oder Anstandt-Brieff/ à supremo suo Principe impetrârunt à parata executione subleventur, alibi dicendi locus erit, interim videantur DD. in *l. quoties. C. de prec. Imper. off.* & *constit. Imper. de Anno 1548. Tit.* Von verdorbnen Kauffleüthen: Hoc interim certum est, quòd ejusmodi litteræ creditoribus magìs pro: quàm obsint, cùm per lapsum termini debitores, si non satisfecerint, ad cessionem non admittantur, sed expeditè in carcerem mittantur. Quæ induciæ etiam ab ipsis creditoribus concedi possunt, & quidem per majora, non habito respectu creditorum, an hypothecarij, vel chyrographarij sint, quoniam non agitur de jure, & prærogativa hypothecæ, sed solùm de concedendis inducijs, & de amittenda bonorum cessione, salvo creditoribus quibuscunque jure suo hypothecæ, & prælationis, ut consequenter sola major pars creditorum consideretur, non pars potior, & magìs privilegiata, ut DD. habent in *l. fin. C. de prec. Imper. offerendis*, quod observationem meretur. 13

Illud tamen certum est, quòd debitor bonis cedens, nec bona feudalia, nec emphyteutica dimittere teneatur. Ratio clara est, quia illa sine consensu domini obligare non potest, ubi autem non est obligatio, ibi deficit etiam in satisfactionem bonorum cessio: Quod intelligas velim secundùm sæpiùs repetitam, & in *Processu Summario, Art. 4. Tit. 11.* fusiùs explicatam distinctionem, ut scilicet ea bona feudalia, & emphyteutica à cessione libera sint, quæ in executionem deduci non possunt: Ex quo sequitur, quòd bona feudalia bursatica: Die gemaine Beütel-Lehen / & pleraque 14 15

bona emphyteutica cessioni obnoxia sint: cùm in illis omnis obligatio personalis teneat, etiamsi sine consensu domini contracta sit: Et quia in ejusmodi personalibus obligationibus sine consensu domini contractis, juxta dictum *Art. 4.* etiam invito domino executio fieri potest, ideò etiam cessionis bonorum locus est, quia semper militat ratio, ne quis propter debitum civile facilè intrudatur in carcerem, aut alias ejusmodi molestias subeat. Aliud est dicendum de feudis equestribus, & bonis emphyteuticis ab omni prorsùs alienatione, & obligatione liberis: Illa enim, sicut in executionem deduci non possunt, ita à debitoribus, nec coactè, nec spontè cessioni subjici debent, quoniam id in præjudicium domini cedit, cui possessor per contractum æs alienum præjudicare non potuit. Excipiuntur ta-
16 men fructus rei feudalis, vel emphyteuticæ, quorum commoditas pro tempore vitæ debitoris in satisfactionem, diminutionémque debiti creditoribus cedit, prout etiam idem juris est in bonis debitori cum prohibitione alienationis in testamento relictis, quoniam aliena sunt, & ideò tam parùm in alienationem veniunt, quàm parùm in cessione bonorum patris veniunt bona filiorum. *l. 5. Cod. h. t.*

17 Illud tamen in cessione bonorum creditoribus non permittitur, ut ea propria authoritate dividere, & jure dominij retinere possint, sed debent venditionis remedio, quatenùs substantia patitur, indemnitati suæ consulere. *l. 4. Cod. eodem.* ita tamen, ut hypothecarij in dividendo pretio potiores sint chyrographarijs, ne alioquin propter cessionem inane sit jus pignoris, & hypothecæ. Si autem in publica venditione bona cessa emptorem condignum non inveniant, qui scilicet justum pretium offerat, tunc creditores jus dominij à Principe, *l. 1. & 2. Cod. de precib. Imper. offerendis*, vel divisionem à judice sub *tit. de bon. auth. jud. possid. &c.* impetrare debent. *l fin. h. t.* Et ex hoc sequitur, quòd ante impetrationem dominij, vel divisionem à judice factam, creditores jus irrevocabile quoad res debitoris sibi cessas non acquirant, nec longi temporis præscriptionem legitimè vindicanti objicere possint. *l. 4. h. t.* quoniam cessio bonorum non est legitimus titulus transferendi dominij, aut inducendi præscriptionis conditionem. *Perez. ad hunc tit. n. 26. in fine.* Qui plura de cessione bonorum scire desiderat, inveniet apud Thomam Maulium: & Brunnum, qui de hac materia integros tractatus scripserunt, & apud D. Casp. Manzium in suo patrocinio debitorum calamitate belli depauperatorum, ubi singula exactè, & more suo dilucidè tradit.

Der Sechste Articul.

Da aber jemandt durch Erkandtnuß deß Richters / in dessen Gericht der Schuldner gesessen / zur Cession vnd Abtrettung von seinen Güteren gelassen wurd / so soll derselbig von allen vnnd jeden Güteren / auch Nutz-Niessungen / frey abstehen / vnnd gefährlicher Weiß nichts davon verwenden / noch verhalten. Wo sich aber befunde / daß ein Schuldner in solchem Fall / ainicherley Gefärde / oder Betrug / den Glaubigern zu Nachthail gebrauchete / soll derselb / nach Grösse deß Betrugs / am Leib darumb gestrafft werden.

SUMMARIA.

1. *Qui bona sua non fideliter dimittunt, sed dolosè occultant, quomodo puniendi?*
2. *An tales non committant crimen stellionatûs?*
3. *Ad quem judicem, domicilij, vel rei sitæ*

ſitæ ſpectet proceſſus de admiſſione debitoris obærati ad beneficium ceſſionis?

4. *Hodie proceſſus ignominoſus non ampliùs in uſu eſt, quare ergò diſputatur de judice competente?*

5. *An debitor omnia omninò bona, etiam res parvi pretij, vel veſtes quotidianas, lectum, &c. dimittere debeat?*

6. *An debitor nihil pro alimentis retinere poſſit?*

7. *Quid ſi alimenta debitori ab alio ex comiſeratione relinquantur, an ea in executionem trahi queant?*

8. *Qualis ergò finis, & effectus ceſſionis bonorum, an liberet à debito, vel tantùm ſuſpendat actionem, & executionem?*

9. *Utrùm etiam fidejuſſores, ſi principalis ad ceſſionem bonorum admiſſus fuerit, hoc beneficio legis gaudeant?*

INter alias perſonas, quæ ad ceſſionem bonorum non admittuntur, numeravimus *præced. Artic.* etiam illas, quæ bona ſua non fideliter denunciant, ſed quædam ad defraudandos creditores nequitiosè ſurripiunt, & occultant, quoniam ſe legis beneficio, & auxilio indignos reddunt, nunc in hoc articulo gravior cenſura continetur, ſtatuendo, ut debitor, qui in præjudicium creditorum non omnia, & ſingula bona, eorúmque fructus, & emolumenta in univerſum dimittit, ſed in præjudicium creditorum fraudulentis, & doloſis machinationibus utitur, pro qualitate, & magnitudine fraudis, & doli etiam corporaliter puniri debeat. 1

Si quæras, quale delictum committat, qui bona ſua non fideliter denunciat, ſed quædam malitiosè celat, & occultat? Reſpondemus, crimen ſtellionatûs committere. Stellionatum enim Juris-Conſulti appellant omnem fraudem atque impoſturam, quæ propriam ſignificationem non habet, & in proprium delicti nomen non cadit. *l. 7. §. 1. ff. ad Turpil. & in l. 3. verſic. ubicunque. ff. de crim. ſtellion.* cujus pœna arbitraria eſt, & etiam pro qualitate circumſtantiarum ad pœnam corporis afflictivam extendi poteſt, prout articulus noſter inſinuat, in verbis: Derſelb ſolle nach Gröſſe deß Betrugs / am Leib darumb geſtrafft werden: Ratio eſt, quia præſupponimus, bonis cedentem non eſſe ſolvendo, ne itaque fraus, & dolus maneat impunitus, ſuccedit regula: Qui non habet in ære, luat in corpore: Ex quo apparet, ſatìs abſonum eſſe, quòd docent aliqui, illum nimirùm in duplum eſſe puniendum, qui cedens bonis in fraudem creditorum aliqua ſubticet, & occultat. Quomodò enim duplum præſtabit, qui ſimplum non habet? 2

Si quæratur, an proceſſus ſuper admiſſione debitoris obærati ſpectet ad judicem domicilij, vel ad judicem rei ſitæ? Reſpondet articulus noſter, quòd judex domicilij judicare debeat, an debitor obæratus ad ceſſionem, & dimiſſionem bonorum admitti poſſit: Ratio hujus rei eſt, quia in hoc judicio maximè examinandum venit, quomodò debitor vixerit, an ſua prodigè, & luxuriosè, compotationibus, luſibus, aut illicitis amoribus, ſimilibúſque exceſſibus dilapidaverit, & conſumpſerit, vel an hactenus fuerit bonæ, & integræ vitæ, & famæ, & ad inopiam potiùs per omnis generis infortunia, quàm per culpam, & malam gubernationem ſuam devenerit. De his autem omnibus, quia perſonalia ſunt, magìs conſtare poteſt judici domicilij, quàm judici rei ſitæ; Non eſt igitur mirum, ſi judicium hoc magìs ad forum domicilij, quàm ad forum rei ſitæ remittatur. 3

Dices, nos ſupra inter cætera hanc maximam poſuiſſe, quòd proceſſus ignominoſus hodie ampliùs non ſit in uſu, ſed quòd ceſſio bonorum coram judice extrajudicialiter nudis verbis ſine ulla ſolennitate proceſsûs fieri poſſit, quid ergò opus ſit, ut diſputemus de foro competenti, quando ceſſio proceſſum non requirit? Ad quod Reſpondemus, ſi notorium, & manifeſtum ſit, quòd debitor obæratus ad paupertatem, & inopiam reda- 4

ctus sit per casum fortuitum, certum esse, quòd ad cessionem nullo processu opus sit, at quando de casu fortuito non apparet, sed potiùs verisimile est, debitorem suâ culpâ, & malitiâ ad inopiam redactum esse, judice opus est, qui causam examinet, & dijudicet, an debitor dignus sit, qui beneficio legis gaudeat. *Perez. ad tit. Cod. qui bon. ced. poss. num. 8.* Et hæc examinatio, & dijudicatio ad judicem domicilij pertinet, quæ tamen sublatis antiquis ignominiosis observationibus, de quibus *Perez. ad tit. Cod. qui bon. ced. poss. num. 20.* refert, de plano expediri debet, ne afflicto per ejusmodi processum ignominiosum nova addatur afflictio, juxta *l. fin. in princip. Cod. eodem.* ubi dicuntur homines cessionem accipere salva eorum existimatione.

5 Et quamvìs articulus noster requirat, quòd debitor cedere debeat omnia bona: Soll von allen vnd jeden Güteren auch Nutz- Niessungen frey abstehen: Ita, ut Baldus, & Iason velint, quòd à debitore ne denarius quidem retineri possit, tamen alij mitiores sunt, & volunt, quòd, si res aliqua parvi pretij non sit demonstrata, beneficium cessionis non amittatur: *Vivius. in commun. opin. versic. debitor cessionis.* Maximè, si demonstratio ex errore, & non ex proposito, & mala fide intermissa sit, de minimis enim non curat prætor; Sic etiam honestas requirit, ut cedenti relinquantur vestes quotidianæ, quas defert secum, cùm bonis cedit, ne nudus incedat, si enim damnato ad mortem relinquitur vestis, cur non & bonis cedenti? Alij etiam lectum, & plura alia concedunt, ut videre est apud *Brunnum*, & *Manzium loc. cit.* Nos hanc rem ad discreti judicis arbitrium remittimus, quod tamen nimiùm extendere non debet, cùm causa creditorum hac in parte favorabilior sit, quàm debitoris: Illis de damno vitando certantibus, hoc verò de lucro, quamvìs miserabili captando.

6 Ergonè, inquis, miser debitor nihil pro alimentis retinere poterit, sed necessaria sustentatione destitutus perire debebit? Ita planè est, cùm nulla obligatio sit, ut creditores ipsi alimenta subministrent, *Zæsius. ad hunc tit. quæst. 2. Perez. n. 24.* nisi talis debitor sit, qui beneficio competentiæ gaudeat, de quibus agemus in sequenti articulo.

7 Si tamen post factam cessionem debitori ab alio miserationis causâ alimenta relinquantur, ea in executionem trahi non possunt. *Perez. ad dictum tit. n. 11.* Ratio per se evidens est, quia debitor ad pinguiorem fortunam perveniens, ut paulò post sequetur, beneficium competentiæ habet, ut non teneatur, nisi in quantum commodè facere potest, sed, qui nuda alimenta habet, commodè facere nihil potest. Ergò, &c. Videant. *inferiùs plura.*

8 Et ex hac modò proposita resolutione sequitur universalis regula, ad hunc articulum principaliter pertinens, quòd effectus, & finis cessionis præcipuus tantùm hic sit, ut debitorem bonis cedentem liberet ab injurijs creditorum, ut carceri mancipari non possit, vel inclusus dimitti debeat. *l. 1. Cod. qui bon. ced. poss.* Non liberat autem cedentem à debito, sed solùm suspenditur actio, vel executio, donec debitor ad pinguiorem fortunam devenerit. Et hinc ex carcere non dimittitur debitor, donec cautionem juratoriam præstet, quòd post meliorem fortunam æs alienum, quod restat, solvere paratus sit, deductis semper ijs, quæ ad necessarium victum, & amictum pertinent, deducenda enim sunt alimenta, sive debitori cesso ab alijs ex commiseratione titulo inter vivos, vel per ultimam voluntatem data, de quibus loquitur *Perez. loc. cit. num. 11.* sive aliunde acquisita sint, de quibus loquitur *Covar. tom. 2. var. resol. l. 2. cap. 1. num. 6.* Ubi dicit, hanc opinionem etiam in animæ judicio locum habere, quod nos Theologis relinquimus determinandum.

Ultimò quæres, si debitor, qui ad cessionem bonorum admissus est, debitum contrahendo, fidejussores dederit, an etiam illi per debitoris principalis cessionem consequantur hoc beneficium legis? Et Respondemus, quòd hæc sit personalis exceptio, cui dat causam debitoris inopia, quæ, si non est eadem in fidejussoribus, fortè, quia divites, & locupletes sunt, non egreditur personam principalis, & hinc maximè consultum est, ut creditor sibi de fidejussoribus vigilet, ut debitore facultatibus lapso, & bonis cedente regressum habere possit ad fidejussores. *Perez. loc. cit. n. 13.* 9

Der Sibendte Articul.

Kombt einer oder mehr / der zu Abtrettung von seinen Gütern / wie gehört / gelassen würdet / mit der Zeit wider zu einem Auffnemmen / vnd erobert andere Güter / wie es beschicht / der oder dieselben sollen / vnangesehen der hievor gethanen Abtrettung / ihren Glaubigern / was denselben an jhrer völligen Bezahlung abgangen ist / noch entrichten / doch mit der Maß wie die Recht sagen / Nemblich / daß solchen Schuldnern / jhre von neuem gewunne / oder zugestandne Güter / nit gar genommen / sonder etwas zu jhrer zimblichen Nothdurfft gelassen werden soll / ob sich gleich solche von neuem gewunne vnd zugestandne Güter / zu der vorigen Glaubiger völligen Bezahlung nit erstrecken.

SUMMARIA.

1. *Si debitor post cessionem ad pinguiorem fortunam perveniat, an in plus teneatur, quàm commodè facere possit?*
2. *Sed quid si beneficio competentiæ renunciaverit?*
3. *Debitor non potest renunciare beneficio cessionis, nisi accesserit juramentum, ergò neque beneficio competentiæ.*
4. *Quid si debitor inducias moratorias, sive quinquennales à Principe impetraverit?*
5. *An beneficio competentiæ uti possit, qui seipsum aliquo artificio, vel opificio alere valet?*
6. *Si creditor æquè egeat, quàm debitor, cui ex noviter acquisitis plus sit favendum?*
7. *An falliti, & decoctores beneficio competentiæ careant?*
8. *An etiam ij, qui ex bonis suis quædam in fraudem creditorum dolosè alienaverunt?*
9. *Utrùm beneficium competentiæ debitori denegetur, qui post cessionem ad pinguiorem fortunam deveniens de novo cum alijs contraxerit?*
10. *Quantitas competentiæ qualiter sit determinanda?*
11. *An in ista determinatione non sit habendus respectus ad qualitatem, & quantitatem noviter acquisitorum?*
12. *Quid si res noviter acquisitæ consistant sine proventu, & utilitate, uti picturæ, & aliæ singulares raritates?*
13. *An non in dicta determinatione sit habenda ratio personarum nobilium, & illustrium?*
14. *An etiam respicienda ætas debitoris?*
15. *Quando fructus rerum noviter acquisitarum pro sustentatione congrua debitoris non sufficiunt, an pro ea decernenda substantia consumi possit?*
16. *An res noviter acquisitæ sed infructiferæ debeant vendi, & pecunia inde redacta sub usuris collocari salvâ manente substantiâ?*
17. *An creditores usque ad obitum debitoris exspectare debeant, post cujus mortem primùm illis substantia applicetur?*

18. Quæ de jure comuni forma sit computationis in alimentis facienda?

19. Si per computationem juris comunis, & Ulpiani massa exhauriatur noviter acquisitorum, an creditores ad alimentationem debitoris obligentur?

20. Qualis formetur tabella arithmetica ex computatione Ulpiani?

1 EGimus in præcedenti articulo de ijs, qui bonis cedere possunt, vel non possunt, nunc in præsenti articulo declaratur præcipuus cessionis effectus, qui in hoc consistit, ut ad cessionem legitimè admissus, quando ad pinguiorem fortunam devenit, fortè per hæreditatem sibi delatam, per inventionem thesauri, per industriam, aut quovis alio modo, &c. non teneatur creditoribus, nisi in quantum commodè facere possit. *l. is qui bonis in principio. ff. de cess. bon. §. ult. Inst. de act. l. ex contract. Cod. de bon. author. judic. possid.* Jam priùs enim præmisimus, quòd, si creditores ex bonis cessis plenam satisfactionem habere non possint, actiones eorum pro residuo non extinguantur, cùm aliàs reviviscere non possent: *l. 98. §. ult. vers. in perpet. ff. de solut. l. 27. §. 2. ff. de pact.* Si igitur debitor post cessionem de novo aliquid acquisiverit, quod idoneum emolumentum habet, *dict. §. ult. Inst. de act. l. 4. & 7. Cod. qui bon. ced. poss. l. 3. Cod. de bon. auth. judic. possid.* Denuò à creditoribus conveniri quidem potest, sed non in plus condemnari, quàm commodè facere possit, ex noviter acquisitis tantundem deducendo, ne egeat, juxta verba articuli: Daß solchen Schuldnern/ id est, qui ad cessionem bonorum admissi sunt, ihre von neuem gewunnene Güter/ nit gar genommen / sonderen etwas zu ihrer zimblichen Nothdurfft gelassen werden soll: Inhumanum enim visum est, eum, qui fortunis suis seipsum exuit, in solidum condemnari: *Schneidewin. ad dict. §. ult. n. 15. Inst. de act. Covar. l. 2. var. resol. cap. 1. n. 6.* Nec aliter postulantibus creditoribus permittitur, rursus ejusdem debitoris bona distrahere, donec suum consequantur, quàm si noviter acquisitarum facultatum copia se eò usque extendat, ut prætor arbitrari possit, illas non tantùm debitori pro congruo victu, sed etiam creditoribus pro præstanda, si non plena, saltem aliquali iterum particulari satisfactione sufficere. *Perez. ad tit. Cod. qui bon. ced. poss. num. 11.* Uno verbo: Cessionis effectus non est, ut liberet debitorem à debito, sed ut liberet eum à carcere, & alijs creditorum injurijs, & molestijs. *l. 1. Cod. eodem.* Idem *Perez. loc. cit. n. 9. & 12.* cùm naturalis æquitas non patiatur, ut debitor perveniens ad prosperam fortunam cum alterius jactura locupletetur; Et hinc est, quòd quidam Theologi hujus opinionis sint, debitorem ad pinguiorem fortunam reversum salvâ conscientiâ beneficio competentiæ uti non posse, quibus tamen *Covar. var. resol. l. 2. cap. 2. n. 6.* contradicit, quam quæstionem Theologis non minùs, quàm plures alias præmissas examinandam relinquimus.

2 Sunt tamen quidam creditores, quibus hoc beneficium competentiæ denegatur. Primò, illi, qui huic privilegio, ne nisi in id, quod comodè facere possunt, conveniantur, voluntariè, & spontè renunciârunt, quia quilibet favori pro se introducto renunciare potest: *l. si quis in conscrib. Cod. de pact.* cùm beneficium non detur invito.

3 Dices, communem opinionem esse, quòd debitor non possit renunciare beneficio cessionis, nisi accesserit juramentum, ut ad priorem articulum explicavimus, ergò etiam creditor non poterit renunciare beneficio competentiæ: Respondemus, magnam inter utrumque differentiam esse, quia beneficium cessionis non solius debitoris, sed etiam Reip. causâ introductum est. *Cævallos. quæst. commun. contra commun. quæst. 702. n. 2. Molina. de just. & jure. tract. 2 disput. 572. n. 22. Menoch. de arbit. judic. quæst. l. 2. casu. 183.* Cùm Reip. intersit, ne homines cum parvo, aut nullo creditorum emolumento in carceribus perpetuò detineantur, cùm ècontra beneficium

cium

cium competentiæ solum creditorum favorem concernat, ut proinde cuilibet liberum sit, eidem pro lubitu renunciare, ut conscientiam suam eò magìs securam reddat. Aliæ rationes, quare simplex renunciatio cessionis non teneat, videantur apud prædictos authores, V. G. quòd concessum sit ratione misericordiæ, consequenter pactum contrarium repugnet affectui humanitatis, & bonis moribus: Quòd libertatem restringat, & quandam servitutis speciem inducat: Quòd nemo pro debito privato se ad carcerem obligare, nec super jure futuro pacisci possit, & similia, quæ in renunciatione beneficij competentiæ locum, & considerationem nullam habent.

Secundò, si debitor inducias moratorias, sive quinquennales à Principe, vel ab ipsis creditoribus impetravit, quia per impetrationem ejusmodi dilationis, beneficio cessionis tacitè renunciâsse videtur. *l. ult. Cod. qui bon. ced. poss.* 4

Tertiò, non indulgetur beneficium competentiæ illi debitori, qui seipsum aliquo artificio, aut opificio alere potest. *l. si maritus. ff. soluto matrimonio. Hartmannus Hartmanni. pract. observ. l. 2. tit. 18. observ. 2. n. 3.* Et hinc in cessione bonorum ejusmodi debitori instrumenta artis suæ relinqui debent. *Collegium Argentoratense: ad tit. 42. ff. de cessione bon. num. 9. Covar. l. 2. var. resol. cap. 1. num. 5. in fine.* Ratio est, quia leges indulgendo beneficium competentiæ, noluerunt debitori ita favere, ut creditores injuriâ afficiant, quod planè fieret, si creditores debitorem alere cogerentur, qui sibi ipsi labore manuum suarũ sufficienter providere, & competentem sustentationem, victum, & amictum comparare possit. 5

Quartò, Si post cessionem bonorum debitor, & creditor inveniantur in æquali egestate, & indigentia, ex noviter acquisitis potiùs creditori, quàm debitori favendum, & succurrendum est. Ratio est, quia creditor magìs in damno versatur, quàm debitor, *Coler. de process. execut. part. 2. cap. 3. n. 126.* Cum scandalo aliquando interfuimus alicui consultationi, ubi debitori obærato, cui pinguis hæreditas obtigit, non tantùm pro creditoribus suis proprijs, sed, quod mirabile erat, etiam pro creditoribus hæreditarijs extensæ dilationes, & plurimorum censuum remissiones factæ fuerunt, nobis frustrà reclamantibus, & hanc veritatẽ legalem opponentibus, quòd creditorum conditio in pari egestate, & inopia melior sit, quàm conditio debitoris, maximè quoad creditores hæreditarios, cùm hæreditas esse non possit, nisi soluto ære alieno; Sed vicit omnem contradictionem eorum opinio, qui conservationem familiarum nobilium ejusmodi evidentibus justitiæ regulis prætulerunt. 6

Quintò, per se clarum est, quòd falliti, bancæruptores, decoctores, & cæteri ejusmodi debitores beneficio competentiæ careant, per rationem, quia non admittuntur ad cessionem bonorum, articulus autem noster solis debitoribus tribuit beneficium competentiæ, qui ad cessionem per legitimum judicem domicilij cum causæ cognitione admissi sunt. 7

Sextò, beneficio competentiæ caret, qui ex post facto inventus est, quædam ex bonis suis in fraudem creditorum alienâsse, ita, ut alienata, vel omninò non, vel difficulter recuperari possint. *Mynsingerus. ad §. ult. Inst. de action. n. 4.* Ratio est, quia ad beneficium cessionis nunquam fuisset admissus, si de hac fraudulenta alienatione ab initio constitisset, ut diximus ad articulum præcedentem, cùm jura dolosis non patrocinentur. *l. 1. in principio. ff. de dolo.* ne malitijs hominum aliquid indulgeatur. *l. 38. ff. de rei vind.* aut calliditas sua alicui utilitati sit, contra *l. 11. §. 1. ff. ad exhib. l. 63. §. 7. ff. pro socio.* 8

Septimò, insignis casus est, quo beneficium competentiæ debitori denegatur, si scilicet post cessionem bonorum ad pinguiorem fortu- 9

nam

nam deveniens cum alijs de novo contraxerit, & ſe debitorem conſtituerit: Talis enim de novo debito creditori novo in ſolidum tenetur, & beneficio competentiæ non juvatur. *Schneidewin. ad §. ult. Inſt. de act. Manlius de ceſſ. bon. tit. 6. num. 4.* quod tamen raro contingere poteſt: Si enim ſupponas, ex creditoribus antiquis aliquos ſupereſſe, qui pro reſiduo ſuo potius jus forte pignoris, aut hypothecæ antiquioris, quàm poſteriores creditores habeant, in concurſu eorum vincent utique antiquiores hypothecarij, non obſtante beneficio competentiæ, quod per poſteriores creditores excluditur, utpote minus privilegiatos. Interim ſi caſus contingeret, ut prioribus creditoribus plenè ſatisfactis ſolum negotium foret inter reverſum ad pinguiorem fortunam, & novos creditores poſt ceſſionem ſecum contrahentes, ultrò fatemur, debitori pro novis debitis priorem ceſſionem nihil prodeſſe, ſed eum in ſolidum conveniri, & condemnari, atque ad novam ceſſionem uſque ad ultimum denarium adigi poſſe.

10 Difficilior quæſtio eſt de quantitate debitori ad meliorem fortunam reverſo ex bonis noviter acquiſitis relinquenda? Articulus noſter utitur verbis: Daß jhme etwas zu ſeiner NB. zimblichen Nothdurfft gelaſſen werden ſoll / ubi verbum, zimblich / videtur importare decentem, & frugalem ſuſtentationem, & habere alium ſenſum, ac ſupra ad *Artic. 1. hujus Tit.* expoſuimus, id eſt, ut ei non nimis parca computatio fiat uſque ad obolum, ſive denarium: Daß man jhme nit alles ſo genau ins Maul rechne / ſecundùm doctrinam illorum DD. qui volunt, quòd, ſi noviter acquiſita tantùm in modico condignam debitoris ſuſtentationem excedant, non ſtatim iterum ad excuſſionem, & flebile ac miſerabile beneficium ceſſionis recurri debeat. *Collegium Argentoratenſe. ad tit. 42. ff. de ceſſ. bon. n. 13.* Et ad hoc eſt textus in *l. 6. ff. de ceſſ. bon.* Ubi Ulpianus ait, qui bonis ſuis ceſſit, ſi modicum aliquid poſt bona ſua vendita acquiſivit, iterum bona ejus non veneunt. Addit textus caſum ſpecialem, ſi quid ſcilicet miſericordiæ causâ debitori fuerit relictum, puta menſtruum, vel annuum, alimentorum nomine non oportere propter hoc bona ejus iteratò venundari. Quod *Collegium Argentoratenſe. loc. cit. n. 13. verſic. ſi acquiſivit. 3.* ita interpretatur: Licèt ejuſmodi relictum tantæ quantitatis ſit, ut aliàs (id eſt, ſi non miſericordiæ causâ relictum eſſet) iteratam venditionem admitteret: *Dominus Avunculus meus Caſpar. Manzius in ſuo Patrocinio. part. 3. quæſt. 3. & ſeq.* in determinanda competentia nimiùm liberalis eſt, quam in collegijs noſtris ſæpenumerò egregiè reſtrinximus, ita, ut etiam perſonis nobilibus pro hebdomadali alimentatione non niſi tres, vel ad ſummum quatuor floreni fuerint aſſignati, quod planè religioſum eſt, maximè in caſu, quo quis non propter merum infortunium, ſed accedente etiam ſua culpa, fortè quia lautiùs, & ſplendidiùs vixit, quàm ei conveniebat, ad inopiam, & egeſtatem devenit, tunc enim, licèt ex communi opinione DD. propter acceſſum ejuſmodi levis culpæ debitor non quidem à ceſſione bonorum removeatur, ſed penitiùs excutiatur, poſt excuſſionem, ſi ad meliorem fortunam redeat, in aſſignatione competentiæ ita tractandus eſt, ne ad priorem luxum redeundi occaſionem habeat, cùm certè indignum ſit, ut creditoribus ad hunc ſolum finem aliquid detrahatur, ut ſumptuoſo debitori benè ſit.

11 Nos hac in re arbitrio judicis deferendum eſſe cenſemus, qui ad ſequentia præcipuè reſpectum habebit, id eſt quantitatem noviter acquiſitorum, & qualitatem eorum: Si enim ſtudioſus, qui bonis ceſſit, poſt ceſſionem libros neceſſarios, aut miles arma, aut opifex inſtrumenta artis acquiſivit, illa de novo in executionem duci non poſſunt, cujuſcunque tandem pretij ſint. *Collegium Argentoratenſe. loc. cit. n. 13. verſic. ſi ſtudioſ. 4. Schneidewinus. loc. cit. n. 16. Maranta. part. 6. de execut. ſent. n. 48. Rebuff. de privil. ſcholar. 112. cap. 4. §. 3.* Sic etiam, ſi debitor poſt ceſſionem aliquid quidem

acqui-

acquisivit, sed tam modicum, ut quantitatem alimentationis necessariæ non excedat, id illi relinquendum, & creditoribus actio deneganda est, ita ut, si de cessione debitoris constet, vel illa legitimè probata sit, debitor ne quidem ad litis contestationem obligatus sit, textus in *l. 17. in principio. ff. de recept. l. 3. ff. de cess. bon. Covar. l. 2. var. resol. cap. 1. n. 6. Colleg. Argent. loc. cit. n. 14. vers. 3. effectum, &c.*

Quantitas autem in noviter acquisitis desumenda est ex proventu, sive utilitate, & non ex pretio, aut valore rei noviter acquisitæ, dict: *l. qui bonis. 6. ff. de cess. bon.* V. G. Post cessionem bonorum debitor acquirit singulares quasdam raritates, puta, picturas, statuas, vel similia, quæ quidem in magna æstimatione sunt, exiguum tamen, vel fortè prorsùs nullum fructum, & emolumentum ferunt, certè, si valor, & pretium quantitatem necessariorum alimentorum longè excedat, eorum tamen causâ creditoribus actio non conceditur, quamvìs, si condignum emptorem inveniant, qui eorum convenientem æstimationem præstare paratus sit, vendi debeant, & ex pretio redacto debitori constituenda decens alimentatio, atque tunc demum, quod residuum est, creditoribus applicandum. *Perez. ad tit. Cod. qui bon. ced. poss. n. 11.* & *Colleg. Argent. loc. cit.* 12

Deinde judici incumbit, ut rationem habeat personarum: Nobili enim, Illustri, aut aliàs in dignitate constitutæ personæ pro competentia ex noviter acquisitis plus relinquendum est pro victu, & amictu, pro uxore, & liberis, pro honesto famulitio, &c. quàm personæ plebejæ, de quibus omnibus specialiter agit idem *Manz. loc. cit.* Quò Lectorem remittimus, ne commentarius noster nimiùm excrescat, si singula penitiùs examinare velimus. 13

Sicut autem debitoris persona secundùm statum, & qualitatem suam in considerationem venit, ita longè magìs etiam considerabiles sunt personæ creditorum, juxta priùs dicta, quòd creditores favorabiliores sint debitore, ita ut, si utraque pars egeat, potior ratio habenda sit creditorum, quàm debitoris. Denique circa determinandam quantitatem competentiæ DD. monent, ætatem debitoris considerandam esse, cùm utique juvenis diutiùs vivere possit, quàm senex, & propterea majori determinatione opus habeat. In Patria nostra hic modus plerumque observatur, ut debitori ad pinguiorem fortunam reverso assignentur quædam bona fructifera, vel litteræ censuales, ex quibus alimenta sua, & quæ nomine alimentorum comprehenduntur, salvâ bonorum, vel litterarum censualium substantiâ, habere possit, quoad vivit, post mortem verò debitoris bona usufructuaria, & litteræ censuales inter creditores dividuntur, vel, si unus, aut alter reliquis magìs privilegiatus est, potioribus adjudicantur, vel in solutum addicuntur, quæ expeditissima via est, si præsupponamus, bona noviter acquisita, vel litteras censuales tanti momenti esse, ut ex annuis fructibus, & emolumentis debitor congruam sustentationem habere possit. Quid si autem noviter acquisita eò se non extendant, ut ex fructibus, aut censibus debitori congrua sustentatio subministrari queat? Respondemus, cùm per sæpiùs dicta beneficij competentiæ effectus sit, quòd debitor post cessionem ad meliorem fortunam reversus in plus conveniri non possit, quàm quod commodè facere potest, deducto semper eo, ne egeat. Putamus, certissimum esse, eidem in defectum fructuum etiam ex substantia noviter acquisitorum alimenta decernenda esse: E. G. Cuidam pro annali sustentatione centum floreni determinati sunt, debitori tamen ex fructibus noviter acquisitorum non nisi quinquaginta floreni solvi possunt. Certè in tali casu reliqui quinquaginta floreni ex substantia noviter acquisitorũ supplenda sunt, etsi debitor tam diu vivat, donec in alimenta totam substantiam exhauriat: Vide, quæ in simili scripserimus in *semicent. nost. 1. controv. 13.* 14 15

16 Imò ulteriùs praxis curiarum noſtrarum ſe extendit, ut, ſi noviter acquiſita non conſiſtant in bonis frugiferis, aut litteris cenſualibus, ſed vel in pecunia parata, vel in alijs bonis ſterilibus, & nullum fructum facientibus, ut paulò antè de pretioſis picturis, ſtatuis, & alijs artificioſis raritatibus diximus, jubeantur pecuniæ ſub cenſu collocari, ſterilia vendi, & pretium ex illis redactum ſimiliter, vel ſub uſuris licitis, & in Patria noſtra conſuetis, vel certè ad emptionem prædiorum, quæ fructum faciunt, impendi, ut utriſque tam debitori, quàm creditoribus provideatur: Debitori ex fructibus, vel cenſibus præſtando alimenta, & creditoribus ſubſtantiam conſervando. Videatur *Matthæus Colerus. de proceſſ. execut. part. 2. cap. 3. n. 125.* ubi conſuetudine introductum eſſe ait, quòd ex certis bonis debitori, qui bonis ceſſit, de noviter acquiſitis fructus relinquantur, ac reditus ad congruam, & legitimam ejus ſuſtentationem ſufficientes, quo mortuo deinde bona creditoribus applicentur: Qua praxi, & conſuetudine ſtante, ætatis vix ullam rationem habendam eſſe, per ſe ſatis clarum eſt.

17 Dices, hoc durum videri, quòd creditores exſpectare debeant uſque ad obitum debitoris, qui, ſi juvenis eſt, multis annis ſupervivere, & creditorum patientiam ferream facere poteſt. Reſpondemus, hoc cedere in utilitatem creditorum, quoniam tali modo ſubſtantia conſervatur in ſalvo, quæ aliàs, ſi modus à DD. præſcriptus obſervaretur, facilè ſine ulla creditorum utilitatis ſpe exhauriretur, E. G. ponamus, debitori poſt ceſſionem acceſſiſſe duo millia florenorum per hæreditatē, vel legatum. Judex pro alimentis determinavit centū florenos. Hic debitor eſt juvenis, viginti primùm annorū: ſecundùm quorundam DD. opinionem debet eidem de duobus millibus noviter acquiſitis tantundem relinqui, quantū habito reſpectu ad ipſius ætatem pro reliquo vitæ tempore neceſſarium habet: Quis autem non videt, talem debitorem facilè alios adhuc viginti annos ſupervivere poſſe? Deberet igitur judex relinquere totā ſubſtantiā horū duorū milliū florenorū, quæ viginti annis ex aſſe conſumerentur, nec denarius pro creditoribus maneret ſuperfluus, cùm ècontra, ſi ſecundùm praxin, & conſuetudinē collocentur ſub cenſu annuo, tota ſubſtantia creditoribus ſalva conſervetur. Interim non dubitamus, ſi creditores ſe ad annuam alimentationem determinatam debitori, quoad vivit, ſolvendam offerant, & pignoribus, aut fidejuſſoribus ſufficientem cautionem, & ſecuritatem præſtent, quin illis hæc pecunia noviter acquiſita adjudicari debeat: Quo in caſu conſideratio, & reſpectus, quoad ætatem debitoris, quem DD. multùm urgent, inutilis, & ſupervacaneus erit.

18 Quæ autem de jure communi computationis in alimentis faciendæ forma ſit, habetur in *l. computationis. 68. ff. ad leg. falcid.* ut nimirum à prima ætate uſque ad annum vigeſimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, ab annis verò viginti uſque ad annum vigeſimum quintum, annorum viginti octo, ab annis viginti quinque uſque ad annos triginta, annorum viginti quinque: Ab annis triginta uſque ad annos triginta quinque, annorum viginti duo: Ab annis triginta quinque uſque ad annos quadraginta, annorum viginti: Ab annis quadraginta tot annorum computatio fit, quot ætati ejus ad annum ſexageſimum deerit, remiſſo anno uno: Ab anno verò quinquageſimo uſque ad annum quinquageſimum quintum, annorum novem: Ab annis quinquaginta quinque uſque ad annum ſexageſimū, annorū ſeptem: Ab annis ſexaginta, cujuſcunque ætatis ſit, quinque, eóque nos jure uti, Ulpianus ait; Solitum eſt tamē, à prima ætate uſque ad annum trigeſimum computationem annorum triginta fieri: Ab annis verò triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum ſexageſimum deeſſe videntur. Nunquam ergo ampliùs, quàm triginta annorum computatio initur. Hæc ſunt verba dict: *l. 68. ff. ad leg.*

falcid. valdè obſcura, & intricata. *Colerus. part. 2. de proceſſ. execut. cap. 3. num. 124.* & cum eo *Manz. in Patrocinio decad. 3. quæſt. 3.* ſic explicant hunc textum, ut, ſi V. G. juxta prius poſitum exemplum alicui pro ſua alimentatione annuatim determinarentur centum floreni, illi deberent computari in triginta annos, quæ ſumma conficeret tria millia florenorum ex noviter acquiſitis debitori, qui bonis ceſſit, relinquenda, per rationem, quòd talis, qui adhuc eſt infrà viginti annos, præſumatur, facilè adhuc vivere triginta annis, & ultra annum quadrageſimum ad quinquageſimum uſque pertingere poſſe. Ex quo ſequitur, ſi juxta exemplum noſtrum debitor ad pinguiorem fortunam reverſus non niſi de novo duo millia florenorũ acquiſiverit, quòd per iſtam computationem Ulpiani habito reſpectu ad ætatem tota ſubſtantia exhauriretur, & per conſequens creditoribus longè conſultius ſit, ut duo millia noviter acquiſita collocentur ad uſuras, ſive cenſum legitimum, cùm debitor ex annuo reditu non tantùm uſque ad quinquageſimum ætatis annum, ſed etiam ad centeſimum ſuſtentationē habere poſſit, creditoribus interim manente ſalva ſubſtantia, quocunque tandem tempore debitor obiêrit.

Illud autem nobis nullo modo probatur, quod *D. Balthaſ. ad hunc tit. reſol. 7. n. 4.* infert: Si per iſtam Ulpiani computationem exhauriatur maſſa noviter acquiſitorum, debitore diutiùs vivente, quòd creditores poſtmodùm obligati ſint, determinatam quantitatem annuæ alimentationis, nempe centum florenos debitori perſolvere, nam nulla ratio ſubeſt, quare creditoribus, qui aliàs de damno vitando certant, & ſic commiſerationem potiùs, quàm novam onerationem merentur, nova obligatio oriatur, niſi fortè *D. Balthaſ.* cum *Colero. loc. cit.* de hoc ſolummodò caſu loquatur, quando maſſa noviter acquiſitorum computationem Ulpiani excedit, & creditores reſiduum ſibi applicârunt, tunc enim admittere poſſemus, quòd debitori diutiùs viventi creditores annuam alimentationem, pro quota, & rato reſidui ſupplere obligati ſint. Res in exemplo fit clarior: Invertamus ſupra poſitum caſum hoc modo, dicendo: Quòd debitori poſt ceſſionem bonorum ſupervenerit hæreditas quatuor millium florenorum, & eidem in ſingulos annos centum floreni pro congrua ſuſtentatione determinati ſint: Si igitur debitor fuit infrà viginti annos, per modò dicta ex Ulpiani computatione debent pro ejus alimentatione alimenta triginta annorum, nempe tria millia florenorum deduci, quartum verò mille creditoribus applicari. Si itaque ponas, debitorem diutiùs, quàm triginta annos ſuper vivere, non malè videtur inferri, quòd creditores id, quod ex computatione Ulpiani deficit, ex reſiduo ſibi applicato ſupplere teneantur, quia reciprocè, ſi debitor priùs mortuus fuerit, quod ſecundùm computationem Ulpiani ſupereſt, ad creditores revertitur. Ut autem creditores ultra reſiduum ad alimentationem debitoris obligentur, hoc mihi nemo perſuadebit, cùm nullam obligationis cauſam inveniam. 19

TABELLA ARITHMETICA

Continens computationem Ulpiani in *l. 68. ff. ad leg. falcid.* in caſu, ſi cui annuì centum floreni pro alimentis legati ſunt. 20

Si Legatarius ſit infra viginti annos, debent eidem ex hæreditate pro alimentis deduci in triginta annos - - - 3000. fl.

Si verò ſit viginti annorum, vel ultra uſque ad vigeſimum quintũ annum, deducuntur alimenta pro viginti octo annis, facit - 2800. fl.

Si viginti quinque annorum ſit, vel ſupra uſque ad trigeſimũ annum, deducuntur alimenta annorum viginti quinque, facit - 2500. fl.

Si fuerit triginta annorum, vel ſupra uſque ad annos triginta quinque, deducuntur alimenta viginti duorum annorum, facit - 2200. fl.

Si fuerit triginta quinque annorum, vel ſupra uſque ad annos quadraginta, deducuntur alimenta viginti annorum, facit - 2000. fl.

Si fuerit annorum quadraginta, vel ſupra uſque ad annos quinquaginta, tot annorum computatio fieri debet, quot ætati ejus ad annum ſexageſimum deerit, deducto uno anno. E. G. Si Legatarius ſit quadraginta quinque annorum, quindecim annorum alimenta deducenda ſunt uno deducto, facit - - - - - 1400. fl.

Si fuerit annorum quinquaginta, vel ſupra uſque ad annum quinquageſimum quintũ, deducuntur alimenta novem annorum, facit 900. fl.

Si fuerit annorum quinquaginta quinque, vel ſupra uſque ad annum ſexageſimũ, deducuntur alimenta annorum ſeptem, facit - 700. fl.

Ab anno verò ſexageſimo, cujuſcunque tandem Legatarius ætatis ſit, deducuntur alimenta pro quinque tantùm annis, facit - 500. fl. cujus computationis ſic gradatim faciendæ ratio eſt, quòd Legatarius, quò ſenior fit, eò breviori tempore victurus eſſe præſumitur, ut proinde ſumma alimentorum cum accreſcentibus annis decreſcere debeat. Et hanc formam computationis DD. etiam obſervandam eſſe volunt, ſi debitor, qui bonis ceſſit, ad pinguiorem fortunam reverſus fuerit, ſed benevolus Lector facilè comprehendet formam, quam praxis, & conſuetudo induxit, & faciliorem, & creditoribus utiliorem, proinde præ computatione Ulpiani tenendam eſſe.

Der Achte Articul.

Welche Schuldner aber / durch jhr vnordentlich Weſen / Unfleiß vnd Nachläſſigkeit / daß ſie dem Spil / Trincken / oder andern Leichtfertigkeiten obgelegen / vnd jhrem Haußhaben / Handthierung / Gewerben vnd Arbeit / wie ſich gebührt / nit außgewart / oder ſonſten zu prächtig / verthuenlich / oder ohne Noth zu freygebig geweſen / in Verderben kommen / die ſollen zu der Ceſſion nit gelaſſen / ſonder auff Anrueffung der Glaubiger / alsbalden alle jhre Güter geſperrt / vnd beſchriben / ob auch nichts verſteckt / oder geflehnet worden / mögliche Erfahrung / vnd wo vonnöthen / mit Beaydigung der Ehehalten / eingezogen / vnnd dann ferrer ſie mit Verhafft jhrer Perſohn / zu der Bezahlung gehandhabt / vnd wo ſie nit zu bezahlen haben / alsdann mit Fängnuß / oder Verſagung deß Lands / vnnd in anderweg nach Gelegenheit der Sachen / vnd der Glaubiger Anrueffen dermaſſen gegen jhnen gehandlet werden / auff daß andere davon ein Exempel / vnnd Abſcheu empfangen / ſich vor ſolchen vnredlichen Schulden machen / vnd Anſetzen der Leüth zuhüten.

SUMMARIA.

1. *Quomodo cum fallitis, banccaruptoribus, & decoctoribus bonorum procedendum?*
2. *An non niſi ad inſtantiam creditorum contra tales judex procedere debeat?*
3. *Utrùm etiam in debitis privatis incarceratio, & detentio locum habeat?*
4. *An ad carcerem tædioſum, vel pœnalem detrudi debeant?*
5. *An etiam debitor malitioſus non fugitivus, vel de fuga ſuſpectus poſſit incarcerari?*
6. *An non pœna pecuniaria loco carceris poſſit dictari?*

7. Utrùm

7. Utrùm judex imploratus teneatur bona debitoris sequestrare, obsignare, & in inventarium redigere?

8. Si debitor clandestinè quædam alienaverit, vel occultaverit, quid judicis officio incumbat?

9. Utrùm levis culpa, desidia, vel negligens administratio debitoris, per quam ad inopiam devenit, eum à beneficio cessionis excludat de Jure Bavarico, & dictæ pœnæ subjaceat?

10. An Novell. 135. per constitutiones Bavaricas sit abrogata?

11. Quid si inopia provenerit partim ex infortunio, & partim ex levi culpa, vel mala administratione?

12. Quid si decimam partem luxuriosè vivendo consumpserit, reliquum verò per infortunium amiserit?

13. Quid si autem majorem partem bonorum malitiosè, dolosè, & luxuriosè prodegerit?

CONvenit iste articulus cum *Artic. 5.* ubi jam sufficienter explicavimus, 1
quòd decoctores, banccæruptores, falliti, & ejusmodi homines, qui per inordinatam vitam suam, per negligentiam, & desidiam, per lusus, compotationes, comessationem, per luxum, & luxuriam, per nimiam liberalitatem, & prodigalitatem ad inopiam devenerunt, ad cessionem bonorum admitti non debeant, quod articulus noster pleniùs confirmat, cum hoc addito, quòd talium decoctorum, & prodigorum bona ad instantiam creditorum sequestrari, & describi, sive in inventarium redigi, atque etiam, si necesse sit, sub juramento domesticorum, an ejusmodi homines de bonis suis nihil occultaverint, aut aliò transtulerint, exactè inquiri, interim ipsi malitiosi debitores in persona arrestari, & detineri, atque ad solutionem adstringi, & demum, si solvendo non sunt, contra eos incarceratione, relegatione, & quâvis aliâ viâ pro qualitate rei ad instantiam creditorum contra illos ita procedi debeat, & possit, ut alijs sint exemplo, & occasionem præbeant, ab ejusmodi inhonesta contractione æris alieni, & aliorũ deceptione abstinendi, prout verba articuli nostri ferè in formalibus sic habent: Ex quibus quædam notanda exsurgunt.

Primum est, quòd contra malitiosos ejusmodi debitores, prodigos, & 2
decoctores non aliter (ut articulus graphicè depingit) procedi possit, nisi ad instantiam creditorum, quod duabus vicibus in articulo nostro repetitur. Ratio est, ut humanitatis habeatur respectus, gravissimum enim est, in causa civili contra debitores tam strictè, & severè, ut articulus præscribit, usque ad captionem, detentionem, & arrestationem personæ, imò usque ad incarcerationem non solùm tædiosam, sed etiam pænalẽ, & ad relegationem, aliásque vias, & modos fortè duriores, & molestiores procedere, præsertim, cùm hac in parte principaliter agatur de præjudicio privatorum, quorum causâ judex officium suum non administrat, nisi rogatus, vel imploratus. *l. 4. §. hoc autem. 8. ff. de dam. infect.* Interim judices in hoc non debent se præbere difficiles, ne per longiorem cunctationem creditores præjudicium, & damnum incurrant. *DD. ad l. un. Cod. de prohib. sequest. Stracha. de decoctoribus. part. 7. n. 14.*

Secundum est, quòd, licèt in privatis debitis arrestationi, detentioni, 3
multò minùs incarcerationi locus sit, nihilominùs tamen articulus noster disponat, ut judex ad incarcerationem ejusmodi personarum procedere possit, quod juri communi conveniens est, juxta *Wehnerum. in observat. pract. Verbo.* Gefängnuß. *Tholos. in syntag. part. 3. l. 22. cap. 9. n. 18.* Ubi dicit, quòd judicem misereri non oporteat, sed potiùs irasci, & carceres inferre prodigalitate, luxuriâ, & cauponationibus aliena profundentibus.

Tertium est, quòd tamen talis debitor non debeat conjici in carcerem 4
subterraneum, & pro scelestis ædificatũ, sed in carcerem potiùs tædiosum, quàm pænalem. *Coler. de process. execut. p. 1. c. 6. n. 113.*

Quod nos quartò, intelligimus de initio procesſûs, ut, ſi ejuſmodi famoſus debitor capiatur, non ſtatim ad pænalem aliquem carcerem, ſed tantùm ad tædioſum, cuſtodiæ causâ, detrudi debeat, donec in proceſſu appareat, an creditoribus ſatisfacere poſſit, vel non, quod ſatis clarè innuunt verba articuli noſtri, qui in prioribus verbis verſiculi: **Und dann ferner / ꝛc.** diſponit, ut debitores ejuſmodi, **mit Verhafft jhrer Persohn /** id eſt per detentionem ad ſolutionem compelli debeant, & tunc primùm, ſi ſolvendo non ſint, **mit Gefängnuß / ꝛc.** id eſt, per incarcerationem, vel alio duriore, & inciviliore modo tractari debeant: Ut ita primus carcer ſit detentio, & cuſtodia, & in effectu carcer tædioſus, ſecundus verò pænalis, cùm ſtatim incarcerationi etiam adjungatur relegatio ex Provincia, quæ utique formalis pœna eſt, & corporali æquivalet.

5 Et hoc quintò, quod de incarceratione diximus, locum habet, etiam in caſu, quo malitioſus debitor non fuit fugitivus: Quod deducitur ex Rubro hujus articuli: qui inſcribitur, **von Straff deren / ſo auß jhren Verſchulden jhre Glaubiger nit bezahlen wöllen/** NB. **ob ſie gleich nit flüchtig seynd:** Inter utrumque tamen caſum, id eſt, incarcerationem debitoris fugitivi, & non fugitivi hæc differentia eſt, quòd fugitivus ob periculum moræ ab ipſo creditore, ſi judicem in promptu habere non poſſit, capi, detineri, & in carcerem mitti poſſit, ut explicavimus ad articulum ſecundum; Ad capturam autem, & incarcerationem debitoris non fugitivi, nec de fuga ſuſpecti omninò requiritur imploratio judicis, ſive agamus de carcere tædioſo, ſive de carcere pænali. *Manz. in Patrocin. dec. 1. quæſt. 5. concluſ. 2.* Et hinc eſt, quòd hic articulus ab *Artic. 5.* diverſus ſit, cùm hic principaliter agat de debitore malitioſo, non fugitivo, quintus verò connexionem ſuam habeat cum præcedentibus de debitore fugitivo loquentibus.

6 Notandum eſt ſextò, verum eſſe, quod diximus ad *Artic. 6.*, pœnæ pecuniariæ contra decoctores, & prodigos fugitivos, vel non fugitivos locum non eſſe, cùm articulus expreſsè de pœna incarcerationis, pœna relegationis, vel alia pœna corporali loquatur; Per pœnam autem pecuniariam magìs ipſi creditores, quàm debitores punirentur; Debent itaque verba: **Und in anderweg /** intelligi de pœna corporis afflictiva, ut inſinuat *Artic. 6.* **Es ſoll derſelb nach Gröſſe deß Betrugs / am Leib geſtrafft werden /** & quamvìs qualitas pœnæ arbitrio judicis committatur, tamen articulus etiam creditoribus concedit, ut officium judicis pro certæ pœnæ determinatione implorare poſſint, non ut judex ad pœnam propoſitam infligendam obligatus ſit, ſed ut decernere, & dijudicare poſſit, an pro qualitate rei, & circumſtantijs facti conveniens ſit, vel non.

7 Obſervandum eſt ſeptimò, quòd, poſtquàm judex contra malitioſum debitorem à creditoribus pro adminiſtratione juſtitiæ imploratus fuit, eidem incumbat, ut bona debitoris ſequeſtret, & obſignet, mox deinde deſcribi, & in legitimum inventarium redigi curet, ne debitori ulterior alienatio, diſtractio, aut dilapidatio permittatur. Ratio eſt, quia ad inſtruendum proceſſum inprimis judici neceſſariũ eſt, ſcire, an bona debitoris ſolvendo ſint, vel non? Hoc autem ſcire non poteſt, niſi præcedat ſequeſtratio, obſignatio, deſcriptio, ſive inventarij confectio.

8 Si autem octavò, antequàm obſignatio, & inventarij confectio fieret, quædam bona à debitore clandeſtinè alienata, ſuppreſſa, & occultata, vel aliò translata fuiſſe, veriſimilis ſuſpicio ſit, judicis officium requirit, ut ſeriam deſuper inquiſitionem inſtituat, in qua etiam domeſtici teſtes, aliàs non ſatìs idonei, admittuntur. Ratio eſt, quia domeſtici præſumuntur patrisfamiliâs acta omnium optimè ſcire: Si autem etiam per domeſticorum teſtimonia veritas haberi non poſſit, *Stracha. de decoct. part. 7. n. 15.* judici talem cautelam proponit, ut faciat expediri publicum proclama, ſub gravi

vi pœna præcipiendo, ut quilibet merces, res, & nomina decoctoris indicet, & palàm faciat, imò etiam prœmium pollicendo ijs, qui fraudes, & machinationes detegant, per textum in *l. solent. 16. ff. de præscript. verb.* quod consilium nos facilè admittemus, si ad instantiam creditorum expeditio fiat, nam, ut id judex ex officio sine instantia, & petitione creditorum faciat, articulo nostro conforme esse, minimè judicamus, cùm repetitis vicibus creditorum instantiam requirat, quod maximè in judicialibus necessarium est, ut non nisi rogatus, & imploratus officium suum impertire debeat.

Ultimò denique recordamur, nos supra dixisse, quòd levis culpa, negligentia, & desidia debitoris, per quam ad inopiam devenit, eundem à beneficio cessionis non excludat. *Collegium Argentoratense. ff de cess. bon n. 6.* fusiùs *Casp. Manzius. in Patrocin. dec. 1. quæst. 5. n. 113. & dec. 2. quæst. 1. n. 160.* Item *dec. 2. quæst. 3. n. 20.* & *dec. 2. quæst. 8. n. 37.* Quæritur igitur, an hoc etiam juri nostro Provinciali consentaneum sit? Et videtur, quòd non, cùm articulus noster non tantùm de malitioso debitore, & decoctore loquatur, qui ex luxu, prodigalitate, fraude, & dolo, lusibus, compotationibus, aut commessationibus ad paupertatem, & inopiam devenit, sed etiam de eo, qui per inordinatam familiam, per negligentiam, & desidiam, per malam gubernationem rei domesticæ, per neglectum artificij, vel opificij sui, manuum labores subterfugiendo, lautiùs, quàm decet, in victu, & amictu se gerendo, liberalitatem sine necessitate exercendo, &c. bonis lapsus est, cùm tamen hæc omnia non nisi levem culpam importare videantur. Deinde *Artic. 5.* solummodò illos ad beneficium cessionis admittit, qui ex inevitabili necessitate, & improviso infortunio, sine sua culpa, in talem inopiam, & paupertatem inciderunt, ut creditoribus satisfacere non possint, ubi notetur verbum: Ohne Verschulden / quod distinctionem inter latam, & levem culpam nullam facit, Et proinde de levi culpa, eò fortiori ratione intelligendum est, cùm culpa lata potiùs pro dolo, quàm pro culpa habeatur. *l. cedere diem 213. ff. de verb. significat.* Sed his non attentis putamus, hos articulos nostros convenienter juri communi interpretandos esse, ut scilicet tantùm ij à beneficio cessionis excludantur, qui crassâ, &, ut loquitur *Nov. 135.* supinâ negligentiâ res suas amisisse comprobantur. Ratio nostra est, ut putamus, solida, & efficax, quòd exclusio à beneficio cessionis sit gravis pœna, cùm tales dejiciantur ad carceres, addicantur ad operas, relegentur ex Provincia, vel aliâ, ut diximus, corporali pœna pro qualitate circumstantiarum puniantur, ob levem autem culpam, aut negligentiam nemo tam atrociter, & corporaliter puniri debeat, cùm pœna debeat commensurari delicto. Deinde, nisi hoc admittamus, quòd etiam illi, qui ex levi sua culpa, & negligentia ad paupertatem devenerunt, ad cessionem admittendi sint, beneficiũ cessionis reddetur prorsùs inutile, & supervacaneum: Malitiosi enim debitores ab illo omninò excluduntur, calamitosi verò debitores eo non indigent, cùm ex dispositione *dict. Nov. 135.* calamitosi debitores vitio fortunæ ad incitas redacti sine omni cessione se per spontaneam dimissionem bonorum suorum, juxta formam *dict. Nov. 135.* ab incarcerationis pœna liberare, &, si ad pinguiorem fortunam devenerint, beneficij competentiæ dignos, & capaces reddere possint: quod *Matthias Stephani. ad dict Novell. n. 8.* verum esse, ingenuè fatetur; Vel igitur dicendum est, tertium genus debitorum superesse, in quo beneficium cessionis adhuc hodierno tempore ex *l. Julia. de cess. bon.* locum habeat, vel confitendum, *l. Juliam. per Nov. 135.* abrogatam esse. Et hoc est, de quo agimus, videlicet de jure eorum debitorum, qui quidem non per infortunium, sed ex culposa negligenti gubernatione, & administratione ad paupertatem, & inopiam prolapsi sunt,

non

non autem ſub pœna tam craſſa, & exceſſiva, ut mereantur in carceres detrudi, ex Provincia relegari, aut alia pœna corporali affici.

10 Dices, facilè defendi poſſe, quòd in conſtitutionibus noſtris Bavaricis *Nov. 135.* abrogata ſit, cùm de illa in toto hoc titulo nullo verbo mentio fiat, ſed tantùm *l. Jul. de ceſſ. bon.* ita, ut ſimpliciter, ſecundùm *Artic. 5.* reſolvendum, eſſe videatur unica, & ſola iſta diſtinctio, an quis depauperatus ſit vitio fortunæ, vel ex propria culpa? In primo caſu, ceſſione bonorum opus eſſe (cùm articulus de ſpontanea dimiſſione bonorum ſine ceſſione nihil dicat) in ſecundo verò caſu, ſine diſtinctione culpæ levis, aut latæ debitoribus beneficium ceſſionis denegari. Ad quod Reſpondemus, hanc utique promptiſſimam, & expeditiſſimam viam eſſe, omnes difficultates potiùs evitandi, & eludendi, quàm ſuperandi, & rationabiliter diſſolvendi. Quis enim ſibi perſuadebit, Legiſlatorem noſtrum prudentiſſimum famoſiſſimæ *Nov. 135.* nullam rationem habuiſſe, cùm tamen Juſtinianus ſibi ſummoperè blandiatur, & gratuletur, quòd per inventionem ejus divinum numen ſingulariter placatum fuerit, & ſanè conſtitutio *l. Jul.* in veritate, ſi non juſtior, ſaltem clementior, & favorabilior ſit. Nos tam præſumptuoſi non ſumus, ut conſtitutionem iſtam ex codice noſtro Bavarico expungamus, cùm aliàs procardicum approbatiſſimum ſit, ſine expreſſo textu correctionem legum introducendam non eſſe, quæ in noſtro propoſito eò minùs neceſſaria eſt, quò magìs rationes ſupra in contrarium allatæ ſuadent, iniquiſſimum eſſe, ſi debitor ex levi culpa, negligentia, aut deſidia parva ad paupertatem devenerit, quæ tot miſerias, & ærumnas poſt ſe trahit, ut Cynus in ſuis Lytanijs oraverit: A privilegijs paupertatis libera nos Domine, ut adhuc à flebili,& lamentabili beneficio ceſſionis arceatur. Poteſt itaque lex Julia, & novella Juſtinianea, & codex noſter Bavaricus conciliari, ſi dicamus, decoctores, fallitos, & ſimiles malitioſos debitores excludi tam à beneficio legis Juliæ, & ceſſione bonorum, quàm à beneficio novellæ conſtitutionis Juſtinianeæ de dimiſſione bonorum: Depauperatos verò debitores vitio fortunæ capaces eſſe conſtitutionis Juſtinianeæ: At tertium genus debitorum non malitioſorum, nec mero infortunio depauperatorum, ſed aliqua levi ſua culpa, aut negligentia ad inopiam devenientium adhuc hodierno jure beneficio ceſſionis gaudere, quod certè noſtro judicio rationi videtur convenire; Ejuſmodi enim hominibus lautiùs, & ſplendidiùs viventibus, quàm facultates eorum ſuſtineant, ſæpiſſimè contingit, quod illis, quibus ſenſim, & ſine animadverſione fundus jure decreſcendi, vel pannus tineâ, vel ferrum ærugine lentè conſumitur. Quæ noſtra opinione ſufficiens cauſa non eſt, ut debitor taliter vivendo ad egeſtatem deveniens carceres, exilium, corporalem afflictionem, & neſcio quas miſerias patiatur. Concludimus itaque, eos per tam levem culpam, & negligentiam beneficio ceſſionis non privari.

11 Quid autem dicendum eſt de illis, qui partim propter adverſam fortunam, partim autem per culpoſam gubernationem in tantam egeſtatem inciderunt, ut creditoribus ſatisfactionem præſtare non poſſint? Reſpondet *D. Balthaſar. ad hunc tit. reſol. 4. n. 15.* quòd etiam iſti malitioſis debitoribus annumerentur, & beneficio ceſſionis priventur. Nos duplici diſtinctione opus eſſe exiſtimamus. Prima eſt, an mala gubernatio provenerit ex dolo, fraude, malitia, lata culpa, & ſupina negligentia, vel ex levi tantùm culpa, & deſidia? In primo caſu judicamus, debitorem ceſſione indignum eſſe, quod enim juris eſt in toto, id etiam juris eſſe debet in parte, & hìc nobis videtur regulæ Philoſophicæ locum eſſe: Quòd bonum non ſit, niſi ex integra cauſa, malum verò ex quolibet defectu: Si autem egeſtas, & inopia partim ex infortunio improviſo, & partim ex levi tantùm culpa, & negligentia ſupervenerit, illum à beneficio ceſſionis non exclu-

cluderemus, imò cum *D. Manz. loc. cit.* etiam novellæ Justinianeæ capacem esse, non dubitaremus. In hac tamen insigni quæstione judicium nostrum, benevole Lector, libenter aliter sentientibus submittimus, & hac in parte nullam differentiam inter jus nostrum statutarium, & commune constituimus.

Altera distinctio est, quæ oritur ex quantitate rerum debitoris, vel 12
per infortunium, vel per malam ipsius gubernationem consumptarum; Si enim ponas, debitorem vix decimam partem ex bonis suis luxuriosè vivendo dissipâsse, alteras verò novem partes casu fortuito, & fortunæ vitio, ut loquitur Imperator, perijsse, quis tam iniquus, & severus censor erit, qui debitorem tam calamitosum à beneficio *Nov. 135.* vel à beneficio legis Juliæ, & cessione bonorum excludat? Nobis ille, qui tantùm decimam partem ex substantia malè vivendo consumpsit, non videtur dici posse decoctor, banccæruptor, fallitus, prodigus, sive, ut articulus noster dicit: **Der durch sein vnordenflich Wesen / Unfleiß / vnd Nachlässigkeit seinem Haußhaben / Handthierung / Gewerb / vnnd Arbeith / nit außgewart / dem Spilen / Trincken / oder anderen Leichtfertigkeiten obgelegen gewesen / zu prächtig / vnd verthunlich gehauset habe / &c.** facilè enim contingere potest, ut aliquis decimam partem substantiæ suæ sine tali gravi censura prodigere possit, certus, quòd de reliqua substantia creditoribus suis sufficientem satisfactionem præstare possit. Scimus, de jure cuilibet liberum esse, rem, cujus dominium ad se pertinet, in mare projicere, vel Vulcano committere, modò nemini noceat, aut creditores defraudet: Similiter igitur, qui lautè, & splendidè vivendo nemini damnum, aut præjudicium intulit, ejusmodi epitheta, quæ in articulo nostro continentur, non meretur, nec justum censeri debet, quòd propter superveniens ex accidenti infortunium ob actum, quem priùs licitè fecit, beneficio dimissionis, vel cessionis bonorum suorum privetur. Possemus centum exempla in medium afferre, & ijs demonstrare, quòd Illustres, nobiles, & aliæ personæ locupletes fuerint, quæ ante tricennale Suecicum bellum splendidissimè, & lautissimè vixerunt, & sæpissimè in festum Nuptiarum, Puerperij, Dedicationis Ecclesiæ, & similia non unum, sed plura millia florenorum impenderunt, quibus tamen posteà belli calamitatibus depauperatis, miserabilia beneficia dimissionis, vel cessionis bonorũ, & competentiæ ex hac sola ratione, quòd partem bonorum suorum priùs culposè, & inutiliter abliguriverint, non fuerunt denegata, cùm tum temporis luxus eorum in nullius cederet præjudicium. Si autem ponas, 13
debitorem de substantia sua luxuriosè vivendo plus insumpsisse, quàm per infortunium, aut casum fortuitum amiserit, planè nullo beneficio, nec dimissionis, nec cessionis dignus erit: Et, si D. Balthasaris doctrinã ad hunc solum casum applicare velis, nihil occurrit eidem opponendum. Diximus notanter, de eo debitore, qui majorem partem bonorum suorum luxuriosè vivendo prodegit, nam, si ad inopiam non malitiosè, & dolosè, sed per levem tantùm culpam, & negligentiam sensim, & inadvertenter devenit, juxta priora ex nostra opinione tam severè puniri non debet, ut beneficio dimissionis, & cessionis privetur, cùm id incarcerationem, exilium, relegationem, & alias pœnas corporales post se trahat, multò minùs igitur carere debebit prædictis privilegijs, & beneficijs, si accesserit quoque vitium fortunæ, & ipsi partem suæ substantiæ abstulerit. Videantur *Manz. & Colleg. Argentoratense. loc. supra cit.* Multum hac in parte judicio, & arbitrio ordinarij magistratûs deferendum est, qui ex gubernatione debitoris judicare potest, an ei dispositio hujus, vel *Artic. 5.* examinatis benè circumstantijs applicari debeat.

Der Neundte Articul.

Es soll auch das vnredlich Schulden machen / vnd vnleydentlich Verschwenden / von den Obrigkeiten / ohne Anrueffung der Glaubiger / oder anderer / Ambts halben abgestellt / vnd da die gütliche Verwarnung nit wolte helffen / solche vnhäußliche / verthuenliche Leuth / für Verschwender / durch offentliche angeschlagne Erklärungs-Brieff / vnd Proclamata erklärt / vnd verrueft werden / wie recht ist.

SUMMARIA.

1. & 9. *An prodigis curatores constituendi?*
2. *An judex eos ex officio constituere teneatur?*
3. *Utrùm non dehortatio judicis præcedere debeat?*
4. *Quando admonitio, & dehortatio nihil proficit, an judex ad affixionem publicorum proclamatum procedere possit?*
5. *Quis dicatur prodigus?*
6. *An vitium prodigalitatis esse debeat notorium, vel testibus probatum?*
7. *An prodigus ad videndum, se pro tali declarari, citandus sit?*
8. *An prodigus ante declarationem judicis contrahere, & liberè de rebus suis disponere possit?*
10. *Quid si quis prodigus declaretur, qui reverà prodigus non est?*
11. *Utrùm publicè declaratus pro interdicto habeatur, si interdictio administrationis fuerit intermissa?*
12. *Si judex prohibeat, ne quis cum illo contrahat, non addita ratione, quia prodigus est, an habeatur pro prodigo declarato?*
13. *An per nudam constitutionem curatoris sine publica declaratione aliquis pro prodigo censendus sit?*
14. *Si quis sciens, administrationem prodigo interdictam esse, ante publicationem contrahat, an contractus subsistat?*
15. *An prodigus obligetur ex contractu jurato, postquàm à judice ei administratio jam fuit interdicta?*
16. *An prodigus ratione gestorum ante declarationem in integrum restitui possit?*
17. *Quid dicendum de restitutione ex capite læsionis ultra dimidium, vel si qua mihi justa &c?*
18. *An quis desinat ipso jure esse prodigus, si frugaliter vivere incipiat, & quomodò probetur emendatio?*
19. *An non per testes, & notorietatem probari possit?*
20. *Utrùm cum tali ad frugem reverso rectè contrahatur, etiamsi nulla declaratio judicis propterea fuerit facta?*
21. *Qualiter fiat probatio emendationis per testes?*
22. *Quid si inter contrahentes, & prodigi conversi curatorem quæstio oriatur de validitate contractûs?*

MIraberis Lector, quare articulus noster specialiter de prodigis agat, cùm tamen illi sub præcedente articulo non minùs contineantur, quàm alij decoctores, banccæruptores, &c. qui supinâ suâ negligentiâ, & culpâ ad inopiam delapsi sunt. Et Respondemus, priores articulos comprehendere hanc fæcem hominum, quatenùs debitores sunt, & luxuriosè vivendo creditoribus suis præjudicant, tametsi igitur sub ijs etiam prodigi comprehendi possint, quando scilicet ære alieno gravati sunt, tamen, cùm quis etiam prodigus esse possit, qui nemini nisi sibi præjudicet, Reip. verò intersit, ne quis rebus suis malè utatur. §. *sed & major. Inst. de his, qui sunt sui juris. Gail. 1. observ. 17.* ideò tam de jure civili, quàm de jure nostro statu-

statutario pro prodigis, tametsi sua profusione, & prodigalitate neminem lædant, alia remedia, & præcipuum remedium constituendorum curatorum adinventum est, de quo jam quædam diximus supra ad *Tit. 5. Art. 11.* Hîc autem plenior explicatio necessaria est. 1

Notandum est itaque primò, licèt in priori articulo dixerimus, quòd judex contra malitiosos debitores fugitivos, vel de fuga suspectos, aut etiam non fugitivos ad sequestrationem, detentionem, incarcerationem, obsignationem, aut bonorum descriptionem, sive inventuram procedere non possit, aut debeat, nisi ad instantiam creditorum, tamen in hoc articulo specialiter statuitur, ut quilibet magistratus ex officio sine ulla imploratione debitorum, aut aliorum qualecunque interesse habentium prodigorum rationem habere, & illos, prout res postulat, coërcere debeat. Cujus ratio est, ne prodigo, nullum creditorem habenti, licentia sua dissipandi crescat; Quod Reip. perniciosum est, & proinde ob Reip. utilitatem judici potestas conceditur, contra prodigos ex officio procedendi, cùm tamen in priori articulo instantia creditorum requiratur: Differentia per se clara est; Nam in casu præcedentis articuli homo, cujus interest, sibi ipsi vigilare potest, & debet, in secundo casu, qui citra alterius damnum, & præjudicium sæpissimè contingit, judex partes Reip. ex officio supplere obligatus est. Si igitur quæras, in quo circa prodigos coërcendos officium judicis versetur? 2

Notandum est secundò, quòd juxta tenorem articuli nostri judex ejusmodi personas ante omnia monere, & à vitiosa, sumptuosa, & luxuriosa vita seriò dehortari debeat, quod valdè christianum est, cùm acriora remedia supervacanea sint, si mitiora prosunt. 3

Notandum est tertiò, quòd, si amicabilis admonitio, & adhortatio ex dispositione articuli nostri nihil proficiat, judex ex tunc ad ulteriora procedere, & ejusmodi incorrigibilem hominem publicè pro prodigo declarare, & per affixionem publicorum proclamatum propalare debeat. Requirunt quidem Sacri Canones plerumque ad hoc, ut quis dicatur incorrigibilis, binam, vel trinam admonitionem, sed, cùm articulus noster tantùm de una monitione loquatur, putamus, si illa sola nil prosit, ad proclamationem, & declarationem deveniri posse, quia tam ipsi prodigo, & liberis, sive hæredibus ejus, quàm Reip. interest, ipsum citissimè bonis interdici, & grassationem ejus per constitutionem curatoris cohiberi. *l. his qui. §. divus. ff. de tut. & curat. datis ab his, &c. Majolus. in diebus canicularibus. tom. 2. colloq. 5.* Ubi utilitatem Reip. in extirpando prodigalitatis vitio graphicè describit, dicendo, quòd luxuria (quod verbum in latina lingua non luxuriam meretriciam, sed lautitiam, nimiúmque rerum sumptum, & abusum significat) fomes ferè omnium malorum sit, ita ut nullæ divitiæ tam amplæ, nulla supellex tam præclara, nullæ opes tam magnæ sint, quæ non parvo tempore in ventrem correpant, & demergantur, juxta Germanorum proverbium: Allzeit Naschen / macht leere Taschen. Et hac severitate in Germania nostra præcipuè opus est, ubi prodigalitatis vitium per frequentissimas compotationes, & commessationes maximè in usu est cum pessimo exemplo, & quadam turpitudinis nota. Carolus Imperator illud maximo odio habuit, & pulcherrimis constitutionibus Imperialibus cohibuit, sed juxta *Gail. 2. observ. 110. n. 24.* sine effectu, ita ut ipse Carolus Imperator dixerit, se effectum tunc primùm assecuturum, quando noverit, Iberis manus constringere, ne furentur, id est, nunquam. *Carpzovius. in pract. rer. crim. part. 3. quæst. 146. n. 7.* 4

Notandum est quartò, quòd hîc nobis nullus sermo sit de prodigalitate famæ, aut prodigalitate morum, sed tantùm de prodigalitate bonorum, necesse est igitur, scire, quis in jure dicatur prodigus, antequàm mox exa- 5

minemus, quomodò contra talem processus instituendus sit. Ejus descriptio habetur in *l. 1. ff. de curat. furios.* Ubi prodigus ille dicitur, qui bona sua dissipando profundit, nec ullum expensarum modum, aut finem facit, qui autem hoc agit, non habet plenitudinem intellectûs, aut integritatem mentis, sed in *dict. l. 1. & l. Fulcinius. §. planè. 11. cum seq. ff. ex quib. caus. in possess.* æquiparatur furioso, quia furiosum quoad bona facit exitum. *l. his qui. 12. §. divus. ff. de cur. & tut. dat.* Et hinc

6 Notandum est quintò, cùm vitium prodigalitatis magni præjudicij sit, & famam, sive existimationem ejus, qui pro tali declaratur, plurimùm lædat, ipsique rerum suarum administrationem intervertat, quòd hoc vitium, antequàm judex ad declarationem progrediatur, debeat esse publicum, & notorium, vel testibus, aut alio modo legitimè, & sufficienter probatum. Notorium tripliciter fit: Per sententiam, per confessionem in judicio factam, & per evidentiam rei, quæ tergiversatione celari non potest. *C. fin. extra de cohab. cler.* De quibus videri possunt *Wesenbez. de probat. num. 7. Gail. 2. observ. 27. n 14. & 15.* Probatio autem per testes in his circumstantijs fieri potest, si deponant, quòd quis lusibus, commessationibus, & compotationibus sit deditus, quòd plus expendat, quàm in censu habeat, quòd inutilia excessivis sumptibus coëmat, ècontra sua vilissimo pretio vendat, & profundat, quòd ultra conditionem statûs sui vestiatur, frequentes epulas instituat, & familiam domesticam splendidiùs, & lautiùs alat, quàm facultates ejus patiantur, quòd crebras donationes, & liberalitates exerceat, officium, artificium, aut opificium suum negligat, quòd illicitis amoribus vacet, & alia similia faciat, neque in ijs rationem, modum, tempus, & finem habeat; Ex his omnibus enim paupertas oriri solet, quæ causa est, ut prodigis bonorum suorum administratio interdicatur. Videantur plura alia rhytmicè descripta apud *Faustum. pro ærario ordin. 1252. & multis seqq.* Non opus est tamen, hæc omnia copulativè, & conjunctim, sed unum, vel alterum tantùm disiunctim probare, ne alias prodigus citiùs finem dissipandi bona sua, quàm judex probationem dissipationis absolvat. Et quia hæc clarè demonstrant, declarationem prodigalitatis fieri debere cum causæ cognitione, ideò

7 Notandum est sextò, prodigum ad videndum, se pro tali declarari, & sibi administrationem bonorum suorum interdici, legitimè citandum esse. Ratio est, quia nemo inauditus, neque per sententiam definitivam, neque per sententiam declaratoriam condemnari debet. *Damhaud. in patrocin. pupill. cap. 8. n. 53.*

Dices, propterea citatione opus non esse, eò quòd juxta articuli nostri dispositionem debeat præcedere judicis amicabilis admonitio, & dehortatio, cui si non acquieverit, & correctionem admiserit, ulteriore citatione indignum esse: Ad quod resolvendum examinanda est

8 Septima notabilis consideratio, an prodigo ipso jure adimatur administratio bonorum suorum, vel an judicis declaratio necessaria sit, ita, ut ante declarationem prodigus liberè contrahere, & de rebus suis disponere possit? In qua quæstione se DD. multùm fatigant: Affirmativa sententia nititur pluribus rationibus, quibus tamen non attentis, *Fachinæus. controv. jur. l. 2. cap. 63.* negativam defendit. Brevitatis causâ argumenta pro, & contra non afferemus, sed tantùm hoc dicimus, nobis certissimum videri, de Jure nostro Bavarico ex dispositione hujus articuli neminem pro prodigo habendum esse, nisi qui priùs fuerit monitus, & neglecta correctione pro prodigo declaratus, ac publicè proclamatus, per principalem rationem, ne contrahentes cum eo facilè decipiantur. Unum casum aliqui excipiunt, nempè de prodigo notorio, & manifesto, de quo videatur *Cævallos. quæst. comm. contra commun. 109.* Nos in omni casu, sive prodigalitas notoria sit, sive

sive per testes, aut alia legitima media probata, semper citationem, ad videndum fieri declarationem, ipsius prodigi necessariam esse, judicamus, nam ad hoc ipsum, quòd prodigalitas notoria sit, sententia declaratoria requiritur. *Gail. 2. observ. 51. & observ. 27. n. 15.* ut consequenter argumentatio eorum non subsistat, qui dicunt, quando manifestum, & notorium est, aliquem prodigum esse, de eo non aliter statuendum, quàm si pro tali per sententiam jam esset declaratus, nam ipsa declaratio notorietatis debet prodigo esse nota, & proinde ad publicandam notorietatem citandus est. Intereà, antequàm declaratio fiat, omnes contractus cum eo initi de jure subsistunt, quod manifestè probatur ex §. *item prodigus 2. Instit. quibus non est permiss. testam. facere. & ex l. is cui. ff. qui testam. fac. possunt.* Ubi habetur, quòd prodigo testamenti factio interdicta non sit, nisi priùs ei bonorum suorum administratio interdicta fuerit, ergò multò minùs prodigo interdicta erit administratio bonorum suorum per actus inter vivos, cùm plus sit, testamentum facere posse, quàm contrahere, quia testamenti factio majoris momenti est, quàm contractus, vel dispositio inter vivos: In illa enim agitur de universitate bonorum, in contractu verò inter vivos de particulari tantùm quota; Sicut igitur prodigalitas testamenti factioni ante interdictam administrationem nihil obest, ita neque in contractibus, aliisque dispositionibus particularibus inter vivos obesse poterit. *Manz. ad tit. 12. §. 2. n. 7. Inst. quibus non est permiss. testam. fac.*

Notandum est octavò, quòd post prodigalitatis declarationem judicis 9
officio ulteriùs incumbat, ut prodigo curatores constituat, de quo egimus ad *Art. 11. Tit. 5.* der Land-Recht. Ratio est, quia prodigus declaratus est instar furiosi, qui judicio caret, &, cùm rebus suis superesse non possit, non minùs, quàm quilibet alius in eodem articulo comprehensus curatore opus habet. Quæ autem ad curatelæ constitutionem necessaria sint, ibidem jam explicavimus. Quid si autem pro

Nono, ex insufficienti probatione, & informatione alicui tanquam 10
prodigo curator datus fuerit, cùm tamen cliens ipsius reverà prodigus non esset? Cum *Fachinæo. loc. cit. cap. 65.* distinguendum esse putamus, an declaratio facta fuerit judicialiter ordine juris observato, scilicet citato prodigo putatitio, & examinatis testium depositionibus, aliisque notorietatis, & probationis remedijs, vel non? Si primum, valet constitutio curatoris ex vi rei judicatæ: Si supponas, à tali sententia non fuisse appellatum. In casu secundo, nulla est curatoris datio, per textum in *l. tut. si petitus, & in l. Sejæ egressæ. ff. de tut. & curat. datis ab his.* Ubi dicitur, si tutor pupillo datus sit, qui tamen pupillus non est, quòd etiam ipse reverà tutor non sit. Sequitur igitur, quòd ea, quæ à tali putatitio tutore, vel curatore gesta sunt, nihil valeant, & pro non gestis habeantur.

Ulteriùs decimò notandum est, si quis juxta dispositionem hujus arti- 11
culi, observatis omnibus observandis, de quibus modò diximus, pro prodigo judicialiter declaratus, & pro tali palàm proclamatus fuerit, quòd pro interdicto bonis habendus sit, tametsi interdictio administrationis intermissa, non quidem ex ea ratione, quam *D. Fachin. loc. cit. cap. 66. Versic. & hæc sententia.* affert, quòd prodigus ipso jure bonorum suorum administrationem amittat, cùm hanc opinionem secundùm præmissa articulus noster non probet, sed ex eo fundamento, quia interdictio bonorum tacitè sequitur ex declaratione, unde pro expressa habetur. Et hinc est, quòd articulus noster de interdictione administrationis nec verbum loquatur, sed solummodò de declaratione legitimè facta, & publicè proposita, præsupponens, consectaneum esse, quòd hoc ipso declaratus ab administratione bonorum remotus, & interdictus fuerit.

12 Sed quid si undecimò, judex, vel ordinarius magistratus proposito edicto prohibuerit, ne quis V. G. cum Titio contrahat, addita ratione, quia prodigus est, annè hoc ipso censeatur pro prodigo declaratus, & administratione bonorum suorum interdictus? Et Respondemus affirmativè, quid enim aliud judex significare voluit per rationem, quia prodigus est, quàm quòd pro prodigo declarato, & bonis suis interdicto habendus, & propterea ad contrahendum inidoneus sit? Debet tamen subintelligi, quòd tale edictum juris ordine servato, & citato prodigo accedente sententia declaratoria ex legitimis probationibus lata emanaverit. Frustra enim disputaretur de interpretatione, & intellectu verborum, quando edictum ex vitio processûs nullum esset, & irritum. Aliud est dicendum, si judex nullam causam prohibitionis allegaret: V. G. Simpliciter dicendo, prohibemus, ne quis cum Titio contrahat, tunc enim tale proclama pro legitima prodigalitatis declaratione, & bonorum interdictione haberi non posset, cùm quis etiam ex alia causa, quàm prodigalitate ad contrahendum inidoneus esse possit. *Fachin loc. cit. cap. 66. Vers. septima controversia.*

13 Quid si autem duodecimò, alicui tanquam prodigo tantùm curator datus, nulla verò declaratio, aut bonorum interdictio per edictum, sive proclama publicum proposita fuerit, annè nihilominùs talis pro prodigo declarato, & bonis interdicto habendus sit? Affirmat hoc *Fachin. loc. cit. cap. 67. ex Barthol. Castrens. Alex. Jason. & Ripa.* per rationem, quia ex curatoris datione necessariò intelligitur, eam esse prætoris intentionem, ut non ipse prodigus administret, sed curator. Sed hæc sententia nobis non videtur articulo nostro convenire, quia actus publicus, sive edictum, & proclama publicum requiritur, ex quo omnibus palàm constare possit, proclamatum talem esse, cum quo securè contrahi non possit, qualis actus nuda constitutio tutoris non est, utpotè, quæ inter privatos cancellos judicij, paucis, & subinde omninò nullis personis præsentibus perficitur. Si tamen supponas, constitutionem tutoris per publicum edictum, vel proclama palàm factam esse, putamus, Fachinæi opinionem sustineri posse, maximè, si, ut in priori notabili diximus, causa addita fuit, quia prodigus est; Tunc enim talis proclamatio super constitutione curatoris facta, per necessariam consequentiam, declarationem, & bonorum interdictionem post se trahit; Præsupposito iterum processu legitimè facto, prodigo citato, & cum causæ cognitione constituto curatore.

14 Ponamus autem decimò tertiò, alicui tanquam prodigo bonorum suorum administrationem legitimè interdictam: Sed, antequàm publicaretur, contractum cum prodigo initum fuisse: Et Respondemus cum distinctione, vel enim contrahens cum prodigo scivit, declarationem, vel interdictionem jam anteà fuisse factam, vel ignoravit? Si scivit, contractus erit inutilis, & invalidus; Si verò ignoravit, valet contractus, per textum in *l. si sciens. ff. de contrah: empt. & in l. si ab eo. ff. de usucap.* Ubi dicitur, contractum factum cum prodigo non valere, si contrahens sciebat, esse prodigum, ergò à contrario sensu, si ignorabat, contractus valet: Et ratio est, quia publicatio per edictum, sive proclama solummodò ad hunc finem requiritur, ut nemo se per ignorantiam excusare possit. *l. sed si pupillus. §. de quo. & §. proscribere. ff. de Institor.* Ubi dicitur, publicari debere prohibitionem factam, ne quis cum institore contrahat, qui autem aliundè scivit prohibitionem, ulteriori proclamate, sive edicto non indiget.

15 Quæritur decimò quartò, an prodigus obligetur ex contractu jurejurando confirmato, postquàm ei à judice bonis interdictum fuit? Et in hac re tres sunt opiniones. Prima id simpliciter negat, altera simpliciter affirmat, tertia distinguit, an prodigus habeat curatorem, vel non: In primo casu asserunt, eum non obligari ad contractum etiam cum juramen-

to initum : In ſecundo verò caſu , obligatum eſſe : Nos tertiam opinionem omninò probabiliorem exiſtimamus , totam autem hanc quæſtionem Theologis examinandam relinquimus , licèt enim fortè non erremus , ſi cum communiore opinione concedamus , contractum prodigi cum juramento initum in foro fori non valere , per rationem , quòd prodigus æquiparetur furioſo, qui judicio caret. *Covar. tom. 1. part. 2. §. 3. n. 11.* Quia tamen ſtatim iterum ſubſequitur alia quæſtio , an prodigus non ſaltem in foro poli , & conſcientiæ obligationem habeat , contractum juramento corroboratum ſervandi , de utraque quæſtione manum retrahimus , eò libentiùs , cùm certè hanc rationem , quam pro invaliditate contractûs jurati DD. adferunt , quòd ſcilicet prodigus furioſo æquiparetur , & judicio careat , ſatìs ſit infirma , & imbecillis , quia aliud eſt æquiparari , & aliud eſt eſſe , differentia inter æquiparari , & eſſe ex hoc clarè apparet , quòd ex communi doctrina prodigus obligetur ex delicto. *Fachin. loc. cit. cap. 68.* Furioſus autem non obligetur, niſi dilucida intervalla habuerit : Ratio diverſitatis eſt , quia furioſus verè judicio caret , prodigus verò tantùm æquiparativè : Si igitur non obſtante judicij defectu obligatur efficaciter ex delicto , cur non etiam ex contractu jurato ?

Quærunt aliqui decimò quintò , utrùm prodigus reſtitutionem in inte- 16
grum petere poſſit adversùs ea , quæ geſſit , antequàm pro prodigo declararetur ? *Fachin. loc. cit. cap. 67.* affirmativam ſuſtinet, per rationem, quia prodigus æquiparatur pupillo , minori , furioſo, & inſano , quibus omnibus jura reſtitutionem in integrum concedunt , ſed opinio Fachinæj nititur falſo præſuppoſito , quod ſupra reprobavimus , nempè prodigum talem eſſe , & dici poſſe ex legis diſpoſitione , antequàm ei bonis interdicatur ; Corruente igitur hoc falſo præſuppoſito , quòd quis prodigus dici poſſit ante declarationem judicis , & adminiſtrationis interdictionem , corruit etiam comparatio cum pupillis , minoribus , furioſis , & inſanis ; Et quia nulla lege cautum invenitur, quòd prodigus ratione geſtorum ante declarationē , & interdictionem adminiſtrationis contrahendo in integrum reſtitui poſſit , rectè eidem beneficium reſtitutionis negamus.

Loquimur hîc de reſtitutione privilegiata , nam , ſi fuerit ultra dimi- 17
dium læſus, vel ex capite , ſi qua mihi juſta cauſa, videbitur reſtitutione dignus , ei reſtitutionem non denegandam eſſe ſuadet ratio , cùm talis miſerabilior ſit , quàm alius major , qui ſanæ , & integræ mentis eſt.

Ultimò denique notandum eſt , tametſi ex modò dictis nemo pro pro- 18
digo habendus ſit , niſi pro tali fuerit declaratus, & ei adminiſtratio bonorum interdicta. *§. item prodigus. 2. Inſt. quibus non eſt permiſſ. & ibi Manz. n. 8. & 9.* quòd tamen ipſo jure deſinat eſſe prodigus , ſi frugaliter vivere incipiat. *l. 1. ff. de curat furioſi.* Debet autem de hoc certò conſtare , quia præſumptio eſt in contrarium, nimirum , quòd ſemel prodigus talis permaneat , cùm habitus difficulter immutetur. *Manz. loc. cit. n. 17.* Quomodò autem probetur emendatio, & quantum tempus emendationis requiratur, id in arbitrio judicis conſiſtit , quia articulus noſter tam exactè omnia præſcribere non potuit. In modo probationis nobis videtur tantus rigor non requiri pro diſſolvenda prodigalitatis declaratione , & adminiſtrationis interdictione , quantus juxta ſupra dicta requiritur pro illa interponenda : Ratio eſt , quia faciliùs reditus datur ad ſtatum naturalem liberũ, ad quem nati ſumus , quàm ab eo recedatur : Et hinc eſt , quòd quis prodigalitatis cenſuram non incurrat ipſo jure , ut præmiſimus , ſed ipſo jure declaratio , & interdictio exſpiret , quando quis ſeriò ſe emendat , & frugaliter vivit. *Manz. loc. cit. num. 17.*

Prout autem ſupra diximus, duos præcipuè modos eſſe prodigalitatem 19
probandi , nempè per notorietatem , & per teſtes , ita eiſdem modis probatur

tur etiam frugalitas, & emendatio vitæ: Debet itaque sine omni tergiversatione publicum, & in confesso esse, quòd ob prodigalitatem bonis interdictus reverà resipuerit, vel idem per legitima testimonia probari.

Quod attinet ad notorietatem, & evidentiam facti, requisivimus quidem in prioribus, quoad declarationem & interdictionem, judicis interventum, ut ipse pronunciet, evidens & notorium esse, quòd de prodigalitate diffamatus talis sit, per rationem, quia ipso jure nemo grodigus fit, sed tantùm per actum declarationis, & interdictæ administrationis: Prodigus autem, qui ad emendationem vitæ, & frugalitatem reversus est, ipso jure desinit esse prodigus, & sic pronunciatio judicis pro liberatione publici e-
20 dicti declaratione, & interdictione opus non habet. Et hinc sequitur, si quis cum prodigo ad frugem, & emendationem vitæ realiter reverso contraxerit, quòd contractus omninò valeat, licèt edictum judicis super declaratione prodigalitatis non fuerit sublatum, & revocatum. Afflicto enim non debet dari afflictio, quod contingeret, si per alterũ edictum prius deberet publicè tolli, aut revocari, & sic antiqua cicatrix refricari.

21 Quod attinet ad probationem per testes, ea nobis videtur facillima: Constabit enim ex prioribus actis, quibus de causis judex ad declarationem, & interdictionem bonorum processerit: E. C. quia prodigus lusibus, & compotationibus fuit deditus, quia illicitis amoribus irretitus, lusor, & aleator fuit, posteà autem ijdem, aut alij testes dicant, eum honestè, & frugaliter domi vivere, abstinere à malis societatibus, illicitis amoribus, compotationibus, & commessationibus, lusibus, alienationibus, & alijs malis conventiculis, &c. certè eidem suarum rerum administratio permittenda, nec ullo modo opus est, ut id per alterius publici proclamatis affictionem fiat, cùm purgato vitio prior prohibitio ipso jure abolita sit. Et sicut diximus, testimonia domesticorum ad gravandam patrisfamiliâs prodigalitatem admittenda esse, ita multò magìs ea ad ipsum relevandum, & exculpandum vicissim admittenda sunt.

22 Quid si autem inter prodigi ad emendationem conversi curatorem, vel potiùs ejus hæredes, & cum prodigo contrahentes quæstio oriatur super validitate contractûs? Respondemus, eum effectu cariturum, donec vel ex notorietate, & evidentia, vel ex legitimis probationibus judici constet, quòd talis reverà prodigus esse desierit, tunc enim judex obligatus est, pro validitate contractûs pronunciare, tametsi prior publica declaratio, & interdictio nunquam fuerit abrogata, & revocata.

Der Zehendte Articul.

Wer den anderen anspricht vmb Gelt / oder anders / vnd der Antworter sagt / daß er der Schuld jrr sey / begehr derhalben einer Raitung / so soll man jhm Tag geben / auff die nechste Verhör / so der Richter fürderlich / vnnd da der Kläger ein Gast / vnaußgesetzt fürnemmen soll / doch daß der Berede / daß er die Raitung vmb keiner Verlängerung willen begehre / was er dann in Raitung schuldig würdet / vnnd ohne laugnen stehet / soll jhm das Gericht gebieten / daß er jnner vierzehen Tagen Bezahlung thue; Warumb aber die Thail in Rechnung jrrig / vnnd strittig wären / vmb dasselb soll geschehen / was recht ist / vnnd soll in der Raitung vnrichtige Schuld / die richtige / vnnd derselben fürderliche Bezahlung nit sperren.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Quomodo iste articulus cum antiquissimo libro de Anno 1384. & cum jure communi conveniat?*
2. *Si debitum quodcunque erroneum, illiquidum, vel dubium sit, an dies pro ratiociniis ineundis à judice peti possit?*
3. *An exceptio illiquidationis, & compensationis executionem impediat?*
4. *Reconventio faciliùs per modum exceptionis, quàm actionis proponitur.*
5. *An idem terminus ad computandum forensi, & hospiti à judice sit constituendus?*
6. *Utrùm reus contestari debeat, quòd ratiocinij præstationem non malitiosè petat?*
7. *An ista contestatio debeat esse jurata?*
8. *An juramentum hoc tam ab actore, quàm reo præstari debeat?*
9. *Præstitis rationibus parti debitrici pro solvendo reliquo 14. dies dandi.*
10. *An iste terminus 14. dierum æquè extraneis forensibus, quàm subditis sit præfixus?*
11. *An judex sepositis illiquidis in liquidis executionem facere possit?*
12. *Si debitor partem liquidam realiter offerat, vel deponat, quam creditor accipere non vult, an à mora purgetur?*

ARticulus iste desumptus est ex antiquis Statutis Bavaricis, præsertim ex Reformatione de Anno 1588. paucis mutatis tam in rubro, quàm nigro, & habetur in antiquissimo libro de Anno 1384. *cap. 23.* §. Umb Raitung umb jrrs Gelt / his verbis, Wer den anderen anspricht umb Gelt / kommet dann jener zur Antwort / unnd spricht / ich bin deß Gelts jrr / unnd waiß nicht recht / was ich entgelten soll / und begehrt eine Raitung / so soll man jhm Tag geben auff das negst Recht / unnd soll auch bereden / daß er die Täding durch kein Längerung nit verziehe / weß er dann schuldig ist / und ohn Laugen stehet / so soll jhm das Gericht gebieten / daß er jhm inner 14. Tägen wär: Wäre / oder da zu Krieg wurde / darumb soll geschehen / was recht ist. Vides benevole Lector, verba antiqua esse quidem obscura, in effectu autem, & substantia convenire cum verbis nostri articuli, & eorum sensus hic est, si quis alterum convenit pro debito pecuniario, vel alio, & reus respondet, se de debito dubitare, & propterea petere diem computationis, einen Raitungs-Tag / quòd judex hoc facere, & partes ad proximum diem juridicum, auff den negsten Verhörs-Tag / citare debeat, ita tamen, ut reus contestetur, quòd computationem, sive redditionem rationis non petat pro dilatanda, & protrahenda causa. Si quid autem reus legitimè debere ex computatione, & præstatione rationum convictus fuerit, ut ampliùs debitum negare non possit, judicis officium erit, ut ei solutionem intrà 14. dies faciendam injungat, si verò ex computatione, & ratiocinio aliquid de debito dubium, litigiosum, & illiquidum fiet, super eo procedendum, & judicandum est secundùm dispositionem juris, ut tamen illiquidum liquidi executionem non retardet, aut impediat. Convenit hæc dispositio omninò cum jure communi, potissimùm quoad posteriorem partem in *l. fin. Cod. de compensat.* Ubi dicitur, quòd liquidi ad illiquidum nulla detur compensatio; Sunt tamen quædam ex hoc articulo specialiùs observanda. 1

Primum est, quòd ille non tantùm loquatur de debitore pecuniario, sed etiam de quocunque alio, in verbis, Und anders / quæ, licèt in antiquissimo codice statutorum Bavaricorum non contineantur, quia tamen tam in Reformatione de Anno 1588. quàm in novissimis nostris constitutionibus addita reperiuntur, hinc apparet, quòd hic articulus non de solo pecuniario debito ex mutuo, sed ex quocunque alio contractu, veluti ex empto, 2

vendito, locato, & conducto, aliisque similibus proveniente intelligendus sit; Quotiescunque enim reus super quocunque debito conventus dicit, & respondet, debitum adhuc erroneum, illiquidum, dubium, vel aliò modo intricatum esse, vel se habere prætensiones compensabiles, & proptereà diem pro ratiocinijs ineundis petere, id à judice concedendum esse, ipsa ratio suadet: Nam in primo casu, quando debitum illiquidum est; competit reo convento exceptio illiquidationis, sive debitum ex toto illiquidum sit, sive pro parte, *Coler. de process. execut. part. 3. cap. 1. n. 5.* Si autem debitum per se liquidum sit, sed reusècontra alias prætensiones legitimas habeat, competit ei exceptio compensationis. Utraque exceptio
3 maximè ab initio litis interposita impedit executionem. Quod attinet ad exceptionem illiquidationis, Regula communis est, si instrumentum non est liquidum, sed petitur liquidari, vel pro liquido pronunciari, quòd executio suspendi debeat, *Berlich. lib. 1. conclus. 80. num. 85.* Et *de liquidatione damnorum, & interesse, ibidem num. 48.* Compensationis verò exceptio adeò privilegiata est, ut, tametsi in ipso processu non fuerit interposita, rectè adhuc in ipsa executione opponi possit. Vide, quæ dixerimus ad *Tit. 11. Art. 2.* Vers. Vierdtens / deß Summarischen Proceß / nihil itaque articulus noster speciale proponit, dum reo convento super debito pecuniario, vel quocunque alio illiquidationis, & compensationis exceptionem in salvo relinquit.

Quod secundò, ex potiori ratione locum habet, quando actor ipsi reo ex alio fortè capite, aut contractu ad rationes reddendas obligatus est, de quo casu singulariter videtur loqui articulus noster, cùm tam in rubro, quàm nigro semper loquatur de reo convento redditionem rationis ab acto-
4 re petente, ex quo tertia exsurgit legitima defensio, id est reconventionis, quæ per modum exceptionis faciliùs proponitur, quàm per modum actionis: Si igitur Titius conveniat Sempronium pro mille florenis mutuo datis, & Sempronius respondeat, tu fuisti meus administrator in hac, vel illa causa, aut negotio, & proinde peto, ut mihi ratiocinium præstes, ex quo appareat, an, quis, & quantum alter alterutri debeat? Judex ejusmodi calculationem, & computationem impedire non potest.

5 Ne autem, quod pro tertio observandum, ex ejusmodi oppositione mora trahatur, distinguit articulus noster inter actorem subditum, & domesticum, & inter actorem extraneum, & forensem: Actori domestico præfigendus est terminus ordinarius, Auff die negste Verhör / oder auff das negst Recht / prout loquitur codex antiquus: Si autem est extraneus, forensis, sive hospes, articulus noster in novis constitutionibus de novo addidit, ut terminus constituatur sine mora, vnaußgesetzt / quia, ut alibi videbimus, forensi, & hospiti ad diminuendas expensas, & sumptus judiciales semper induciæ debent esse promptiores, & favorabiliores.

6 Interim quartò necesse est, ut reus contestetur, daß er berede / quòd ratiocinij præstationem non malitiosè, & animo protrahendi litem exigat; Et hoc convenit cum *l. si modo. 22. ff. de usuris.* Ubi, postquàm in lege præcedenti dictum fuit, non omne, quod differendi causâ fit, moræ adnumerandum esse, maximè, si legitima exceptio allegetur, statim additur in lege sequenti, si modò hoc ipsum non fraudandi causâ simuletur.

7 Observandum est quintò, quòd in omni editione hujus articuli verbum, Bereden / usurpetur; Et hinc ambiguum est, quia in antiquis constitutionibus, dem Wort bereden / frequentissimè additur, bey seinem Ayd / an ista confirmatio, & contestatio debeat esse jurata, vel sufficiat etiam injurata? Ratio dubitandi est, quia reus conventus eadem facilitate, quâ exceptionem illiquidationis, compensationis, vel reconventionis opponit potest etiam nudis verbis contestari, & confirmare, se non animo fraudandi

simu-

ſimulandi, aut litem protrahendi, ſed juris ſui conſervandi causâ facere. Verùm hac in parte nobis juxta ea, quæ diximus in Summario Proceſſu de juramento calumniæ, & malitiæ præſtando, videtur reſpondendum, quòd ſcilicet talis conteſtatio, & confirmatio medio juramento fieri debeat, ſi à parte petatur, de quo plura videbimus ſuo tempore, in der Gerichts-Ordnung / *Tit. 5. Art. 14. & 17.* Si autem non petatur, nudam aſſertionē, vel conteſtationem ſufficere, præcipuè, cùm in Summario noſtro Proceſſu hæc juramenta pleraque in deſuetudinem abiêrint.

Obſervandum eſt autem ſextò, quòd, ſicut reus exceptionibus ſuis ad 8
protrahendam litem abuti non debet, ita etiam, ſi ab actore ex adminiſtratione obligato præſtatio rationum petatur, ille obſtrictus eſt, libros rationum legitimè confectos edere, data, & accepta fideliter demonſtrare, calculum ponere, & pro purganda mora ſolutionis reliqua reddere, ac, ſi à reo petatur, juramentum calumniæ deponere, quòd litis protractionem per retardationē ratiocinij malitiosè quærere nolit, cùm hac in parte reus, & actor pari jure cenſeantur, ut ita verbum in textu noſtro poſitum: Bereden / æquè ad perſonam actoris, quam ad perſonam rei applicandum ſit; Et, prout uni parti ad petitionem alterius præſtatio juramenti calumniæ incumbit, ita viciſſim alteri incumbit præſtatio juramenti malitiæ, de quibus, in der Gerichts-Ordnung / loco ſupra citato plura dicemus.

Obſervandum eſt ſeptimò, quòd illi parti, quæ præſtitis rationibus 9
debitrix invenitur, dandi ſint pro ſolvendo reliquo quatuordecim dies: Ratio eſt, quia creditor in obligatione pura non ſtatim cum ſacco paratus venire, & confeſtim ad executionem devenire, ſed debitori aliquod tempus ad ſolvendum concedere debet. *l. quod dicimus. 105. ff. de ſolut. gloſſ. in* §. *omnis ſtipulatio. verb. confeſtim. Inſt. de V. O.* ſive poſtmodùm terminus ex honeſtate, ſive ex neceſſitate, ſive juſtitiæ, ſive miſerationis causâ indulgeatur. *Schneidewin. Inſt. quib. alien. li.* Et quamvìs, ut jam ſupra monuimus, DD. ratione temporis non conveniant, gloſſa decem dies determinante, *dict. l. quod dicimus. 105. ff. de ſolut. Perneder. ad tit. Inſt. quibus. mod. oblig. tollitur*: Alijs determinationem judicis arbitrio relinquentibus, *DD. ad dict. l. quod dicimus*: Tamen articulus noſter tempus expreſsè ad quatuordecim dies reſtringit, quod judex excedere non debet. *DD. ad dict. l. quod dicimus.* Ubi dicunt, ceſſare arbitrium judicis, quando terminus à lege præfigitur. Et quoad hoc in tribunalibus noſtris intolerabilis abuſus eſt, ubi terminorum nullus eſt terminus, & plerúmque poſt rem judicatam diutiùs pro ſolutione, & executione litigandum eſt, quàm in ipſa cauſa principali, ut in Summario Proceſſu pluribus locis conqueſti ſumus.

Quæras, an iſte terminus quatuordecim dierum non tantùm quoad 10
ſubditos, ſed etiam quoad extraneos forenſes, & hoſpites præfixus ſit? Ratio dubitandi eſt, quia articulus quoad ſolutionem inter incolam, & extraneum non diſtinguit, licèt in ipſo proceſſu ex diſpoſitione articuli noſtri extraneus, & forenſis citiùs expediendus ſit, quàm ſubditus, & incola. Quoniam incolæ pro proceſſu præfigitur terminus juridicus: Biß auff die negſte Gerichts Verhör: Extraneus autem jubetur expediri, vnaußgeſetzt / id eſt, ſine mora, & intermiſſione: Sed, hoc non attento, putamus, extraneum, & forenſem non minùs in ſolutione, & executione, quàm in ipſo proceſſu mitiùs habendum, & citiùs expediendum eſſe, quàm incolam, ita ut ei ſolutio actutùm, confeſtim, & ſine mora, vnaußgeſetzt / facienda imponi poſſit, quoniam ferè ubique locorum moris eſt, ut in judicijs contra forenſes, vel pro forenſibus contra incolas procedatur de plano, & ſimplici ſine ſtrepitu judicij, & abbreviatis terminis, ut habetur *Tit. 19. Art. 8.* in Land-Rechten / & *Tit. 27. Art. 3.* ubi dicitur, quòd abbreviatio proceſsûs in cauſis forenſium propterea adinuenta ſit, ne hoſpes in itinere ſuo re-

tardetur: Daß der Gast seine Tag-Raiß nit gesaumbt werde / ita, ut de uno meridie ad alteram meridiem audientia esse debeat, ut loquitur *Art. 8. Tit. 19.* Es soll Richter mit Anhörung Klag vnd Gegen-Red von einem Mittag zum andern recht ergehen lassen / wie Gast-Rechtens recht ist.

11 Observandum est octavò, si in ratiocinijs inter actorem, & reum initis quædam sint dubia, & illiquida, ac inter partes litigiosa, & controversa, quòd judex, sepositis illiquidis, in liquidis & indubitatis per executionem, modo, ut diximus, procedere, in illiquidis autem facere debeat, quod juris est; Quamvìs enim *glossa in cap. præsent. verbo. sigillatim de test. in 6.* & alij quidam velint, quòd liquidum, & illiquidum in una positione comprehensa debeant etiam simul terminari, ita ut executio liquidi suspendatur, donec de illiquido judicetur; Hoc tamen alij non concedunt, cùm juri convenientius sit, quòd illiquidum non suspendat repetitionem liquidi. *l. statu liberos. ff. de statu. liberis:* quod articulus noster approbat.

12 Et hinc sequitur, quòd, si debitor partem liquidam realiter offerat, creditor autem illam accipere recuset, donec etiam de illiquido judicetur, quòd debitor purgetur à mora, & ad damnum, ac interesse non teneatur, tametsi de illiquido, in casum succumbentiæ, se tantùm ad solutionem verbaliter obtulerit, quod ita intelligendum est, si realem oblationem actualiter fecerit, & pecuniam, vel rem debitam actualiter oblatam in judicio deposuerit, & pro illiquidis in futurum oblatam verbaliter solutionem fidejussoribus, aut pignoribus corroborare paratus sit, ita intelligo textum in *l. servus si hæredi. 34. §. Imperator. 1. ff. de statu liberis. Andr. Tyraquell. de retract. consang. §. 1. gloss. 19. n. 2.*

Der Ailffte Articul.

Entlehnet jemandt von dem anderen ein Gelt ohne sonderbahre Frist / daß soll er jhm nach seiner Anforderung / in vierzehen Tagen bezahlen. Ob aber der Schuldner solches nit thäte / vnnd der Hinlehyer deß Schaden empfieng / der soll jhm von dem Schuldner widerkehrt werden.

SUMMARIA.

1. *An in quolibet debito terminus 14. dierum ad solutionem sit præfixus?*
2. *An idem terminus pro debito pecuniario ex mutuo constituatur?*
3. *Quando currat iste terminus, à tempore mutui dati, vel repetiti?*
4. *Utrùm hic terminus sit legalis, & currat ipso jure, vel requirat factum hominis, & implorationem mutuantis?*
5. *Qualiter ista imploratio, vel interpellatio fieri debeat, judicialiter, vel extrajudicialiter?*
6. *An morosus mutuatarius teneatur ad omne damnum, & interesse?*
7. *Utrùm tantùm intelligantur expensæ occasione litis factæ, vel etiam damnum extra judicium ex morosa solutionis dilatione proveniens?*
8. *Quid si debitor in casum succumbentiæ se specialiter ad expensas litis obligaverit?*
9. *Quando quis dicatur in mora esse, & quid ad hoc requiratur?*
10. *An morosus mutuatarius damnum, & interesse probare debeat?*
11. *Quid si mutuans plus, quàm quinque per centum petat, an non ab illo probatio requirenda sit, quòd plus lucrari potuerit?*

Brevis est iste articulus, & à nobis sufficienter exsplicatus ad *Artic. 1. hujus Tit.* Ubi diximus, quando in debito pecuniario, vel quovis alio ex mutuo, aut alio contractu de terminis solutionis ex tabulis conventionis

nis constat, quòd ille simpliciter sit observandus: Ratio per se clara est, quia dies conventionis interpellat pro homine. *l. magnum. 12. Cod. de commit. stipul. l. in omnibus. 14. ff. de R. J.* Quando autem in tabulis conventionis de termino solutionis nihil reperitur dispositum, articulus noster in contractu mutui pro termino 14. dies ad solutionem præfigit, quod convenit cum antiquo jure Bavarico *Tit. 28.* §. Umb gelyhen Gelt / cujus explicationem breviter fecimus statim ad initium *hujus Tituli*, & ejus *Artic. 1.* Et licèt ibi, & hìc constitutiones nostræ tantùm loquantur de debito pecuniario ex mutuo, tamen idem obtinet in omni alio debito ex quovis contractu, ut in præcedenti articulo exposuimus. 1

Si quæras, quare ergò hìc pro debito pecuniario ex mutuo constituatur specialis articulus? Respondemus: In priori articulo sermonem fuisse de debito erroneo, illiquido, dubioso, & controverso, & proinde dispositum, ut post separationem liquidorum ab illiquidis per computationem, & calculationem legitimè factam solutio liquidorum intrà 14. dies fieri debeat, hìc autem loquimur de debito certo, illitigioso, quod debetur ex mutuo, & causæ cognitione, examinatione, & dijudicatione non indiget: Potest enim nimis durum videri, ut, si ego alicui amicitiæ causâ pecuniam mutuavero, statim in tam arcto termino pecuniam repetere possim contra textum in *l. continuus. 137. §. 2. ff. de V. O.* Ubi Vinuleus inquit, magìs est, ut totam eam rem (id est quoad terminum restitutionis) ad judicem tanquam ad virum bonum remittamus, qui æstimet, quanto tempore diligens paterfamiliâs possit conficere, quod promisit. Vel meliùs ad nostrum propositum, quanto tempore potuerit pecuniâ creditâ uti, & beneficium sibi factum ad usum, & utilitatem suam convertere, ne, quod creditoris dextera dedit, ejus sinistra statim iterum recipiat. In constituto quidem juxta *l. promissor. 21. §. 1. ff. de constit. pecun.* terminus 10. dierum ad solutionem constitutæ pecuniæ indulgetur, juxta verba Juris-Consulti Pauli dicentis, si sine die constituas, confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas, mox tamen addit, sed modicum tempus statuendum est non minus 10. dierum, ut exactio celebretur: Communiter autem hunc textum ad alios contractus DD. non extendunt, sed potiùs volunt, id judicis arbitrio relinqui. *Godofred. ad l. 105. ff. de solut. Mynsing. ad tit. Inst. de inut. stipulat. §. fin.* 2

Ad hanc igitur difficultatem declinandam in hoc articulo de mutuo statutus est terminus 14. dierum, post quorum lapsum mutuatarius obligatus est, pecuniam mutuatam refundere, nisi in ipso contractu mutui de longiori termino conventum sit: Et hujus rei ratio est, quia mutui datio beneficium amicitiæ est, debet igitur mutuatarius beneficio uti posse, non abuti: Ad usum statuta nostra antiquissima, & recentissima spatium 14. dierum judicârunt sufficiens, &, quia contractus mutui gratuitus est, ex quo nihil commodi in mutuantem redundat, ideò hìc locum habet Regula, sufficit in paucis amici commoditatibus consuli. *l. tutori. 20. Cod. de negot. gest. §. qui tutelam. Instit. de excus. tut.* Nec hìc judicis arbitrium admittitur, cùm in ejus potestate non sit, terminum à lege præfixum immutare, ut ad præcedentem articulum diximus. Confirmatur hoc ex ea ratione, quòd consiliarij ad revisionem novarum constitutionum deputati Serenissimum legislatorem fideliter monuerint, terminum 14. dierum esse satìs angustum, & proinde aliquid judicis arbitrio indulgendum, ipse tamen præterita admonitione rem in terminis antiquis reliquit, ut ita nullum dubium esse possit, quin ipsius mens, & intentio fuerit, ne à judice hic terminus legalis in favorem mutuantis introductus subjaceat potestati judicis.

Intereà notentur verba, Nach seiner Anforderung / quæ significant, 3
quòd pro restitutione pecuniæ mutuatæ terminus 14. dierum non debeat

computari à die mutui dati, sed à die mutui repetiti: Poteſt enim mutuans, ſi velit, mutuatario amicitiæ ſuæ beneficium extendere, & ei patientiam habere, quouſque placet, ſicut viciſſim, ſi tempore contractûs mutui mutuatario induciæ ad multos annos datæ ſint, mutuanti, aut hæredibus ejus poteſtas abbreviandi non conceditur, quod enim ſemel placuit, ampliùs diſplicere non poteſt: Et hujus rei ratio eſt, quia, ut diximus, terminus 14. dierum conſtitutus eſt in favorem mutuantis, ne mutuatarius ſua benignitate abutatur, cuilibet autem liberum eſt, ut favori pro ſe introducto renunciare poſſit, vel expreſsè, vel tacitè, quod poſterius in propoſito contingit, quamdiu mutuans pecuniam mutuo datam non repetit. Sed hæc abuſu peſſimo in curijs noſtris non obſervantur, cùm in debitis liquidiſſimis plerúmque mandata cum clauſulis tribus vicibus expediantur, ita ut mutuans in gratitudinem præſtiti beneficij propter terminorum multitudinem, & infinitatem multis annis litigare debeat.

4 Diximus quidem, hunc terminum legalem eſſe, quem Judex prolongare non poſſit, quod tamen ſecundùm præmiſſa non ita intelligendum eſt, quaſi currat ipſo jure, ut communiter fit in alijs terminis legalibus, peremptorijs, & fatalibus, ubi ad eorum curſum factum hominis non requiritur, V. G. in termino ad appellandum conſtituto, qui eſt trium menſium, hic enim continuus, & adeò peremptorius eſt, ut, nemine petente, vel lapſum termini accuſante, ſententia tranſeat in rem judicatam, aliud eſt in hoc termino 14. dierum, quia ille non currit, niſi factum hominis accedat, id eſt imploratio mutuantis, quando enim ſuam voluntatem pro repetitione pecuniæ mutuo datæ non declarat, cenſetur beneficium ſuum extendere, & mutuatario longiorē fidem ſolutionis præbere: Et hinc eſt, quòd, tametſi à die mutui non tantùm 14. dies, ſed integer annus excurriſſet, ad mutuantis implorationem mutuatarius non ſtatim, & confeſtim ad ſolutionem compelli poſſit, ſed eidem à die implorationis adhuc 14. dies concedi debeant, ut ſibi de pecunia ad faciendam ſatisfactionem mutuanti circumſpicere, & providere poſſit: Verba noſtri articuli clara ſunt, nach ſei-
5 ner Anforderung. An autem hæc imploratio, petitio, vel requiſitio debeat eſſe judicialis, vel ſufficiat extrajudicialis? Reſpondemus, extrajudicialem interpellationem ſufficere: Ratio eſt, quia illa tantùm requiritur ad debitorem conſtituendum in mora, ſi ergò mutuans legitimè interpellationem extrajudicialiter factam eſſe probare poſſit, debitor intrà 14. dies ſolvere debet etiam ſine juſſu, & mandato judicis, aliàs eſt in mora, ut articulus noſter in fine dicit: Et quia mora culpæ ſpecies eſt. *l. 91. §. & paſſim. ff. de V. O.* facit aliquem teneri ad omne damnum, & intereſſe. *l. quamvis. §. ſi creditor. ff. de pignor. act.*

6 Ultimum hujus articuli eſt, quòd mutuatarius moroſus teneatur ad omne damnum, & intereſſe, de quo ſupra ad *Articulum 1.* ab initio uſque ad V. *ſecundum eſt*, jam plura diximus, & quia hîc propria ſedes eſt hujus materiæ, in compendium reducemus eam, totam enim hujus thematis materiam fuſiùs explicandi ratio inſtituti noſtri non patitur, ne opus excreſcat in immenſum.

Dicimus igitur primò, tametſi ultra ſortem ex mutuo nihil peti poſſit ſine crimine uſuræ, poteſt tamen peti damnum, & intereſſe, quod mutuatarius ex mora ſua cauſavit.

Dicimus ſecundò, hoc non ſolùm eſſe intelligendum de intereſſe damni emergentis, ſed etiam lucri ceſſantis.

7 Dicimus tertiò, hæc non tantùm intelligenda eſſe de litis expenſis, vel damno, & intereſſe, ratione & occaſione litis proveniente, ſed etiam de omni alio damno extra judicium ex moroſa ſolutionis dilatione exiſtente, prout articulus præſens de damno ex lite orto nullam mentionē facit,

qua-

qualem tamen fecit *Articulus 1.* : Ratio eſt, quia ibi ſolummodò agebatur de debitore moroſo litigioſo, hìc verò de debitore moroſo, certo, & confeſſato. Si igitur debitor moroſus, qui litigioſus non eſt, tenetur ad omne damnum, & intereſſe, cur non magis litigioſus, qui in mora eſt? De quo videbimus in ſequenti articulo.

Dicimus quartò, damnum, & intereſſe ex mora deberi, ſive ita à debitore ſpecialiter promiſſum fuerit, ſive non, cum hac tamen diſtinctione, ut in debito litigioſo, quando debitor juſtam cauſam contradicendi habuit, & propterea à litis expenſis abſolutus fuit per ſententiam, ad damna, & intereſſe occaſione litis orta non obligetur; Niſi ſpecialiter ſe in caſum ſuccumbentiæ ad creditorem indemnem ſervandum, & omne intereſſe reſarciendum obligaverit. 8

Dicimus quintò, ut quis poſſit dici in mora eſſe, requiri, ut certum terminum habuerit ad mutuum reſtituendum, & illum neglexerit, tunc enim dies interpellat pro homine, quando autem mutuum datum eſt ſine præfixo termino reſtitutionis, diſtinguitur, an lex aliqua ſcripta talem præfigat, vel non? Prout noſter articulus terminum quatuordecim dierum ponit. Si in ſtatutis ſingularium locorum nullus terminus certus invenitur ad ſolutionem conſtitutus, id judicis arbitrio relinquendum eſt, ſi autem à ſtatuto præfixus eſt, deficit officium judicis, & conſequenter, qui poſt terminum à judice, vel lege datum ad interpellationem creditoris ſolutionem differt, & negligit, eſt in mora, & culpa, ex qua ad omne damnum, & intereſſe tenetur. Hæc omnia ad *Artic. 1.* & *Artic. præced.* ſufficienter explicavimus. 9

In hoc tantùm D. Balthaſar ad hunc articulum dubium movet conſiderabile. An ſcilicet mutuatarius moroſus damnum, & intereſſe probare debeat? Nos diſtinctionem facimus inter probationem damni, & inter probationem quantitatis ejus, ſi mutuans nullam damnificationem allegare, aut probare poteſt, quia fortè pecuniam mutuo datam duntaxat otioſam in ciſta habiturus fuiſſet, tunc certè ſine vitio uſuræ nihil petere poteſt, ſi vero damnum alleget, & cauſam prætendat, quòd pecuniam ſuam ad emptionem bonorum, negotiationem, vel collocationem ad uſuras, & cenſus legitimos applicare potuerit, juxta dicta ad *Artic. 1.* conſuetum, & non tantùm in univerſo Imperio Germanico, ſed etiam in Patria noſtra ſpecialiter receptum intereſſe quinque per centum præſtare debebit; Et hac in parte præſumptio eſt pro creditore, cùm nemo cenſeatur tam deſes eſſe, ut non ex centum quinque per annum fructificare poſſit, ſi itaque mutuatarius negat, creditorem hoc intereſſe conſuetum, & approbatum juſtâ conſcientiâ petere poſſe, ipſius inſcitiam, pigritudinem, aut ineptiam probare debebit. Aliud autem eſt, ſi creditor ratione damni, & intereſſe plus, 10 11 quàm quinque per centum petat, tunc ab ipſo evidens probatio requirenda eſt, aliàs ultra quantitatem decem per centum nulla ei fieri debet adjudicatio, quemadmodùm hæc omnia explicavimus ad *Articulum 1.* & ipſe D. Balthaſar optimè ſcit, quòd in Collegio Aulico, ubi Aſſeſſores fuimus, ex capite moræ creditoribus quinque per centum adjudicaverimus, tametſi non probaverint, quòd quinque per centum annuatim lucrari potuerint. Ipſe *D. Balthaſ. loc. cit.* fatetur, Senatum Spirenſem indifferenter ſolere creditoribus quincunces ratione intereſſe adjudicare.

Nec obſunt verba articuli noſtri, **Unnd der Hinleyher deß Schaden empfieng /** nam ex ijs ſententia D. Balthaſaris, quòd è contrario creditor nullum intereſſe moræ prætendere poſſit, niſi quantitatem expreſsè verificet, non probatur: Quia articulus hoc non habet, & ex prædictis quantitas quinque per centum ex notoria conſuetudine præſumptivè admittitur. Quis enim obſecro, creditori non plus, quàm quinque per centum petenti ob-

jicere

jicere audet, quòd tantum lucrari non possit, cùm litteræ censuales quotidiè pro viliori pretio venales circumferantur, ita ut etiam cæcus, surdus, & mutus, stupor, & stultus pro nongentis florenis mille comparare, & sic non tantùm quinque, sed sex per centum lucrari possit. Fortiùs stringit *1. Artic. hujus Tituli*, qui videtur statim ab initio semper specificam probationem damni requirere: Sed jam Respondimus ibidem, specificam probationem fuisse necessariam, antequàm in constitutionibus Imperialibus in Patria nostra notoriè receptis quantitas quincuncis per centum publicè fuit admissa.

Plura de mutuo, ejus substantialibus, & naturalibus, de valore monetæ, & ejus mutatione non disputabimus, cùm articulus præsens nullam occasionem subministret, & aliàs intentio nostra non sit, longiùs deviare, ne opus nostrum tædiosum fiat, de his quæstionibus nummarijs tot scripserunt DD. ut ad quamlibet occurrentiam ex ijs facilis decisio haberi possit.

Der Zwölffte Articul.

WEr gelyhenes Gelt ablaugnet / vnnd sich deßhalb für Recht last bringen / wird er überwisen mit dem Rechten / der soll dem Kläger sein Gelt wider geben / vnnd den Schaden darzu abthuen / als vor geschriben stehet / Auch dem Gericht darzu in die Straff gefallen seyn.

SUMMARIA.

1. *Ad quid teneatur debitor pecuniam debitam malitiosè negans, sed posteà convictus, & condemnatus?*
2. *An non pœna arbitrio judicis de jure statutario relinquatur?*
3. *An talis abnegans non incidat in crimen stellionatûs, & quomodò in Bavaria sistatur quæstoribus, & fiat infamis?*
4. *Quid si hæres debitoris debitum abneget, an ab hac pœna excusetur?*
5. *Quid si hæredi instrumentum obligationis exhibeatur, & sic in mala fide constituatur?*
6. *Quando hæres per testes fuit convictus, an non rectè in expensas condemnetur, quæ post didicita testimonia facta fuerunt?*
7. *Cùm de Jure Communi abnegans in duplum condemnetur, an hac pœna adhuc in usu esse possit?*

INscriptio hujus articuli in Reformatione de Anno 1588. sonat: Umb behabt Gelt-Schuld / noster articulus verò, vmb abgelaugnet Gelt-Schuld. Verba quidem diversa sunt, sed sensus eorum est idem, nam verbum, behaben / significat, mit Recht gewinnen / oder aberhalten: Præsupponit igi-
1 tur articulus reformationis, aliquem de pecunia mutuo data conventum negâsse debitum, sed in lite fuisse convictum, & proinde quæstionem esse, quid juris sit contra ejusmodi debitorem pecuniam debitam malitiosè negantem? Et respondet articulus, illum primò, teneri ad restitutionem pecuniæ, quod per se clarum est, vi rei judicatæ: secundò, quòd teneatur ad omne damnum; Quod convenit cum *Artic. 1. & 11. hujus Tit.* Addimus nos, quòd etiam teneatur ad expensas litis, de quo diximus *Tit. 11. Art. 8. & 9.* deß Summarischen Proceß / quia expensæ judiciales etiam damnorum nomine continentur. Tertiò, incidere in pœnam temerè abnegantis. In reformationis articulo jubetur taliter abneganti imponi pœna civilis nummorum 72. Articulus autem noster pœnam non determinat: Ex
2 quo sequitur, illam judicis arbitrio relictam esse, ut igitur quæstio sit, quo usque ex dispositione juris communis arbitrium suum extendere possit?

Et

Et Respondemus, distinguendum esse, an ipse debitor, qui V. G. pecuniam mutuò accepit, debitum abnegaverit, vel an hæres ejus: Si ipse mutuatarius tam effrons sit, ut debitum à se contractum abneget, cùm ignorantia in facto proprio intolerabilis sit: *l. quanquàm. 7. ff. ad Vellej. l. item quæritur. 13. §. si fullo. & l. sed addes. 19. ff. locati.* Talis habetur pro temerario, & doloso abnegante, & proinde incidit in crimen stellionatûs, & idcircò extra ordinem pro qualitate, & gravitate circumstantiarum puniendus est. In nostra Patria observatum vidimus, ut ejusmodi dolosi, 3
& malitiosi inficiatores quæstoribus sistantur ad puniendum, quæ pœna quæstoralis infamiam, si non juris, saltem facti irrogat, ita, ut habeantur pro criminaliter punitis, & notam aliquam infamiæ contrahant, nec cum viris integris & honestis ad ferendum testimonium admittantur, vel admissi non habeantur pro testibus omni exceptione majoribus. Ratio per se clara est, quia dolus delictum est, quod infamat, &, licèt aliquando contingere possit, ut quis cursu longi temporis proprij facti ignarus fiat, tamen, cùm id non præsumatur, rectè talis abnegans subjicitur pœnæ quæstorali, ut, si non veram infamiam juris, saltem ejusmodi notam incurrat, quæ ipsius famam gravet. Optaremus profectò, ut hæc constitutio strictiùs observaretur, cùm hodierno tempore debitores ad hoc turpissimum crimen abnegationis pronissimi sint, & tamen, postquàm convicti, & in omne damnum, interesse, & expensas litis condemnati sunt, adhuc inter viros honestos integræ vitæ, & famæ tolerantur. Nobis ipsis contigit, ut cum aliquo debitore ex mutuo 10. integris annis litigaverimus, qui, posteaquàm fuit victus, & convictus, in expensas litis ac viginti annorū interesse cum restitutione omnis damni condemnatus, ne malo verbo quidem à judice correptus, multò minùs aliquâ pecuniariâ mulctâ punitus fuit, quam certè pro qualitate circumstantiarum pessimarum non minorem ipso debito meritus fuisset.

Aliud est, si hæres mutuatarij, vel alterius debitoris debitum neget; 4
Is enim, cùm versetur in ignorantia facti alieni, quæ probabilis est, excusatur à dolo, & proinde per negationem, aut inficiationem nec pœnam, nec condemnationem in expensas litis incurrit. *l. qui in alt. ff. de reg. juris. l. ult. ff. pro socio.* Et hinc cautela est, ut hæredi debitum neganti statim 5
exhibeatur instrumentum obligationis, ut constituatur in mala fide; Post quam exhibitionem, si protervè in negatione persistat, non minùs ac ipse debitor pro qualitate circumstantiarum puniri, ac in omne damnum, & litis expensas condemnari potest. In nostris curijs laudabilis consuetudo 6
est, si hæres debitoris non per instrumentum debitoris, sed per testes de debito convincatur, quòd quidem non in omnes expensas litis, sed tantùm in eas condemnetur, quæ post didicita testimonia factæ fuerunt, per rationem, quòd usque ad publicationem testimoniorum hæres præsumatur in justa ignorantia facti alieni fuisse, postquàm autem ex testimonijs, & depositionibus testium, vel cognovit, vel cognoscere potuit, se ex hæreditate sibi delata debitorem esse, in mala fide constituitur, & consequenter, si ab ulteriore lite non abstinet, in illas expensas justè condemnatur, quæ post publicationem attestatorum temerariè causatæ sunt.

Habemus quidem textum expressum in *auth. contra qui. Cod. de numer. pecun.* ubi is, qni propriam scripturam, quâ convenitur, abnegat, de mendacio convictus jubetur in duplum condemnari: Sed hæc authentica apud nos in usu non est, fortè propterea, quia illud duplum veniebat in actionem, quâ debitor tenebatur, ut ibi explicat glossa, & parti applicanda: Hodierno tempore autem compendia mulctarum, & pœnarum conferuntur in fiscum, & proinde judicis arbitrio committuntur; Quin autem judex arbitrium suum usque ad duplum extendere possit, non dubitamus, si tam malæ circumstantiæ interveniant, quæ malitiosum, & fraudulentum 7

animum tali pœna dignum demonstrent, ut in præcedente exemplo exaggeratum est. Videatur *D. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 48.*

Possent hîc multa dici de temerario, & mendaci denegatore numerationis ex causa mutui, & dotis, vel etiam solutionis factæ, sed, quia articulus noster de ijs nihil dicit, & de exceptione non numeratæ pecuniæ jam alibi, in dem Gandt-Proceß / quædam præmisimus, & aliqua subsequentur, hîc ab ulteriore excursione abstinemus.

Der Dreyzehendte Articul.

WEr ein Frist von wegen einer Schuld beweisen will / das mag er thuen / wo er nit ander Zeugnuß / oder Urkund hat / mit einem zu jhm / der weder Thail noch Gemain daran habe / vnd schwäre mit jhme / daß jhm wahres Wissen sey / daß die Frist also stehe / vnd geben worden / wie die anzaigt ist. Wo er aber deß Tags / den Zeugen so bald nit haben mag / so soll man jhm auff denselben seinen Zeugen / ferrer Tag geben / wie recht ist.

SUMMARIA.

1. *Quando, & quot modis aliquis plus petere dicatur?*
2. *Ad hoc, ut aliquis exceptionem tempore plus petentium opponere possit, quis concessionem induciarum probare debeat?*
3. *An ad istam probationem testimonium unius testis non sufficiat, si debitor simul juret?*
4. *Quid contra personam testis, & ejus testimonium excipi possit?*
5. *Quæ sit pœna tempore plus petentium?*
6. *Cùm pœna sit duplicatio termini, an totus terminus, vel id, quod ex termino decurrit, duplicandum?*
7. *Ad hoc, ut pœna ista locum habeat, an requiratur judicialis petitio, & quid si creditor ante litem contestatam pœniteat, & desistat?*
8. *Quid si debitor sua bona dilapidet, teneturné creditor lapsum termini exspectare?*
9. *Si pœna ista non petatur à parte, an judex ex officio supplere possit?*
10. *An fiscus hanc pœnam incurrat?*
11. *Quid si clausula* salvo jure superflui, salvo jure pluris, *vel* minoris, *fuerit addita?*
12. *Quid si creditor minorem, debitor verò majorem terminum malitiosè prætendat?*
13. *Quando testis est absens, vel legitimè impeditus, an debitori ad illum producendum alius dies juridicus constitui debeat?*

1 SIcut ferè omnes articuli hujus tituli desumpti sunt ex antiquioribus statutis Bavaricis, ita etiam iste, & de verbo ad verbum transscriptus est ex Reformatione de Anno 1588. Casus articuli hic est, si V. G. mutuatarius, vel quicunque alius debitor conventus non quidem neget ipsum debitum, sed neget, se modò, sive nunc debere, cùm fortè statim ab initio contractûs sibi pro solutione certos terminos, Gewise Fristen / pactus fuerit, vel, si in ipso quidem contractu nulla terminorum mentio facta fuit, creditor tamen ex postfacto illos ultrò concesserit, tunc enim reus conventus actori rectè opponit exceptionem plus petentium. Notum enim est, quòd aliquis quatuor modis, videlicet re, tempore, loco, & causâ plus petere possit. §. *si quis. 33. vers. plus autem. Inst. de act.* Nobis animus non est, hanc materiam fusiùs interpretandi, cùm id articulo nostro non conveniat,

veniat,

veniat, ſed ille ſolùm loquatur de eo, qui plus tempore petit; nam, qui debet tantùm ad certum diem, ante illius exiſtentiam conveniri non poteſt. *cap. uni. x. de plus petit.* Quemadmodùm itaque debitor, qui tardiùs ſolvit, creditori utilitatem temporis, ſeu diei, quæ pars ſummæ dicitur, præripit, *l. ſi ſterilis. 21. §. ſi tibi. 4. ff. de act. empt.* ita etiam creditor ante tempus petens utilitatem temporis conventi, vel aliàs indulti, debitori adimit, & hinc, qui ante diem agit, malè agit, adimit enim adverſario ſuo utilitatem temporis. *l. un. in fine. §. final. ff. quando dies uſusfructûs cedit.* Si itaque mutuans præmaturè ante exiſtentiam termini, ſive diei ad ſolutionem in prima conventione conſtituti, vel ex poſt facto amicabiliter indulti, vel prorogati, pecuniam ſibi debitam repetit, inutiliter agit, cùm eidem opponi poſſit exceptio plus petentium tempore, de qua videri poteſt *Donell. Zanger. de except. part. 2. cap. 11.*

Quia tamen conceſſio terminorum ad ſolutionem, vel horum prorogatio facti eſt, debitori convento incumbit probatio, ut vel ex inſtrumento conventionis, vel teſtibus, aut alijs legitimæ probationis adminiculis demonſtret, ſibi vel in inſtrumento contractûs, vel ex poſt facto ex bona voluntate debitoris pro ſolutione certas inducias, quas comuniter terminos vocamus, conceſſas, vel de novo prorogatas fuiſſe. 2

Hoc autem videtur articulus noſter ſpeciale habere, quòd in caſu, quo nihil in tabulis conventionis de terminis ſolutionis reperitur conventum, nec aliàs debitor per teſtes, aut alia adminicula plenam probationem habere poſſit, ſufficiat etiam teſtimonium unius teſtis, ita tamen, ut debitor ſimultaneè cum teſte juret, ejuſmodi inducias, vel ex jure primæ conventionis, vel ex benevolentia ſpontanea creditoris ex poſt facto impetrata ſibi competere. In effectu tamen ſpeciale ſive ſingulare aliquid non eſt, cùm in *Art. 19. Tit. 7.* deß Summariſchen Proceß / pluribus demonſtraverimus, quòd per unum teſtem omni exceptione majorem ſemiplena probatio fiat, quæ per juramentum partis perficitur. 3

Non putamus igitur, nos errare, ſi dicamus, debitori inducias allegan- 4
ti, & per unum ſolum teſtem probanti objici poſſe omnes illas exceptiones, quæ juxta dictum *Artic. 19.* deß Summariſchen Proceß / contra ſemiplenam probationem opponi poſſunt. Hinc, etſi articulus in perſona teſtis tantùm hoc requirat, ut in lite nullam partem, aut comunionem habeat: Das er weder Thail noch Gemain daran habe: Quia tamen plures aliæ, & infinitæ quaſi cauſæ ſunt, quæ perſonam teſtis, & teſtimonium ejus, ſi non infringant, certè multùm diminuant, & vacillare faciant, vix dubitare poſſumus, non ſolam cauſam partis, aut communionis in hoc articulo expreſſam, ſed etiam alias à nobis in dicto *Artic. 19.* enumeratas obſervandas eſſe. Interim fatemur, quòd judex tam rigidus, & exactus eſſe non debeat, quia in probanda conceſſione, vel prorogatione alicujus termini agitur de levi, vel certè minori præjudicio, quàm ſi lis ſit de ipſa debiti quantitate, & ſubſtantia.

Quæres, quæ pœna ſit creditoris, debitum ante temporis lapſum repetentis? Et videri poſſet, quòd incidat in pœnam ſtellionatûs, quia, ut in priori articulo diximus, debitor, qui contra proprium factum, conventionem, & obligationem, debitum negat, crimen ſtellionatûs comittit, ergo etiam creditor, qui contra proprium factum, conventionem, & obligationem ante lapſum termini conceſſi debitorem convenit, in crimen ſtellionatûs incidit, cùm in effectu id neget, ad quod ex proprio facto, & conventione obligatus eſt: Sed nos Reſpondemus, quòd is incidat in pœnam plus petentium tempore, quæ eſt, ut duplicentur debitori induciæ, ne priùs creditori cogatur reſpondere, vel litem ſuſcipere, etiam poſt elapſam duplicem dilationem, antequàm ipſi ſolvantur omnes expenſæ litis. §. *penult.* 5

Inst. de except. & §. 13. §. etsi quidem. Inst. de plus petit. cap. un. ext. de plus petit. Zanger. loc. cit. Quia igitur hæc pœna de jure determinata est, frustra recurritur ad pœnam stellionatûs, cùm illa tantùm locum habeat in delictis incertis, quæ proprium nomen, & vindicationem non habent: Deinde, qui ante tempus petit, non negat debitum, non est igitur intrà negantem debitum, & plus tempore petentem facienda comparatio.

6 Sed quid dicendum, duplicaturné totus terminus, vel tantùm id, quod ex termino nondum decurrit? E. C. Mutuatarius pro solutione habuit terminum unius anni, postquàm autem dimidius annus decurrit, creditor solutionem petit: Quæritur igitur, an tantùm dimidius annus, qui restabat, duplicandus sit, vel totus annus, & sic in effectu totus terminus? DD. inter se non conveniunt. *Zanger. loc. cit. n. 11.* & *Mynsing. ad dict. §. 33. versic. etsi. num. 6.* integrum terminum, & sic totum annum duplicandum esse existimat: Sed nobis cum *D. Manzio. ad eundem. §. num. 50.* contraria opinio, id solùm, quod ex termino restat, id est dimidium annum duplicandum esse, æquitati magìs consentanea esse videtur, quia in quo quis peccat, in eo puniendus est, sed in medio anno decurso creditor nihil peccavit, ergò: Deinde in pœnalibus semper mitior sententia est amplectenda, quam & ipse *Mynsing.* alibi, nempè in §. *hodie. Instit. de except.* sibi contrarius approbat.

7 Potest tamen creditor ante litis contestationem pœnitere, & ab actione desistere. *cap. un. ext. de plus petit.* per rationem, quam *Mynsing. loc. cit. num. 5.* addit, quia ante litem contestatam aliquis non dicitur petere, sed petere tantùm voluisse, & actio non est, ubi non est litis contestatio: *Gail. 1. observ. 74. per tot.* modò sumptus litis, & damna, si quæ debitor propter præmaturam petitionem incurrit, refundat. *Zanger. loc. cit. num. 14.* Ex quo sequitur, quòd ad hoc, ut creditor incidat in pœnam plus petentium, non sufficiat extrajudicialis tantùm interpellatio, sed judicialis actio, & conventio, adeóque ut petitio fuerit facta in judicio, & lis desuper contestata. *Venator. in Analosi sua. de plus pet.*

8 Sunt autem quidam casus, in quo pœna plus petentium locum non habet: Primus, & frequens est, si debitor sua bona dilapidet, & creditor timeat, si lapsum termini exspectet, ne actio ipsius suo tempore adversùs inopem futura sit inanis, tunc enim, etsi dies præstandæ pecuniæ non venerit, potest creditor debitorem convenire, & cautionem petere. *Mynsing. in dict. §. hodiè. n. 2. Inst. de actionibus, sive except.* Imò juxta *Art. 2. & 3.* Si creditor copiam judicis habere non possit, & debitor sit fugitivus, vel de fuga suspectus, potest creditor eidem manus injicere, & detentum judici ad incarcerandum sistere, donec per cautionem fidejussoriam creditori securitatem præstet, ut supra ad prædictos articulos pluribus exsplicavimus.

9 Secundò, pœna plus petentium non incurritur ipso jure, sed ad petitionem partis: Hinc, si in proposito exemplo ponas, debitorem, qui annalem dilationem habuit, post dimidium annum fuisse conventum, ab illo verò exceptio plus petentium non opposita, judex sine omni hæsitatione eum ad solutionem condemnare debet; Sustinetur enim judicium, quia ipso jure nata est actio ante existentiam diei, sive termini, & sibi debitor imputare debet, qui beneficio exceptionis congruo tempore non est usus, multa enim juris beneficia sunt, quæ non aliter competunt, nisi legitimè opponantur. *Gail. 2. observ. 27. num. 5.* Licèt *Zanger. loc. cit. num. 12.* sufficere velit, si judici, vel ex confessione adversarij, vel ex instrumento de concessione termini, sive dilationis constet, de quo tamen nobis dubium est, cùm judex non debeat judicare ex privata scientia, sed ex alle-

gatis,

gatis, & in jure probatis: Nec ſupplet exceptiones partiũ, quæ facti ſunt. *l. un. Cod. ut quæ deſunt., &c.*

Tertiò, fiſcus non incidit in pœnam plus petentium tempore, ex ſin- 10
gulari privilegio publicæ neceſſitatis, quia ſemper egere præſumitur, & ſic præmaturè debitores fiſcales convenire poteſt, ne bonum publicum patiatur.

Quartò, deficit pœna plus petentiũ, ſi in fine libelli addita fuit clau- 11
ſula, *ſalvo jure ſuperflui.* Ita *Zanger. loc. cit. n. fin.* Vel *ſalvo jure pluris*, vel *minoris. Mynſing. ad dict. §. 33. verſ. plus autem. n. 2.* Quamvìs alij hanc clauſulam non admittant, creditor enim in facto proprio verſans petitionem ſuam ſecundùm propriam ſcientiam, & conſcientiam dirigere, & eam nullis fallacijs irretire debet.

Et hinc quintò, quorundam opinio eſt, ſi creditor malitiosè terminum 12
neget, vel minorem datum aſſerat, viciſſim verò debitor majorē terminum malitiosè, & dolosè prætendat, quòd dolus cum dolo compenſetur. *l. ſi duo. 36. ff de dolo malo.*

Ultimò, addit articulus, quòd, ſi debitor conventus teſtem illum uni- 13
cum, & ſingularem, de quo modò diximus, in continenti habere non poſſit, fortè quia abſens, aut ex alia legitima cauſa impeditus eſt, debeat debitori alius dies juridicus conſtitui, in quo ſuum teſtem producere, & medio juramento ſuo dilationem probare poſſit. Cùm enim in prioribus dixerimus, terminum 14. dierum ad ſolutionem ipſo jure præfixum, legalem, & à judice non eſſe prorogabilem, dubitari potuit, an, ſi in termino 14. dierum debitor aſſertionem de termino ſibi indulto non probaverit, ſine ulla dilatione, aut prorogatione judicis ſtatim ad ſolutionem condemnari debuerit? Et articulus noſter facit hanc limitationem, ut ob legitimam teſtis abſentiam, vel impedimentum alius terminus conſtitui poſſit, in quo depoſitio teſtis audiatur, & debitoris juramentum ſuppletorium ſuſcipiatur, intellige, juris ordine obſervato, & citato priùs creditore tanquam parte adverſa. Obſervandum tamen eſt, quòd articulus ulteriorem teſtis productionem non differat ad proximum diem juridicum, auff den negſten Verhörs-Tag / qui ſubinde maximè in parvis præfecturis, & hoffmarchijs in aliquot menſes protrahuntur, juxta *Tit. Summ. Proceſſ. 4. & præcipuè Art. 8.* Sed diſponat hoc ſolum, ut alius dies præfigatur, ne examinatio teſtis, & per illam inutiliter cauſa protrahatur.

Der Vierzehendte Articul.

VErgunnen der maiſte oder gröſſere Thail der Glaubiger (zuverſtehen / nit der Anzahl: ſonder Gröſſe der Schulden nach) da ſie deßhalben zuſammen kommen / oder von der Obrigkeit erfordert worden / dem Schuldner länger Zahlungs-Friſten / oder thuen jhm an der Schuld einen Nachlaß / So müſſen auch die andere Glaubiger darein bewilligen. Doch iſt ſolches allein von den jenigen Glaubigern zuverſtehn / welche kein Underpfandt vmb jhr Schuld haben / Dann wer verſchriben Underpfandt hat / der iſt nit ſchuldig / neben anderen Glaubigern / dem Schuldner Friſten zegeben / oder einen Nachlaß zethun.

SUMMARIA.

1. Quotuplicis generis ſint litteræ moratoriæ?

2. & 4. Si major pars creditorum inducias conceſſerit, an minor

nor etiam eas admittere debeat?

3. An induciæ tempus quinquennij excedere possint?

5. Utrùm major pars debeat computari secundùm numerum personarum, vel debitorum?

6. Quid si numerus debitorum sit æqualis, an non posteà præponderet numerus personarum?

7. Quid si uterque numerus sit æqualis, an non ij præferendi, qui dignitate alios præcellunt?

8. Quando autem omnimoda æqualitas adest, quid tunc faciendum?

9. An unius pupilli plures tutores, vel curatores, item & correi constituant diversas personas in numero?

10. Si unus debitor plura instrumenta obligationis pro debito habeat, an nihilominùs habeatur pro unica persona?

11. An etiam in remissione, uti in concedendis inducijs, major vel minor pars creditorum spectari debeat?

12. Utrùm in dilatione à majori parte creditorum concessa nulla sit differentia inter hypothecarios?

13. An non ista differentia facienda in creditoribus remissionem in debito facientibus?

14. Quid si omnes creditores sint hypothecarij, an non saltem tunc major pars remissionem facere possit?

15. An non major pars hypothecariorum potius, & antiquius jus habentium minori parti minùs privilegiatorum præferatur?

16. An dilatio, & remissio debitori concedenda, qui suâ culpâ solvendo esse desijt, vel qui fortunæ vitio ad inopiam devenit?

17. An de jure statutario hypothecarijs concessio remissionis, vel dilationis à majore parte facta præjudicet?

18. Quid si major pars debitori totum debitum remittat, an ad hoc etiam minor teneatur?

19. Quid si minor pars probet, majorem iniquè consensum dedisse?

20. Quid si probet, debitum unum, vel alterum ex creditoribus majoris partis esse fictitium?

21. An minor pars teneatur sequi judicium majoris, loquendo de creditoribus chyrographarijs privilegiatis?

22. Quid si minor pars debita jurata habeat?

23. Quid si debitor solvendo sit, teneturné adhuc minor pars, quæ debita jurata habet, consentire?

24. Quando debitor obæratus de recenti merces emit, an etiam novus creditor majori parti assentire debeat?

25. An requiratur, ut omnes creditores conveniant, vel extrajudicialiter, vel judicialiter citati?

26. In quo conventio judicialis sit melior, & utilior?

27. Si creditores extrajudicialiter convenerunt, an desuper decretum judicis sit necessarium?

28. An requiratur, ut debitor paratus sit bonis cedere, quando dilationem, vel remissionem non impetrat?

29. Et in cujus electione consistat, debitoris vel creditorũ cessionẽ admittere, vel dilationem, & remissionem indulgere?

30. Utrùm falliti, & decoctores, &c. digni sint beneficio majoris partis creditorum dilationem, vel remissionem facientium?

31. An creditor dissentiens saltem non possit convenire in solidum fidejussorem?

32. An debitum remissum tam à consentientibus, quàm dissentientibus repeti possit, postquàm debitor ad pinguiorem fortunam devenerit?

1 VLtimò articulus noster addit unum remedium, quo debitor se à solutione, & executione liberare potest, per litteras scilicet moratorias, quæ duplicis generis sunt, aliæ enim conceduntur à Principe, & aliæ conceduntur ab ipsis creditoribus: De primis articulus noster nihil disponit, fortè propterea, quia plures DD. hujus opinionis sunt, quòd potestas concedendi litteras moratorias vulgò Quinquenell - oder Anstandt-Brieff / soli Imperatori competat, & ad cœteros Principes, qui in suis territorijs Imperatoris loco sunt, extendi non possit, de qua quæstione nos manum de tabula subducimus: De secundis moratorijs in exsplicatione hujus articuli no-

nobis sermo est. Et illæ sunt iterum duplicis generis : Primæ, quæ debitoribus tantùm ad dilationem solutionis. Secundæ, quæ dantur etiam ad remissionem certæ partis ex contractis debitis.

Quod attinet ad primam distinctionis partem de moratorijs ad nudam dilationem concessis, nullum dubium est, quin, si major pars creditorum inducias concesserit, minor pars easdem quoque admittere debeat, textus est expressus in *l. cum solito. 8. Cod. qui bon. ced. poss. Nicol. Everhard. Jun. cons. 7. n. 30. vol. 1. Menoch. de arbitr. jud. casu. 203. n. 11. Stracha. de mercat. rubr. de decoct. part. 6. num. 5. Wehner. in observ. pract. Verbo.* Anstands-Brieff. Ubi rationem assignat, quia non solùm debitorum, sed etiam creditorum gratiâ conceduntur induciæ, ut scilicet debitores ad frugem redeant, & locupletati bonis, posteà creditoribus meliùs satisfacere possint. 2

Requiritur autem primò, ut induciæ tempus quinquennij non excedant, text: in dict: *l. cum solito. 8. juxta verba. si quidam ex creditoribus voluerint quinquennales dare inducias :* Ratio est, quia ipse Imperator longiores inducias, quàm ad quinquennium concedere non solet, imò concedere non debet, juxta text: in *Constit. Imper. de Anno 1548. Tit.* Von verdorbnen Kauffleüthen. §. Daß ihnen. Per rationem, cùm ejusmodi concessio sine gravi partis præjudicio non fiat. *l. 2. Cod. de prec. Imper. offer.* Multò minùs ergò id majori parti creditorum licebit. *Besold. in thesaur. verb. quinquenell.* 3

Requiritur secundò, ut tales induciæ concedantur à majori parte creditorum, licèt enim alias Regula sit, id, quod omnes tangit, ab omnibus approbandum esse. *cap. quod omnes. 29. de R. J. in 6. l. fin. Cod. de auct. præst.* Tamen humanitatis ratione in proposito receptum est, ut stetur majori parti creditorum adversùs reliquos, ne debitor ad flebile, & lamentabile beneficium cessionis bonorum urgeatur, *Heinrich. Canis. ad dict. Reg. 29. in 6.* Deinde, cùm juris sit, quando plures creditores partem crediti debitori omninò remittunt, quòd id etiam ad minorem partem creditorum non remittentium porrigatur, ut paulò post sequetur, ergò etiam concessa dilatio majoris partis porrigi debet ad partem minorem, cùm majus præjudicium sit, remittere partem debiti, quàm nudam dilationem indulgere. *Manz. in patrocin. decad. 4. quæst. 10. n. 8.* ubi plures citat. 4

Requiritur tertiò, ut major pars non debeat computari secundùm numerum personarum, sed secundùm cumulum debitorum, per text: in dict: *l. cum solito. 8. C. qui bon. ced. poss. & l. 8. ff. de pactis.* Cum quo convenit articulus noster, in Verb: (zuverstehen nit der Anzahl / sonderen Grösse der Schulden nach.) Rationem dat *Ulpianus. in dict. l. 8. ff. de pactis.* Quia majorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit, adeóque sive par, sive dispar, & discrepans numerus creditorum sit, amplior debiti cumulus minori summæ præfertur. Exemplum pone, quòd aliquis debeat decem creditoribus decem millia florenorum, & quidem sex eorum quatuor millia, reliquis quatuor verò sex millia : In hoc casu, si isti quatuor debitores, quibus sex millia debentur, quinquennales inducias debitori concedant, sex reliqui creditores, tametsi numero plures sint, ad easdem inducias obligantur, quia, ut diximus, non numerus personarum, sed quantitas debitorum præponderat, imò Imperator in dict: *l. cum solito. fin. Cod. qui bon. ced. poss.* hoc ulteriùs extendit, ut, si unus solus ex creditoribus in summa debiti reliquis omnibus gravior inveniatur, ipsius solius sententia reliquis omnibus præponderet. *Manz. loc. cit. n. 18.* Ubi addit, quòd in cumulum æris alieni computandum etiam veniant usuræ, non quidem illæ, quæ de jure prohibitæ sunt, sed ob damnum emergens, vel lucrum cessans justè admittuntur. *Vid. tamen sequentia.* 5

Quid

6 Quid si autem quartò, creditores eant quidem in diversas partes, cumulus autem utriúsque partis ex debitis contractis æqualis sit? V. G. Reassumendo prius exemplum, aliquis debet decem creditoribus decem millia florenorũ, sex debitoribus quinque millia, & reliquis quatuor etiam quinque millia: Pone igitur, quatuor posteriores hos creditores debitori concedere inducias quinquennales, sex verò illas debitori denegare, tunc amplior pars creditorum præponderat, id est sex creditores obtinent præ quatuor: Ratio est, quia, licèt in cumulo æris alieni parificentur cum quatuor, tamen in numero eos vincunt, & proinde illorum sententia favorabilior est, dict: *l. 8. Cod. qui bon. ced. poss. & l. 8. ff. de pactis.*

7 Quid si autem quintò, numerus creditorum, & cumulus æris alieni utrinque æqualis sit? Repetendo prius exemplum, qui decem millia decem creditoribus debet, à quinque creditoribus pro quinque millibus impetrat inducias quinquennales, reliqui quinque creditores pro cæteris quinque millibus inducias quinquennales denegant. Ecce pars concedens, & pars denegans in numero personarum, & quantitate æris alieni pares, & æquales sunt: Quæritur igitur, quid decidendum? Ad hoc respondet *Papinianus. in dict. l. 8. ff. de pactis*, ejus auctoritatem sequendam esse, qui dignitate alios præcellit: Et hinc *Stracha. loc. cit. n. 10.* creditores consanguineos reliquis præferendos esse existimat, in quo nos non immeritò subsistimus, quia consanguineorum facilitas alijs non debet esse præjudicio, tametsi, (de quo casu fortè Stracha loquitur) consanguineorum auctoritas reliquorum creditorum conditionem præcellat.

8 Si autem sextò, ex utraque parte dilationem concedentium, & negantium omnia quoad numerum personarum, æris alieni cumulum, & dignitatem creditorum paria, & æqualia sint: Respondet *Imperator in dict. l. fin. Cod. qui bon. ced. poss.* humaniorem sententiam sequendam esse: Humanior autem sententia est, quæ in dilationem consentit.

9 Hoc tamen septimò observandum est, quòd, si plures sint, qui unam, eandémque actionem habeant, & res ad casum deveniat, quo pluralitas personarum, juxta prædicta in consideratione est, V. G. quando in exemplo proposito ex decem creditoribus sex repetunt quinque millia florenorum, & reliqui quatuor similiter quinque millia, tunc, cùm utraque pars in cumulo debiti æqualis sit, ut paulò antè diximus, vincit pars major in numero personarum, si autem supponas, inter sex creditores fuisse duos, qui alicujus pupilli, vel minoris tutores, vel curatores fuerunt, & alios duos, qui fuerunt pro eodem credito correi, hi pupilli tutores, vel minoris curatores, vel duo correi pro eodem debito non constituunt diversas personas in numero, sed unius loco habentur, & proinde ex pluralitate personarum illis nulla prærogativa conceditur, sed res redit ad casum dispositionis, si pars utraque assentientium, & dissentientium creditorum æqualis est: Eadem ratio est, cùm unus tutor, vel curator sit nomine plurium pupillorum rem in communi possidentium, quia habetur tantùm pro una causa. *l. 9. ff. de pactis. & in l. si plures. 10. in princ. ff. eodem.*

10 Imò octavò, si ponas, unum ex debitoribus pro uno, eodémque tempore facto debito habuisse plura instrumenta, id est, pro mille florenis. V. G. unum pro sexcentis florenis, alterum pro trecentis florenis, & tertium pro centum florenis, talis non habetur pro triplici persona, sed tantùm pro una, ut consequenter ejus in casu, quo computatio personarum ex prædictis locum habet, non pro triplici, sed pro una persona ratio habenda sit.

11 Hactenus diximus semper, quid juris sit in concessione induciarum quinquennalium, vel minorum: Nunc etiam videndum est, quid juris sit, si potior pars creditorum debitori aliquid de substantia crediti remittat?

E. G.

E. G. quartam, tertiam, vel etiam dimidiam partem, an minor pars consentire teneatur? Antiquitùs hæc quæstio satìs videbatur difficilis, & intricata: *Afflict. in decis. Neopol. decis. 228.* tantùm in tribus casibus minori parti necessitatem consentiendi imponit. Primò, quando debitor fuit defunctus, & hæres recusat adire hæreditatem, nisi sibi ab omnibus creditoribus pars debiti remittatur. Secundò, si debitor fuit fugitivus, & reverti renuit, donec sibi à creditoribus remittatur pars debiti. Tertiò, si debitor se offerat ad cessionem bonorum, nisi aliquam tolerabilem remissionem à creditoribus impetrare possit. Sed articulus noster utrumque casum concedendæ dilationis, & remissionis conjungit, cùm tamen reverà casus remissionis durior sit, quàm casus dilationis, quia per dilationem solum tempus adimitur, per remissionem verò pars debiti, & substantiæ. Verba articuli nostri sunt clara, **Vergonnen der maiste / oder grössere Thail der Glaubiger dem Schuldner längere Zahlungs-Fristen / oder NB. thuen jhm an der Schuld einen Nachlaß / so müssen auch die anderen Glaubiger darein bewilligen.** Quamvis igitur in dict: *l. fin. Cod. qui bon. ced. poss. & in dict. l. 8. 9. & 10. ff. de pactis*, nulla fiat mentio de majori parte creditorum ex substantia aliquid remittentium, quæ causa est, quòd Matthias de Afflictis pactum remissionis solummodò ad supradictos tres casus restrinxerit, quia tamen textus in *l. jur. gentium. 7. §. 19. ff. ibid.* generaliter loquitur, & in remissione partis debiti à majori parte creditorum facta minoris partis dissensum inutilem pronunciat, non improbabiliter asserimus, hac in parte inter jus comune, & jus nostrum statutarium nullam differentiam esse, cujus opinionis etiam est *Nicol. Everhard. jun. cons. 7. n. 32. vol. 2.* Ubi dicit, plerósque Doctores tenere, textum in *l. juris gentium. §. 19. ff. de pactis.* locum habere in omni casu, ubicunque certant creditores inter se, quid agendum sit de bonis debitoris in solutione cessantis, sive præsupponas, illum adhuc vivere, sive præmortuum esse, & hæredem aditionem hæreditatis recusare, quamdiu sibi de remissione certæ partis ex contractis debitis non fiat exacta promissio, & stipulatio. Vid. etiam *Strach. de decoct. part. 6. num. 21.* Idem ergò, quod priùs de concessa dilatione à majori parte creditorum diximus, etiam locum habet in majori parte creditorum remissionem de debitis concedentium, ut scilicet major pars non intelligatur pro numero personarum, sed pro modo, summa, quantitate, ac cumulo æris alieni.

In hoc tamen nonò, de jure comuni inter creditores dilationem concedentes, & remissionem facientes notabilis est differentia, quòd major 12
pars inducias concedens computetur, nullâ differentiâ habitâ inter hypothecarios, & chyrographarios creditores merè personales, vel privilegium personale habentes, ita ut, si creditores merè personales majorem cumulum æris alieni habeant, & in certam dilationem consentiant, hypothecarij non minùs, quàm chyrographarij privilegium personale habentes creditoribus merè personalibus assentire teneantur. De hypothecarijs textus apertus est in dict: *l. cum solito. fin. Cod. qui bon. ced. poss. in fine.* Ubi Imperator inquit, nullâ quidem differentiâ inter hypothecarios, & alios creditores, quantum ad hanc electionem attinet, observandâ: De privilegiatis textus est in *l. rescriptum. 10. ff. de pactis.* Ibi, an privilegiarijs absentibus hæc pactio noceat, eleganter tractatur, & addit textus, D. Pium rescripsisse, fiscum quoque in ijs casibus, in quibus hypothecas non habet, & cæteros privilegiarios exemplum creditorum sequi opportere.

Aliud dicendum est decimò, de jure communi in creditoribus remis- 13
sionem de debito facientibus, quia hypothecarij ad id, quod major pars chyrographariorum in remissione statuit, obligati non sunt: Ratio differentiæ est, quia in concessione dilationis agitur de modico præjudicio, solius

nempè temporis ammissione, in concessione autem certæ remissionis, agitur de magno præjudicio, & ipso debito pro parte ammittendo, iniquissimum igitur esset, si chyrographarij hypothecarijs potius jus habentibus præjudicare possent.

14 Quod undecimò, in tantum extenditur, ut, si meri creditores hypothecarij concurrant, & major pars ex ijs debitori remissionem decernat, minor pars ad assentiendum neutiquam sit obligata. Ratio per se clara est, quia inter hypothecarios ille potior est, qui prior est tempore, non patitur itaque ratio, ut hypothecarij tempore posteriores per remissionem alicujus partis de debito, priori melius & antiquius jus habenti præjudicent, imò,

15 Si duodecimò supponas, creditores hypothecarios antiquius jus habentes pro majori parte debitori remissionem fecisse, adhuc stricta juris ratione inspecta, minor pars hypothecariorum tempore posteriorum ad eandem remissionem non est obligata, per rationem, quòd, quæ de solis chyrographarijs statuta sunt, ad hypothecarios non debeant extendi, quibus facultas datur, non solùm ipsum debitorem, sed etiam rem hypothecatam in alienis manibus existentem persequendi. Vid. *D. Arnold. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 52. Matthias Berlich. part. 2. decis. 237. & decis. 238. n. 6.* Licèt æquitas suadeat, ut, si major pars hypothecariorum potius, & antiquius jus habentium misero debitori remissionem misericorditer indulgeat, eam etiam minor pars hypothecariorum posteriorum, & minùs privilegiatorũ admittat. Idem *Rath. loc. cit. Stracha. de decoct. part. 6. n. 13.* Quid enim aliud nisi invidia esset, si posteriores creditores hypothecarij remissionem à potioribus hypothecarijs factam impedire velint? Utporè, quæ nihil nocet posterioribus hypothecarijs, aliàs de debitis suis periclitantibus, prodest autem lamentabili debitori ad inopiam delapso, contra communem Regulam juris, iniquum esse denegari, quod alicui prodest, & alteri non nocet. *l. 2. §. 1. ff. de aqua pluv. arcend. l. rescripta. 7. Cod. de prec. Imperat. offer.*

16 Dices decimò tertiò, an ergò hæc omnia, quæ modò super ista quæstione, an pars major creditorum, minore recusante, dilationem vel remissionem debiti concedere possit, tantùm intelligenda sint de debitore, qui fortunæ vitio solvendo esse desijt, vel etiam de illo, qui suâ culpâ, & negligentiâ ad inopiam devenit? *Stracha. loc. cit. n. 20.* & *Brunnus. de cess. bon. quæst. 26. in princ. n. 1.* hoc beneficium utrique concedunt, quod nos articulo nostro, & præcedentibus minimè conforme esse judicamus, ut mox sequetur.

17 Interim pro decimo quarto, singularem hîc differentiam inter jus nostrum statutarium, & jus comune annotamus. Dicimus enim, de jure communi concessionem majoris partis pro aliqua remissione debiti creditoribus hypothecarijs nihil obesse: Obesse verò in concessione dilationis, sive induciarum. In jure autem nostro statutario hypothecarijs nec concessio remissionis, nec concessio dilationis quidquam præjudicat, juxta verba ultimi hujus articuli, Dann wer verschriben Underpfandt hat / der ist nit schuldig neben andern Glaubigern dem Schuldner NB. Fristen zugeben / oder einen Nachlaß zuthuen / tametsi enim concessio majoris dilationis minoris præjudicij sit, quàm concessio remissionis, quia tamen etiam concessio dilationis aliquod præjudiciũ parit, legislatori nostro iniquum visum fuit, illud in favorem minùs privilegiatorum creditorum hypothecarijs obtrudi. Ex quo hactenus deducta magna ex parte concidunt.

Diff.

18 Decimò quintò tamen notandum est, quòd major pars creditorum minori præjudicium tale facere non possit, ut debitori remittatur totum debitum, quia hoc non est remittere, sed donare, nullum autem textum

habe-

habemus in toto jure, ut, si quis alteri debitum suum donet, reliqui ad exemplum illius teneantur subsequi. Vid *Stracha. loc. cit. n. 12.* & *Math. de Afflict. decis. 288.* Donare enim est perdere, & non rem utiliter agere, cùm tamen hæc beneficia dilationis, & remissionis ad nullum alium effectum adinventa sint, nisi, ut debitor respirationem habere, & cum pinguiore fortuna in reliquo creditoribus suis satisfacere possit. Et hinc

Pro decimo sexto notandum est, quòd partis majoris consensus ad dilationem, vel remissionem datus nullum operetur effectum, si minor pars probare possit, illum iniquè fuisse obtentum. *Stracha. loc. cit. num. 17.* Ubi *num. 18.* addit, solere quandoque decoctores quibusdam creditoribus aliquid clanculò dare, vel saltem promittere, ut pactioni consentiant, quod certè nullo modo admittendum, & tolerandum est. Imò 19

Decimò septimò, si unus ex creditoribus minoris partis demonstrare possit, unum vel alterum debitum ex creditoribus majoris partis fictitium, & solummodò in hunc finem factum fuisse, ut debitor, vel in dilatione, vel remissione impetranda majoris partis consensum obtineat, majoris partis consensus nullo modo sufficit, sed totus inanis, & inutilis est, ita ut in utroque hoc posteriori casu appellari, & expunctio ejusmodi fraudulentorum, & fictitiorum creditorum justissimè peti possit. *Stracha. & Math. de Afflict. loc. cit.* Quod idem dicendum est, si concessio majoris partis ex quacunque alia causa palàm iniqua sit. Nam minor pars creditorum se eidem judicialiter opponere potest, cùm nemo ad iniquitatem cooperari teneatur. *Strach. loc. cit. n. 17. & 18.* 20

Quæres decimò octavò, cùm articulus noster tantùm hypothecarios creditores ab hac Regula, quòd minor pars teneatur sequi judicium, & sententiam majoris, excipiat, quid dicendum sit de creditoribus chyrographarijs privilegiatis? Et videtur dicendum, quòd consensus creditorum merè personalium nec in dilatione, aut remissione ipsis præjudicio esse possit, cùm jus eorum fortius sit, quàm jus creditorum merè personalium. Quia tamen de jure communi creditores privilegiati hac in parte nullam prærogativam habent, juxta text: in *l. rescriptum. 10. ff. de pactis.* sed cum creditoribus nudè personalibus simpliciter ad majori parti assentiendum obligati sint, ijs ex articulo nostro, qui præcisè de creditoribus loquitur, die verschriben Underpfandt haben / majorem prærogativam addicere non possumus. Sit ergò illis hoc pro solatio, quòd illorum accessio ad majorem partem, dilationem, vel remissionem concedentium, sibi non facilè possit esse præjudicio, cùm in executione cuique privilegium suum personale remaneat, cujus intuitu merè chyrographarijs, & personalibus creditoribus præfertur. 21

Decimò nonò, excipiunt aliqui, quòd creditores minoris partis non teneantur consentire majori parti, quando illorum creditum est juratum, id est, si debitor se sub juramento obligavit, per rationem, quòd propter juramenti religionem fortius vinculum habeant reliquis chyrographarijs. *Coler. de process. execut. part. 1. cap. 4. n. 17. Menoch. de arbit. jud. quæst. cas. 203. n. 11.* Ubi debitoribus suadet, si viderint, sibi obstare religionem jurisjurandi, quò minùs à majori parte dilationem, vel remissionem debiti impetrare possint, ut priùs impetrent ab Episcopo, vel alio potestatem habente, absolutionem à juramento. Nos autem de veritate hujus exceptionis valdè subsistimus: Licèt enim vinculum juramenti fortius sit nuda promissione, quia tamen juramentũ nec jus reale hypothecæ, nec aliud quoddam privilegium tribuit, sed debitum juratum non minùs sit nudum debitum personale, & chyrographarium, quàm quod consistit in nuda verbali promissione, non videmus, quare talis, qui nititur juramento debitoris, reliquis personalibus, & chyrographarijs creditoribus hac in parte melioris 22

conditionis sit: Certè contrarium videtur expressè probari posse ex *l. rescriptum. 10. ff. de pactis.* Quæ solos creditores hypothecarios ab hac necessitate consentiendi eximit, atqui, ut diximus, creditor, qui nititur in prætensione jurata, hypothecarius non est, nisi specialiter sibi de hypotheca caverit, ergò à necessitate consentiendi in dilationem, & remissionem non eximitur: Deinde dict: *l. rescriptum. 10.* à necessitate præstandi consensum privilegiarios creditores, fiscum, & alios non eximit, quorum tamen prætensiones privilegio personali munitæ sunt, ita ut, si cum debito merè per-
23 sonali jurato concurrant, eidem præferantur: Putamus igitur, distinguendum esse, an debitor solvendo sit, vel non: Si debitori solvendo existenti à majori parte chyrographariorum aliqua remissio debiti fiat, creditores minoris partis, qui debita jurata prætendunt, obligationem non habent majori parti consentiendi; Quia, si debitori non spontè remittant, ipse vi juramenti obligatus est, ijsdem satisfactionem dare, à qua ipsum majoris partis liberalitas absolvere non potest; Et in his terminis nostra opinione Colerus, & Menoch: intelligendi sunt: Si autem debitor non existat solvendo, sed res ad processum edictalem vergat, ad quem impediendum creditorū major pars eidem ex misericordia aliquam remissionem indulget, existimamus, summæ æquitatis esse, ut etiam jurati creditores consentiant, cùm ex juramento præ reliquis chyrographarijs nullam prærogativam sortiantur, imò, ut diximus, ijs cedere debeant, qui personali privilegio prælationis inter chyrographarios gaudent, & tamen juxta dict: text: in *l. rescriptum. 10.* à necessitate consentiendi exempti non sunt.

24 Vigesimò, *Menoch. loc. cit n. 24.* adhuc alium casum ponit, quo quis majori parti non tenetur consentire, si videlicet debitor obæratus de recenti merces emeret, & deinde fingeret, se illas decoxisse; Hic enim novus creditor ex opinione Menochij majori parti priorum chyrographariorum dilationem, vel remissionem concedenti consensum præbere non obligatur. Sed nobis iste casus nihil videtur ad rem facere, vel enim merces noviter comparatæ adhuc exstant, vel à debitore actualiter consumptæ, & decoctæ sunt? Si priùs, à mercatore mercium fraudulenter inducto, maximè, si fidem de pretio non habuit, vindicari possunt: Si igitur hypothecarius creditor majori parti chyrographariorum consentire non tenetur, multò minùs consentire tenebitur dominus, cui rei vindicatio competit. Quando autem merces jam sunt consumptæ, novus iste creditor mercator nudam actionem personalem habet, & proinde cum reliquis chyrographarijs minoris partis ad assentiendum majori parti obligatus est.

25 Vigesimò primò, ad hoc, ut à majori parte creditorum chyrographariorum possit concedi dilatio, vel remissio, requiritur, ut omnes creditores conveniant: Ratio est, quia omnium illorum interest. *l. 7. §. hodie. 19. ff. de pactis. & l. rescriptum. 10. eodem.* Hæc autem creditorum conventio, vel judicialiter, vel extrajudicialiter fieri potest, juxta verba articuli nostri, Da sie desthalben zusammen kommen / oder von der Obrigkeit erfordert werden. *Stracha. loc. cit. n. 9. & 19.* Et quamvis judicialis conventio semper melior, & securior sit, cùm id, quod judicialiter agitur, præsumptionem bonæ fidei ex authoritate judicis pro se habeat, si tamen contingat, creditores spontè convenire, jam nulla citatio judicis necessaria est, quam *D. Balthasar. ad hunc tit. resol. 13. n. 6.* & alij tam sollicitè requirunt. Quare autem melior
26 sit conventio creditorum mediante citatione judicialiter facta, hæc est causa, quòd illa præjudicet absentibus, quæ conventio tamen extrajudicialiter facta absentibus legitimè non citatis, nec auditis obesse non potest. *l. si in tres. cum seqq. l. de unoquoque. ff. de re judicata. Brunus. de cess. bon. quæst. 21. ad princ. n. 1. Strach. loc. cit. n. 9.* interim tamen manet verissimum, quòd, si omnes creditores spontè, & extrajudicialiter conveniant, nec ex illis esset,

qui

qui contradiceret, actus dilationis, sive remissionis sine omni citatione, & auctoritate judiciali teneret, per rationem, quia, quod singulariter à singulis fit, præjudicat consentientibus. An autem necessarium sit, ut judex super conventione, & pactione ab omnibus creditoribus extrajudicialiter facta decretum suum interponat, cùm articulus noster de ejusmodi decreti interpositione nec verbo meminerit? Adducunt *Strach. loc. cit. n. 10. & n. 19.* & *Brunnus. loc. cit. quæst. 21. n. 6.* textum in *l. si præcedente. 58. §. Lucius Titius. 1. ff. mandati, vel contrà.* Sed planè textus ille non plus probat, quàm quòd decretum judicis majore parte creditorum consentiente emanatum non præjudicet creditori absenti, quo minùs actionem competentem contra mandatorem instituere possit, præsupposito, quòd non consenserit. Quando autem ipsi creditores, ut præsupponimus, omnes spontè, & extrajudicialiter conveniunt, & dilationem, vel remissionem debitori decernunt nullo absente, quòd nihilominùs judicis decretum desuper necessarium sit, id textus dictæ legis ne somniavit quidem, non est enim bona illatio, textus præsupponit, majoris partis creditorũ consensum factum fuisse cum decreto prætoris, ergò necessarium est, ut semper fiat cum decreto judicis: Item decretum judicis non obest creditori absenti, quo minùs habeat actionem adversùs mandatarium, qui majori parti creditorum sine præscitu sui principalis consensit, ergò etiam requiritur decretum judicis, quando nullus creditor absens, sed omnes præsentes fuerunt, & singuli singulariter, ut diximus, in dilationem, vel remissionem consenserunt, manet igitur firmum, quòd omnium creditorum consensus extrajudicialis in dilationem, vel remissionem sincera, & bona fide adhibitus actum confirmet, tametsi nulla citatio judicialis præcesserit, nulla judicis auctoritas intervenerit, & nullum decretum interpositum fuerit. 27

Vigesimò secundò, *Cardinalis Tuscus. sub litt. M. conclus. 383. n. 15.* ad hoc, ut valeat concessio majoris partis creditorũ in præjudicium omnium, requirit, quòd debitor sit paratus cedere bonis, nisi impetret illam concessionem: Quæ sententia videtur convenire cum tertio casu *Math. de Afflictis. dec. 288.* jam supra allegato; Sed in articulo nostro illius nulla est ratio habenda, cùm ex Stracha,& Nicol: Everh: Jun: demonstraverimus,quòd in omni casu, quo creditores debitori obærato succurrendum esse existimant, majoris partis conventio prævaleat, ut proinde declaratio debitoris, quòd ad cessionem paratus sit, supervacanea esse videatur, cùm etiam non cedenti creditores hanc gratiam dilationis, vel remissionis facere possint. Si autem præsupponas 28

Pro vigesimo tertio, quòd dilatio, vel remissio à majori parte creditorum facta debitori non prosit, nisi velit cedere bonis; Quæritur, an in electione debitoris sit, bonis cedere, vel dilationem, aut remissionem admittere, sive an in arbitrio creditorum consistat, cessionem admittere, vel eidem à majore parte concessam dilationem, aut remissionem indulgere? Et Respondet *Brunnus. loc. cit. quæst. 21.* quòd electio detur creditoribus, ex quo sequitur, quòd una difficultas ex alia oriatur, si in exponendis legibus inutili scrupulositate utamur: Dicimus igitur, articulo nostro conveniens esse, ut, si major pars creditorum debitori obærato dilationem quinquennalẽ, vel remissionem ex debitis decreverint, & illam debitor acceptaverit, quòd nec de declaratione ad cessionem bonorũ, nec de quæstione, cujus partis electio sit, ampliùs debeamus esse solliciti, qui enim dignus est beneficio flebili cessionis, etiam dignus est beneficio concedendæ dilationis, vel remissionis à majore parte creditorum in præjudicium minoris partis creditorum factæ. Et hinc ad quæstionem, quam supra posuimus, an decoctor fallitus, banccæruptor, & similes, qui ex sua malitia,& prodigalitate ad inopiam devenerunt, quia furibus æquiparantur,& tanquam homines infames ad beneficium ces- 29 30

ſionis non admittuntur) majoris partis creditorum beneficio dilationis, vel remiſſionis digni ſint, vel non? Simpliciter negativè reſpondemus, cùm indignum eſſe videatur, ut major pars creditorum in præjudicium partis minoris ejuſmodi malitioſis, & patibularijs hominibus gratiam facere poſſit, aliud dicendum nobis videtur, ſi quis tantùm ex levi culpa, aut negligentia quadam ſenſim, & inadvertibiliter paupertatem inciderit; Huic enim, ſicuti ſupra beneficium ceſſionis, imò beneficium *Nov. 135.* non denegavimus, ita multò minùs eidem beneficium articuli noſtri, id eſt dilationem, vel remiſſionem majoris partis creditorum non invidebimus.

31 Quid ſi autem vigeſimò quartò, unus vel alter ex minore parte creditorum diſſentientium pro debito ſuo fidejuſſorem habeat, annè illum in ſolidum convenire poteſt, ſi à majore parte creditorum debitori remiſſio facta ſit? Et Reſpondemus, tametſi talis creditor ex diſſentientibus ipſum debitorem principalem in ſolidum convenire, & exigere non poſſit, poteſt tamen in ſolidum convenire fidejuſſorem: Ratio eſt, quia hoc ipſo fidejuſſorem accepit, ut ſibi ſit magìs cautum, non debet igitur in poteſtate creditorum, qui majorem partem conſtituunt, eſſe, diſſentientem ſua cautione privandi. *Strach. loc. cit. n. 14. Manz. cit. decad. 4. quæſt. 10. n. 57. Rath. in cont. &c. aſſert. 53.* Aliud eſt dicendum de creditore majoris partis, qui in dilationem, vel remiſſionem conſenſit, illius enim conſenſus non ſolùm principali debitori, ſed etiam fidejuſſoribus prodeſt. *l. ſi præcedente. 58. §. Lucius. 1. ff. mandati. Berlich. part. 2. deciſ. 235. n. 15.*

32 Denique pro vigeſimo quinto, & ultimo quæritur, ſi debitor, cui per majorem partem creditorum remiſſio decreta eſt, ad pinguiorem fortunam devenerit, an minor pars creditorum, quæ coactè conſentire debuit, poſſit eandem à debitore, ad meliorem fortunam reverſo, repetere? Et Reſpondemus, de creditoribus in remiſſionem non conſentientibus nullum dubium eſſe, quin habeant repetitionem, per rationem, quia remiſſionem ex parte ſua non ſpontè, & voluntariè, ſed ex neceſſitate legis fecerunt. *Schraderus. de feud. part. 4. cap. 1. num. 38. & part. 9. cap. 6. num. 9. Berlichius. part. 2. deciſ. 244. num. 1. & ſeqq. Brunnus. de ceſſ. bon. quæſt. 22. num. 6.* Et licèt modò citati, & alij Doctores etiam majoris partis creditoribus hanc repetitionem à debitore ad pinguiorem fortunam reverſo videantur admittere, ſaltem quando debitor ex ſua culpa, non ex fortunæ vitio ad inopiam devenit, prout diſtinguit *Dan. Moler. in ſemeſt. lib. 4. cap. 6. num. 6.* tamen, tametſi in Patria noſtra viderimus ſæpiſſimè, debitoribus ſuâ culpâ, & fortunæ vitio depauperatis per amicabiles tractatus inſignes remiſſiones factas eſſe, nunquam tamen vidimus, remiſſiones à creditoribus fuiſſe repetitas, quamvìs ejuſmodi debitores obærati ad meliorem fortunam, magnâſque divitias devenerint, & integras hoffmarchias de novo ſibi comparaverint, prout demonſtrare poſſemus, niſi exempla odioſa forent. Ignoſcat nobis benevolus Lector, quòd præter opinionem in exſplicatione hujus articuli fuerimus fuſiores, movit nos frequentia hujus materiæ, cùm poſt Suecicum bellum finitum nulla materia Dicaſteria noſtra ferè quotidiè ſæpiùs occuparet, quàm iſta, ita ut vix una ſeptimana præteriret, quâ non repetitæ commiſſiones inter creditores, & debitores celebrarentur.

Deß

Deß XIV. Tituls

Von Porgen vnd Selbschuldnern.

Erster Articul.

Hat jemand vmb sein Schuld einen Porgen/ der soll zu erst den Selbgelter darumb beklagen / vnd nit den Porgen. Es soll auch der Selbgelter solche Klag selbs vertretten/ vnd außrichten/ dem Porgen ohne Schaden. Wo aber icht an dem Selbgelter abgieng / darumb soll der Porg verhafft seyn. Es wäre dann Sach / daß einer Porg / vnd Selbgelter mit einander wäre / so stehet es in dessen Willen dem man schuldig ist / den Porgen / oder Selbgelter vmb sein Schuld fürzunemmen / Und mag derselb Porg / welcher selbst Schuldner ist / seinen Gewern für sich nicht stellen / noch darauff waigern / das ist / er mag nit begehrn / daß man den Selbschuldner zuvor beklagen / vnd die Schuld bey jhme oder seinen Gütern ersuchen soll. Ein gleiche Mainung hat es auch / wann der Porg gleichwol nicht Selbschuldner wäre / doch der Selbschuldner allberait von Haab vnnd Guet abgetretten / oder sonsten kundtlich vnd offenbar wäre / daß bey jhme nichts zubekommen / oder da er nit mehr im Land / sonder sein Hauß-Wesen in einem anderen Land angestellt. Item so ein Porg sich der Freyheit deß Rechtens/ daß der Selbschuldner zuvor soll beklagt werden / in sonderheit vnnd außtruckentlich verzigen / oder die Porgschafft gelaugnet hätte / aber solche wäre erwisen worden. Dann in solchen Fällen/ nit allein jhm kein Einred dienstlich seyn/ sonder er noch darzu (im Fall er die Porgschafft gelaugnet) gestrafft werden soll.

SUMMARIA.

1. *Quid sit fidejussio ?*
2. *An principalis ante fidejussorem conveniri debeat ?*
3. *An etiam ante constitutorem, sponsorem, & mandatorem ?*
4. *Quando autem fidejussoria obligatio cum juramento firmatur, an non impediat exceptionem ordinis ?*
5. *Si quis promittat, se soluturum, quod alter debet, an sit fidejussio, vel novatio ?*
6. & 9. *An etiam correi debendi priùs sint excutiendi, & quid si fidejussor pro uno ex correis tantùm intercesserit ?*
7. *An etiam hæres debitoris principalis, vel hæredes correorum priùs conveniri debeant ?*
8. *In quibus bonis fiat excussio in ijs, quæ ex hæreditate ad hæredes devenerunt, vel etiam proprijs ?*
10. *An ista excussio sit facienda, ita ut nihil relinquatur principali debitori ?*
11. *Si fidejussor exceptionem ordinis non opposuerit, an rectè condemnetur ?*
12. *Quando autem judex hanc exceptionem oppositam non attenderit, an judicium sit nullum ?*
13. *In qua parte judicij exceptio ordinis opponi debeat ?*
14. *An fidejussor condemnatus non habeat regressum adversùs debitorem principalem, quando ad pinguiorem fortunam pervenerit ?*

15. *Quid*

15. Quid si fidejussor ideò non opposuerit exceptionem excussionis, quia putavit, principalem solvendo non esse?
16. An exceptio ordinis omissa in prima instantia in appellatorio produci possit?
17. An fidejussor subalternus, ein Ruck-Porg / *ante primarium fidejussorem conveniri possit?*
18. Quando, & quomodò fidejussor indemnitatis, ein Schadloß-Porg / *conveniatur?*
19. An fidejussor indemnitatis creditori ad solutionem obligetur pro primario fidejussore inope?
20. Quando fidejussor indemnitatis securitatem creditori promittit, an non habeatur pro subalterno, & succedaneo?
21. An talis contra confidejussorem habeat beneficium excussionis?
22. & 24. Quid si fidejussor se simul ut principalem debitorem constituit, an non censeatur renunciâsse beneficio ordinis, & excussionis?
23. An in hoc casu sit in arbitrio creditoris, vel ipsum principalem, vel fidejussorem priùs conveniendi?
25. An, qui se ut principalem obstrinxit, obligetur ad omne damnum, interesse, & litis expensas?
26. Quid si debitor bonis cesserit, vel alius jam priùs excussionem fecerit, an fidejussor uti possit beneficio ordinis, & excussionis?
27. Quid si notorium sit, principalem debitorem non esse solvendo?
28. An non longinqua absentia, & extra provinciam faciat, ut fidejussor conveniri possit non excusso principali?
29. An debitor principalis Bavarus domicilium in Palatinatum superiorem transferens habendus sit pro absente extra provinciam?
30. Quæ de absente dicta sunt, an etiam intelligantur de debitore fugitivo, & latitante?
31. Quid si fugitivus, vel latitans debitor durante judicio revertatur, an excussioni locus sit?
32. An non fidejussor per litis contestationem censeatur cum creditore quasi contrahere?
33. Si debitores principales sint potentes, rixosi, vel Ecclesia, minor, &c. an fidejussor gaudeat beneficio excussionis?

1 TOtus articulus iste tractat de fidejussoribus. Est autem fidejussio, stipulatio, sive promissio, qua quis fidem suam ad debiti alterius solutionem in subsidium obstringit. §. *ult. Instit. de replicat. l. 15. 37. ff. de fidejuss. l. 43. 49. 76. ff. de sol. & lib. l. 2. Cod. de fidejussor.* Quod ipsa Etymologia nominis importat, cùm fidejussor dicatur à fide, & jussione, quasi fide sua interposita alterius obligationem corroboret: Et hinc vulgaris clausula obligationis fuit, fidené tua jubes, quod Titius debet? Si itaque respondeat, jubeo, fidem Titij firmiorem facit, & hinc fidejussor dicitur.

Nolumus autem, in hoc nostro comentario disputare de differentijs inter fidejussorem, & constitutorem, expromissorem, mandatariũ, & alias ejusmodi personas, &c. Item de personis, quæ fidejubere possint, vel non? In quibus causis, vel obligationibus fidejussor accedere permittatur, vel prohibeatur? &c. Ne hæc elucubratio nostra nimium excrescat: Qui de hac materia ab Ant: Heringio ex pluribus, quàm octingentis auctoribus in justum librum redacta, & exactè discussa, plura videre velit, ipsum adeat. Nos manebimus in terminis statutorum nostrorum provincialium, in quibus

2 Ponitur *Art. 1.* hæc Regula, quòd creditor, qui cum debitore principali fidejussorem obligatum habet, priùs non fidejussorem, sed ipsum principalem debitorem convenire debeat. Licèt enim antiquitùs fidejussor etiam ante principalem debitorem actioni subjectus fuerit. *l. 3. §. ult. ff. de duob. reis. l. jure nostro. & l. non rectè. Cod. de fidejuss.* Hodiè tamen in *Auth: præsente. Cod. de fidejuss. & Novell. 4. cap. 1.* disponitur, ut intercessor non conveniatur, priusquàm reus principalis, sive in partem, sive in totum inventus est minùs idoneus. *Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 23. num. 14. Gail. lib. 2.*

lib. 2. obſerv. 27. n. 8. Et hujus rei ratio eſt, quòd actio, & obligatio fidejuſſoria ſit acceſſoria, &, ut priùs jam diximus, competat tantùm in ſubſidium. Et hoc beneficium juris vocatur exceptio ordinis, ſive excuſſionis, de quo ſcripſit integrum tractatum *Vincent. Caroz. Juris-Conſultus Tudertinus.*

Et hanc Regulam extendunt, etiam locum habere de conſtitutore, 3
ſponſore, atque mandatore: Ratio eſt, quia omnium ejuſmodi perſonarum obligatio, & actio acceſſoria, ſecundaria, & ſubſidiaria eſt: Tametſi igitur articulus noſter de ſolo fidejuſſore diſponat, tamen dubitandum non eſt, quin etiam de conſtitutoribus, ſponſoribus, & mandatoribus intelligendus ſit, ob paritatem rationis, quæ æqualem inducit legis diſpoſitionem. Vid. *Nov. 4. cap. 1. & Novell. 136. in princ. & cap. 1. Gail. 2. obſerv.*
28. n. 3. Nec impedit exceptionem ordinis, tametſi ſupponas, fidejuſſoriam 4
obligationem cum juramento interpoſitam, per rationem, quòd juramentum ſequatur naturam actûs, ſive contractûs, cui accedit *Gomez. loc. cit. cap. 13. n. 21. Zanger. de except. part. 2. cap. 16. n. 13. Gail. 2. obſerv. 27. n. 22. Covar. cap. quamvis. part. 1. §. 4. n. 8.* Juramentum enim ſtrictæ interpretationis eſt, & extra naturam actûs minimè extendendum. Quod tamen ita intelligendum eſt, ſi ſolus actus fidejuſſionis juramento confirmatus ſit: Aliud verò dicendum, ſi fidejuſſor juravit, ſe ſervaturum conventionem ſuam, & beneficijs ſuis jure ſibi conceſſis non uſurum, de quo paulò poſt dicemus.

Quid ſi autem aliquis Sempronio promittat, ſe ſoluturum id, quod ei 5
Titius debet? Ratio dubitandi eſt, quia talis ſe videtur conſtituere principalem debitorem, & novationem facere: Sed hoc non attento Reſpondemus, beneficio ordinis locum eſſe, quia re vera, & in effectu eſt tantummodò acceſſoria, & ſubſidiaria obligatio, cùm novatio hodierno jure non inducatur, niſi hoc expreſsè actum ſit, & de animo novandi certè conſtet. *l. ult. Cod. de novat. Gail. d. l. 2. obſ. 28.*

Et hoc, quod diximus, fidejuſſorem conveniri non poſſe, priuſquàm 6
debitor principalis excuſſus ſit, habet etiam locum in pluribus debitoribus principalibus conventis, quoniam omnes illi priùs excuti debent, ſi correi debendi ſint. *Bertazoll. in tract. clauſul. clauſ. 40. gloſſ. 4. n. 3.* quod ibidem in tantum verum eſſe aſſerit, tametſi fidejuſſor ſolummodò pro uno ex principalibus, ſive correis interceſſerit: Ratio ſemper eadem eſt, quia correi obligantur principaliter, fidejuſſor verò tantùm in ſubſidium, potior autem, & fortior eſt obligatio principalis, quàm ſubſidiaria, & acceſſoria.
Et hoc, quod modò diximus de conveniendo priùs principali debitore, an- 7
tequàm conveniatur fidejuſſor, etiam locum habet in hæredibus debitorum principalium. *Gail. 2. obſerv. 27. n. 12.* Ratio eſt, quia hæres ſubintrat in locum defuncti, & ejus perſonam repræſentat, ſicut ergò priùs ipſe principalis debitor conveniendus, & excutiendus eſt, quàm fidejuſſor conveniri poſſit, ita etiam hæres principalis debitoris priùs excutiendus venit: Quod
in tantum etiam verum eſt, ut non ſolùm debeant priùs excuti bona, quæ 8
ex hæreditate ad hæredem devenerunt, ſed etiam ipſius hæredis propria. *Gabriel. dict. concluſ. 1. n. 44.* quod tamen ita intelligendum, ſi quis hæreditatem adierit ſine beneficio legis, & inventarij, nam quòd illud hæredi ſecuritatem præſtet, ut ultra vires hæreditarias non teneatur, partim jam diximus ad *Tit. 11. Art. 2.* Verſ: Zum anderen / deß Summarischen Proceß / & plura dicemus in ſubſequentibus, maximè autem ad *Tit. 43. Artic. 7.* Et hinc ſecundùm Bertazolli doctrinam, ſi fuerint plures correi debendi, V. G. tres, quorum quilibet reliquit tres hæredes, omnes novem hæredes priùs conveniendi, & excutiendi ſunt, quàm creditor ad fidejuſſorem deveniat: Ratio eſt, quia omnes ſuſtinent perſonam principalem in obliga-

tione, quæ priùs excuti debet, antequàm creditor ad fidejussorem tanquam personam secundariam, & accessoriam deveniat: Nec quidquam interest,
9 tametsi fidejussor pro uno tantùm ex correis intercesserit, quia ipsius obligatio semper tantùm consideratur pro subsidiaria, quæ locum non habet, quamdiu principaliter obligati non excutiuntur: Et, si supponas, quòd principalis debitor hæredem non habeat, sed fiscus ei successerit, fortè ob confiscationem, vel ex capite bonorum vacantium, etiam ipse fiscus ante fidejussorem conveniri debet, quia fiscus capit bona cum onere suo. *l. si marito. 3. ff. sol. matr. l. 2. Cod. ad l. Juliam. de vi publica.* Ut scilicet creditoribus ad satisfactionem obligetur. Et hæc excussio debet fieri, ut Do-
10 ctores loquuntur, usque ad sacculum, & peram, id est usque ad indumenta, ut principali nihil relinquatur, nisi unica vestis, quâ corpus tegat, ne nudus incedat. *Bertazoll. loc. cit. n. 2. Caroz. de excuss. bonor. quæst. 1. num. 1.* Vide tamen, quæ dixerimus ad *Artic. 6. Tit. 13.* der Land-Recht. Major dubitatio est, an, & quando, vel qua in parte judicij exceptio ordinis, sive excussionis opponi debeat?

11 Et quidem, quod attinet ad quæstionem an? Certum est, quòd, si fidejussor conventus exceptionem ordinis non opposuerit, condemnari possit, & debeat: Ratio est, quia fidejussor propter interpositam fidem reverà obligatus est, rectè igitur in ipsum de beneficio juris ex *Auth: præsente. Cod. de fidejuss.* non excipientem proceditur per condemnatoriam. *l. si mancipium. ff. de fidejuss. Gail. loc. cit. observ. 27. n. 2. Gomez. tom. 2. cap. 13. n. 14. vers. 3. Gabriel. commun. conclus. lib. 3. tit. de fidejuss. conclus. 1. num. 12.* Per rationem, quia talis exceptio non inducitur à jure contra substantiam actionis, & obligationis, sed tantùm respectu ordinis procedendi, quod *D. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. conclus. 54.* in tantum extendit, quòd, si solutio à fidejussore, vel judicialiter condemnato, vel sponte, & voluntariè per errorem facta fuerit, solutum condictione indebiti repeti non possit: Ratio clara est, quia fidejussor, ut diximus, ipso jure obligatur, & ipsi beneficium ordinis non nisi per modum exceptionis competit, sibi igitur imputet, quòd exceptionem non opposuerit, cùm jura vigilantibus scripta sint.

12 Si autem judex non attenta exceptionis oppositione nihilominùs ad ulteriora processerit, judicium fit ipso jure nullum, per rationem, quia non est in judicis potestate, quod vigore legis ei permissum non videtur. *l. 1. §. penult. ff. de pœnis. Manz. de fidejuss. cap. 7. n. 29.*

13 Quod attinet ad alterum quæstionis membrum, in qua parte scilicet judicij exceptio ordinis, & excussionis opponi debeat, communis opinio est, quòd oppositio fieri debeat ante litis contestationem: Ratio est, quia exceptio dilatoria post litem contestatam ampliùs non admittitur, & fidejussor hoc ipso, quòd per litis contestationem judicium in se susceperit, videtur huic beneficio juris renunciare. *Zanger. de except. part. 2. cap. 14. n. 1. & seqq. Gail. loc. cit. n. 2. Manz. dict. cap. 7. n. 79.* Quamvìs contrariam sententiam *Andreas Gail. lib. 2. observ. 27. n. 3.* & *Gabriel. lib. 3. de fidejuss. conclus. 1. num. 9.* anomalam vocent, ita ut exceptio ordinis illorum judicio ante, & post litem contestatam, imò, usque ad conclusionem causæ opponi possit. Vid. *Harprecht. ad §. si plures. num. 26. Inst. de fidejuss. Manz. dict. cap. 7. n 84.* quam sententiam *Zanger. loc. cit. n. 6.* & *Gail. loc. cit. num. 3.* benigniorem vocant. Ex quo quæritur, an etiam hæc benignior sententia in jure nostro statutario præcipuè in Processu nostro Summario locum obtineat? Et putamus, simpliciter negativè Respondendum: Ratio est clara, quia exceptio ordinis, & excussionis exceptio dilatoria est, quæ non perimit actionem institutam, sed tantùm differt judicium. *Zanger. loc. cit. n. 5. Harprecht. loc. cit. n. 26.* & *Gail. loc. cit. num. 3.* Atqui secundùm *Artic. 3.*

Tit. 5. deß Summarischen Proceß / nulla prorsùs dilatoria exceptio post litem contestatam ampliùs admittitur, sed omnes simul, & semel in ingressu litis opponi debent, idque favore abbreviandarum litium, ut ibidem fusiùs exsplicavimus, cautus igitur sit, qui tanquam fidejussor, & intercessor convenitur, ut excipiendo de beneficio ordinis, & excussionis specialem mentionem faciat, & afferat, se ad litem contestandam nullo modo obligatum esse, antequàm debitor principalis priùs excutiatur, nam tametsi in *Art. 4. dict. Tit. 5.* deß Summarischen Proceß / statuatur, ut reus conventus simul cum dilatorijs exceptionibus etiam peremptorias simultaneè proponere debeat, id tamen ei præjudicio non est, si expresse contestetur, se litem contestare nolle, sed super dilatoria exceptione ordinis, & excussionis interlocutoriam præviam petere.

Quid si autem fidejussor exceptionem ordinis omittendo ad solutionem 14 fuerit condemnatus, ipsi verò debitori principali, antequàm fidejussor solveret, nova media creditori suo satisfaciendi supervenerint, anné fidejussori, non obstante auctoritate rei judicatæ, quasi ex novo processu oppositio excussionis competere debeat? Ad hoc Respondemus cum distinctione: Vel enim fidejussor omisit oppositionem excussionis, eò quòd notorium fuerit, principalem debitorem non esse solvendo, vel, si notorium non fuit, omisit ex negligentia? In primo casu poterit fidejussor de novo exceptionem excussionis opponere. *Gabriel. commun. conclus. lib. 1. tit. de fidejuss. conclus. 1. n. 16. Rath. in contin. diff. Jur. Commun. & Bavar. assert. 54. Balthasar. ad hunc tit. resol. 1. n. 63.* qui DD. licèt de debitore excusso loquantur, tamen similiter etiam de eo intelligendi sunt, qui notoriè solvendo non existit, cùm notorietas suppleat excussionem. In secundo casu, sibi imputare debet, quòd oppositionem beneficij ordinis, & excussionis non fecerit, cùm sententia contra ipsum lata ipso jure teneat, & subsistat, ut paulò antè diximus, potest igitur executioni mandari, salvo interim regressu fidejussori adversùs debitorem principalem ad pinguiorem fortunam reversum, de quo jam supra in *Tit. 13. ad Art. 7.* aliquid diximus, & paulò post plura sequentur. Quid si autem fidejussor propterea non opposita exceptione 15 excussionis judicium susceperit, quia putavit, debitorem principalen solvendo non esse, cùm tamen illud notorium non fuerit? Certè, quia excussio ad supplendam notorietatem adinventa est, fidejussor non suæ nudæ existimationi, sed rei veritati per excussionem indagatæ fidere debuisset, ex qua, si notorietas extitisset, & ante solutionem debitori nova media solutionis supervenissent, juxta modò dicta eidem ex novo processu oppositio excussionis non fuisset deneganda, quâ nunc carere debet, eò quòd non fecerit, quod ipsi faciendum incubuisset.

Deinde quærunt DD. qui exceptionem excussionis tanquam anomalam 16 etiam post litem contestatam secundùm benigniorem sententiam, imò secundùm quosdam etiam post latam sententiam admittunt, an etiam adhuc in appellatorio ex beneficio legis, *non deducta deducam*, *non probata probabo*, de novo opponi possit? Sed hæc res apud nos nullam difficultatem patitur, cùm Summarius noster processus non tantùm, ut diximus, omnium dilatoriarum exceptionum oppositionem ante litis contestationem expresse requirit, sed etiam in appellatorio nihil novi in facto admittit, ut ita neglecta oppositio in prima instantia hoc ipso etiam neglecta sit in appellatorio, juxta *Art. 9. Tit. 9.* deß Summarischen Proceß.

Ultimò denique, quod de primarijs fidejussoribus hactenus dictum est, 17 locum etiam habet in subalternis, & succedaneis, in den Ruck-Porgen. Ad quod intelligendum, supponendum est, inter fidejussores subalternos, vnder den Ruck-Porgen / & inter fidejussores indemnitatis, vnder den Schadloß-Porgen / manifestam differentiam esse, fidejussores subalterni, die Ruck-

Porgen/ dantur à fidejuſſoribus primarijs ad majorem debitoris ſecuritatem. *Hering. de fidejuſſ. cap. 4. n. 48.* juxta *l. græcè. 8. §. ult. ff. de fidejuſſ.* Fidejuſſor verò indemnitatis eſt, quando quis promittit, ipſum fidejuſſorem ſervari indemnem, inter quæ duo, ut per ſe apparet, magna eſt differentia: Si igitur quæras, an debitore principali non exiſtente ſolvendo creditor poſſit convenire fidejuſſorem ſubalternum, ſive ſuccedaneum ante primarium fidejuſſorem? Reſpondemus, inſpicienda eſſe verba ſubalternæ fidejuſſionis, an ſcilicet fidejuſſorem ſubalternum obligent cum ipſo fidejuſſore primario, tunc utique in poteſtate creditoris eſt, utrumque ſimultaneè conveniendi. Si autem fidejuſſoria obligatio ſubalterna in ſubſidium tantùm concepta eſt, utique priùs ipſe fidejuſſor primarius conveniendus, & excutiendus eſt, cùm ante excuſſionem ſciri non poſſit, quale ſubſidium ſuperſit, in quod ſe ſuccedaneus fidejuſſor obligavit.

18 Quod attinet ad fidejuſſorem indemnitatis, creditor noſtra opinione illius conveniendi prorsùs nullam actionem habet, cùm ipſe, ut præſupponimus, indemnitatem non creditori, ſed fidejuſſori promiſerit. Neceſſe igitur eſt, ut creditor priùs conveniat debitorem principalem, qui ſi ſolvendo non ſit, locum facit actioni adversùs primarium fidejuſſorem, ita tamen, ut, quod pro debitore principali ſolvit, repetere poſſit à fidejuſſore indemnitatis; & hic eſt modus in curijs noſtris procedendi.

19 Quid ſi autem nec ipſe primarius fidejuſſor ſolvendo ſit, anné creditor adversùs fidejuſſorem indemnitatis, qui fidem ſuam pro nudo fidejuſſore primario interpoſuit, à creditore in ſubſidium conveniri poſſit? Hic caſus in calamitoſis belli temporibus poteſt fieri quotidianus; Eâdem enim facilitate, & viâ, quâ debitor principalis ad inopiam vergit, etiam fidejuſſor primarius vergere poteſt, ut proinde quæſtio ſit, an fidejuſſor indemnitatis pro primario fidejuſſore inope, & inidoneo creditori ad ſolutionem obligetur? Ratio dubitandi eſt, quia fidejuſſor indemnitatis non videtur à creditore conveniri poſſe, quia ex noſtro præſuppoſito ſe pro indemnitate non creditori ſed fidejuſſori obligavit. Sed Reſpondemus, noſtra opinione deciſionem dependere ex verbis fidejuſſionis, quæ pro indemnitate fidejuſſoris interpoſita fuit; Si enim præciſè reſpiciunt perſonam fidejuſſoris, credimus, fidejuſſore ſine ſua culpa, & caſu fortuito ad inopiam delapſo fidejuſſorem indemnitatis ad nihil teneri: Ratio eſt, quia nec ipſe principalis fidejuſſor, utpote ceſſionis, vel *Nov. 135.* beneficio tutus, donèc ad pinguiorem fortunam deveniat, obligatus eſt, & quia talis fidejuſſor, pro quo alius in caſum indemnitatis interceſſit, loco principalis eſt, ſequitur, illo ad ſolutionem non obligato, neque fidejuſſorē indemnitatis in ſubſidium obli-
20 gari poſſe: Aliud dicendum eſt, ſi fidejuſſor indemnitatis reſpectu perſonæ creditoris acceſſit: V. G. Si interceſſor de indemnitate potiùs creditori, quàm ipſi fidejuſſori ſecuritatem, & indemnitatem promittat, tunc iſte fidejuſſor indemnitatis potiùs eſt fidejuſſor ſubalternus, & ſuccedaneus, quàm fidejuſſor indemnitatis, iſt mehr ein Ruck / als Schadloß-Porg. Et conſequenter in caſum, quo fidejuſſor primarius non exiſtit ſolvendo, in ſubſidium obligatus. Et quoad hunc caſum locum habet beneficium ordinis, & excuſſionis, ad exemplum, quod DD. tradunt de duobus fidejuſſoribus ſimultaneis, quorum unus à debitore principali pecuniam creditori reſtituendam accepit: Si enim alter fidejuſſor, qui nihil accepit, præ altero conveniatur, rectè opponit beneficium ordinis, cùm ipſo naturæ lumine conveniens ſit, ut priùs conveniatur alter fidejuſſor, qui pecuniam ad ſatisfaciendum creditori accepit, quia accipiendo pecuniam ſe quaſi principalem conſtituit. Vid. *Hering. de fidejuſſ. cap. 27. part. 1. n. 160.* Non videtur igitur multum difficultatis hac in parte ſubeſſe, ſi inter fidejuſſorem ſubalternum, & fidejuſſorem, vel pro ſecuritate ipſius creditoris, vel pro ſecuritate

tate

tate primarij fidejussoris de indemnitate caventem, seu stipulantem exactè distinguas.

Si dicas, absurdum esse, ut fidejussor indemnitatis pro creditore fidem suam interponens contra confidejussorem beneficium excussionis habeat: Respondemus, nullam absurditatem subesse per modò dicta, deinde rectè dicere possumus, quòd fidejussor indemnitatis beneficio non indigeat, nam ex ipsa natura actûs ab actione liber est, donec excutiatur primarius fidejussor: Ratio evidens est, quia tenetur tantùm in subsidium, ut paulò antè diximus, debet ergò priùs constare, ipsum fidejussorem primarium in solidum solvendo non esse, & ex tunc primùm modo paulò antè exsplicato actio in fidejussorem indemnitatis revertitur, quia priùs constare debet, quantum creditor à principali debitore, & deinde à primario fidejussore consequi possit, ad hoc, ut indemnitatis promissio locum habeat, ita congruè dicit *And. Gail. loc. cit. observ. 27. n. 13.* Et de hac materia vid. *Anton. Hering. de fidejuss. cap. 4. num. 62.* & *Joan. Gaddeus. in l. si ita. 150. ff. de V. S.* Omnia tamen, ut priùs monuimus, dependent ex clausulis verborum obligatoriis: Et hæc quoad Regulam in hoc articulo propositam, quòd debitor principalis ante fidejussorem conveniri debeat. Subsequuntur nunc principaliores exceptiones, quarum articulus noster sex enumerat. 21

Prima est, si quis non tantùm pro altero fidejussit, sed se etiam ut principalem debitorem constituit: Quamvìs enim hæc opinio controversa sit, & negativam multi teneant, ut videre est apud *Harprecht. ad §. si plures. num. 30. Inst. de fidejuss.* & apud *Schneidew. ibidem. n. 13. & §. item si quis. n. 61. Inst. de actionibus.* per rationem, quòd hoc beneficium inductum sit in merum favorem fidejussorum, ut proinde videatur illud perpetuò subsistere, nisi expresè eidem renunciatum fuerit, quam renunciationem non videtur facere, qui se præter fidejussionem, quam fecit, etiam ut principalem constituit: Hoc tamen non attento, affirmativa communior, & nostra opinione verior est, per rationem, quòd idem sit, voluntatem suam factis, quàm verbis declarare, tametsi igitur fidejussor se ut principalem constituens renunciationem beneficii verbis non faciat, ipso facto tamen fidejussioni renunciat. *Gail. loc. cit. observ. 28. n. 3. Zanger. loc. cit. Gabriel. dict. conclus. 1. n. 99.* Et, ut *Besoldus. in thesaur. pract. Verbo.* Selbstschuldner. inquit, talis personam fidejussoris exuit, atque in ejus locum se ipsummet debitorem substituit: Debet tamen hæc obligatio fieri animo deliberato, ut manifestè appareat, ejus intentionem fuisse, ipsam obligationem principalem in se suscipiendi, & alterius debitum quasi proprium faciendi. *Manz. de fidejuss. cap. 7. num. 70.* Et hanc opinionem approbat articulus noster, hoc addens, ut tamen in arbitrio creditoris sit, an ipsum debitorem, vel fidejussorem, se ut principalem, als Selbstschuldner / obligantem, priùs convenire velit: Ratio per se clara est, quia ipse debitor per fidejussoris, ut correi accessionem à sua obligatione non liberatur, nisi expresè hoc actum sit, ut delegatio fieret, cùm novatio nunquam inducatur hodierno jure, nisi id expresè convenerit. Vid. *Gail. lib. 2. observ. 30.* ubi *n. 6.* quidem dicit, per delegationem ipso jure fieri novationem, tametsi non dicatur, quòd fiat novatio, nihilominùs tamen, quando fidejussor se obligat per modum principalis, non habetur pro delegato, nisi id specialiter dicatur, sed solùm pro simultaneè obligato, ita ut juxta dispositionem nostri articuli in arbitrio creditoris sit, an velit ipsum debitorem primarium, vel fidejussorem, se ut principalem, obligantem convenire: Ut proinde non mutetur obligatio, sed augeatur. 22 23

Si quæras, quid verba nostri articuli ad hanc exceptionem significent, quæ sunt hujus tenoris, **Und mag derselb Porg / welcher Selbstschuldner ist / seinen Gweren für sich nit stellen / noch darauff waigeren.** Respondemus, 24

 ex-

exſplicationem horum antiquorum verborum ſtatim in articulo ſubnecti; id eſt, quòd fidejuſſor petere non poſſit, ut priùs conveniatur debitor principalis, & ipſius bona excutiantur. Convenit *Art. 2. Tit. 27.* der Reformation von Anno 1588. qui dicit, Wer von den Rechten wird angeſprochen vmb Gelt / deſſen er Porg iſt: Geſtehet derſelb / daß er darzu Selbſtſchuldner vmb das Gelt ſeye / er mag keinen Gweren darumb ſtellen / quod repetitur in *Artic. 3. circa finem*, in verbis, Doch wo er (id eſt, der creditor) den / ſo Porg vnnd Selbſtſchuldner iſt / darumb beklagt / ſo mag derſelb Porg ſeinen Gweren für ſich nit ſtellen / noch darauff waigeren / ex quibus verbis apparet, quòd ſub nomine, deß Gweren / intelligatur debitor principalis, & primarius, dicit igitur in effectu articulus, quòd fidejuſſor, qui ſe ut principalem obligavit, non relevetur ab obligatione, & ſolutione, ſi ſiſtat principalem, & primarium debitorem, cùm ſe ut principalem obligando beneficio ordinis, & excuſſionis, der Gewerſchafft vnnd Waigerung / prout antiqua verba ſonant, incapacem reddiderit.

25 Tametſi igitur articulus noſter ſtatim in principio diſponat, quòd regulariter fidejuſſor non teneatur de intereſſe, damnis, & expenſis, quæ in judicio excuſſionis impenduntur, juxta verba, Es ſoll auch derſelb Gelter ſolche Klag ſelbſt vertretten / vnd außrichten / dem Porgen ohne Schaden / ſi tamen quis ſe cum fidejuſſoria obligatione ſimul etiam ut principalem obſtrinxit, ad omne damnum, & intereſſe, litiſque expenſas obligatur; Ratio eſt, quia verè habetur pro principali, & cùm exceptio ordinis, & excuſſionis ei denegetur, meritò ſuo periculo judicium ſubit.

26 Secunda exceptio eſt, ſi debitor principalis bonis ceſſerit, nam, cùm per ceſſionem legitimè factam conſtet, beneficium ordinis, & excuſſionis inutile eſſe, meritò contra ipſum fidejuſſorem ſtatim actio admittitur. *l. nam is. 6. ff. de dolo malo. Gail. loc. cit. obſerv. 27. num. 16.* Cui exceptioni addere potes alteram eidem ſimillimam, ſi ſcilicet excuſſio jam priùs per alium ex creditoribus facta fuerit, tunc enim nova excuſſione opus non eſt, cùm prior ſententia excuſſoria rem faciat eſſe notoriam. *Manz. dict. cap. 7. n. 48.* Diximus tamen, de ceſſione bonorum, vel excuſſione debitoris legitimè, & plenariè facta, nam ſi juxta *Artic. 6. Tit. præced.* appareat, & verificetur, quòd debitor principalis in ceſſione, vel priore excuſſione fraudem, aut dolum in præjudicium creditorum commiſerit, quædam bona occultaverit, vel aliò tranſtulerit, vel quovis modo ſubtraxerit, id fidejuſſori præjudicio eſſe non poteſt, quo minùs beneficio ordinis uti poſſit, donec ceſſio, vel excuſſio legitimè, integraliter, & plenariè fiat.

27 Tertia exceptio eſt, ſi notorium ſit, debitorem principalem ſolvendo non eſſe: Oder ſonſten kundtlich / vnd offenbar wäre / inquit articulus, daß bey jhme nichts zubekommen. *Zanger. loc. cit. n. 15. Gail. 2. obſerv. 27. n. 15. Mynſing. cent. 2. obſerv. 15. n. 2.* Per rationem, quia in notoriis ordo juris non obſervatur. Dicitur autem notorium, quod ita evidens eſt, ut nulla tergiverſatione celari poſſit. *cap. fin. x. de cohab. cleric.* Si igitur per famam vicinorum, vel aliundè ſufficienter conſtet, quòd debitor omnibus bonis deſtitutus ſit, beneficium ordinis, & excuſſionis inutile eſt, fruſtra enim excuſſio petitur, ubi nihil excutiendum reperitur. An autem ſtetur juramento debitoris aſſerentis, quòd pauper ſit, & nihil in bonis habeat? Vid. apud *And. Gail. dict. obſerv. 27. num. 15.* & apud *Dan. Moller. ad conſtit. Saxon. part. 5. conſt. 22. num. 4. & 5.*

28 Quarta exceptio eſt, ſi principalis debitor non ampliùs exiſtat in Provincia, ſed domiciliũ ſuum jam aliò tranſtulerit, Da er nit mehr im Land / ſonder ſein Hauß-Weſen / inquit articulus, in einem anderen Land angeſtellt hätte / concordat hoc cum *Auth: præſente. Cod. de fidejuſſ.* abſente autem reo, inquit textus, præſens interceſſor jure quidem convenitur, ipſo tamen defide-

ſiderante judex definiet tempus, intrà quod deducat reum primò conveniendum, ipſo in ſubſidium conſervando. Eſt igitur longinqua abſentia debitoris principalis juſta cauſa conveniendi fidejuſſorem ante excuſſum principalem debitorem. Diximus, longinqua abſentia, quæ faciat, ut debitor principalis ſine magna difficultate conveniri non poſſit. *Gomez. var. reſol. tom. 2. cap. 13. n. 14. Gail loc. cit. n. 35. Hering. de fidejuſſ. cap. 27. n. 262.* Et licèt *gloſſa ad Nov. 4. cap. 1. in verbo. præſentes.* hunc abſentem dicere velit, qui nulla bona ſub eodem judicio habet, tamen rectiùs alii abſentem dici contendunt, qui eſt extra territorium, quod approbat articulus noſter, qui requirit, ut debitor principalis domicilium ſuum poſuerit extra Provinciam, non ſufficit itaque, ſi is, qui debitum Monachii contraxit, domicilium ſuum transferat Ingolſtadium, ut creditor Monacenſis ſtatim fidejuſſorem ibidem degentem non priùs excuſſo debitore Ingolſtadienſi conveniat, ſed debet ſequi forum debitoris principalis, vel, ut *Auth: præſente* loquitur, ſi deſideret interceſſor, ſive fidejuſſor, debet judex eidem certum tempus definire, intrà quod deducat reum primò conveniendum, ipſo in ſubſidium reſervando, id eſt, intrà quem debitorem principalem ſiſtat excutiendum, quo in caſu fidejuſſor primò in ſubſidium conveniendus eſt: Quamvìs hujus authenticæ diſpoſitio parùm utilitatis hodierno tempore habeat, cùm remiſſiones paſſim in deſuetudinem abierint, non tantùm in delictis, ſed vel maximè etiam in contractibus. *Hartman. Hartm. pract. obſerv. lib. 2. tit. 50. obſer. 6. n. 4.* Nec hodierno jure quis ampliùs in loco contractûs conveniri poſſit, niſi ibidem deprehendatur. *And. Gail. lib. 2. obſ. 36. n. 14.* videantur tamen dicta ad *Art. 6.*

Sed quid dicendum eſt, ſi debitor principalis, V. G. Bavarus domicilium ſuum tranſtulerit in Palatinatum ſuperiorem, anné fidejuſſor hic in Bavaria non priùs excuſſo debitore principali in ſuperiori Palatinatu habitante conveniri poſſit? Ratio dubitandi eſt, quia Palatinatus ſuperior ad territorium Electorale Bavaricum ſpectat, communiter autem beneficium ordinis, & excuſſionis fidejuſſori admittunt, quando cum debitore principali eſt in eodem territorio, & ibidem bona habet, in quibus fieri poteſt executio. *Balthaſar. ad hunc tit. reſol. 1. n. 72. Molin. de juſt. & jur. tract. 2. diſput. 545.* Verùm, cùm jam ſupra dixerimus, quòd Provincia ſuperioris Palatinatûs ſit ſeparata Provincia, quæ diſtinctos ſuos terminos, propria jura, mores, & conſuetudines habeat, putamus, principalem debitorem, poſt translatum domicilium ex Bavaria in Palatinatum ſuperiorem, pro abſente habendum eſſe, ita ut fidejuſſor in Bavaria illo non excuſſo rectè conveniri poſſit, propter ſequentes rationes. Primò, quia articulus noſter pro abſente habet, qui domicilium ſuum tranſtulit extra Provinciam, atqui, ut dictum, Provincia ſuperioris Palatinatus eſt diſtincta, & ſeparata Provincia à Bavarica: Deinde ſecundò, territorium ſuperioris Palatinatus eſt quidem territorium Sereniſſimi Electoris Bavariæ, ſed non eſt territorium Bavaricum, ut proinde rectè dicatur, migrantem in Palatinatum domicilium ſuum extra territorium tranſtuliſſe. Tertiò, in *dicta Novell. 4. & Auth. præſente.* cauſa motiva eſt, quòd fidejuſſori exceptio ordinis, & excuſſionis denegetur, ſi debitor principalis longinquè abſens ſit, ne abſentia illius cedat in fraudem creditoris, eò quòd abſentem ſine magno negotio, difficultate, damnis, & expenſis, ſequi cogeretur, quæ difficultas in fraudem creditoris cedens non minùs ex translatione domicilii in ſuperiorem Palatinatum oritur, quàm ſi domicilium in Sueviam, aut Comitatum Tyrolenſem, utpote propinquiores Provincias translatum fuiſſet. Et hinc quartò, *Molina. loc. cit.* terminum pro ſiſtendo debitore principali à judice denegandum eſſe concludit, quando debitor principalis valdè longè diſtat, ita ut creditoribus tamdiu exſpectare moleſtum foret. Vide, quæ ſcripſimus in ſimili ad *Art. 1. Tit. 9.* der Land-Recht. 29

Et

30 Et quæ hactenus dicta sunt de absente debitore principali, etiam locum habent de debitore latitante, & multò magìs de debitore fugitivo, & vagabundo. *Guid. Pap. decis. 570. n. 1. Hering. de fidejuss. cap. 27. n. 262.* de quo est text: in *l. Fulcineus. ff. quib. ex caus. in possess. eat. Zanger. de except. part. 2. cap. 15. n. 9.* Quod *Berlich.* etiam extendit ad debitorem de fuga suspectum. *lib. 2. conclus. 24. n. 108.*

31 Quid si autem debitor absens, latitans, fugitivus, aut vagabundus, durante judicio cum fidejussore, revertatur, teneturnè nihilominùs fidejussor stare judicio, ita ut excussioni locus non sit? Quod affimat *Schneidew. ad §. si plures. 4. num. 15. Inst. de fidejuss. Berlich. dict. conclus. 24. num. 36.* Ubi plures citat; Et secundùm sententiam nostram paulò antè deductam, verum esse potest; Cùm post litis contestationem, oppositionem beneficii ordinis, & excussionis in Patria nostra ampliùs non admittamus; Sed, cùm alii huic beneficio etiam post litem contestatam in quacunque parte judicii locum tribuant, imò ipse Berlichius velit, quòd etiam post sententiam latam in executione opponi possit, non videmus, quare fidejussoris conditio propter debitoris reversionem debeat fieri deterior: Certè, si, ut paulò antè diximus, debitor principalis post sententiam contra fidejussorem latam de novo bona acquisiverit, ab excussione liber non est, sed fidejussor per novum processum excussionem debitoris petere potest, cur non etiam pendente lite, & judicio, si per debitoris reversionem bona, quæ excuti possint, appareant, fidejussor exceptionem ordinis, & excussionis opponere possit?

32 Dices, quando debitor principalis absens est, ex *Auth: præsente. Cod. de fidejuss.* excluso beneficio ordinis rectè agitur contra fidejussorem, & quia per litis contestationem intrà ipsum, & creditorem quasi contrahitur, mirum videri non debet, quòd reversio debitoris absentis litem cum fidejussore pendentem impedire non possit, obstante quasi contractu ex litis contestatione orto. Respondemus, id ex nostra sententia certissimum esse, cùm negemus, exceptionē excussionis anomalam esse, & post litis contestationem adhuc opponi posse, quod etiam ipse *Schneidew. loc. cit. n. 15.* sustinet, & proinde cum Cyno post debitoris reversionem lite jam contestata fidejussori beneficium ordinis denegat; Cùm autem ipse *Berlich. dict. conclus. 24. n. 127.* contestetur, se semel, atque iterum dixisse, quòd beneficium excussionis tam ante, quàm post litem contestatam, imò etiam post sententiam ad executionem impediendam, & in ipsa instantia appellationis opponi possit, planè non capimus, quare fidejussor ob solam debitoris absentiā, fugam, celationem, aut occultationem, propter litis contestationem potiùs privetur beneficio ordinis, quàm, si litem spontaneè exceptione hac non opposita contestatus fuerit, & se ad judicium per quasi contractum obligaverit.

33 Præmisimus paulò antè, ideò contra fidejussorem in longinqua, & remota absentia debitoris actionem concedi, ne creditor in exigendo debito suo magna difficultate oneretur; Ex quo quidam deducunt, quòd, si Principes, Comites, Nobiles, & alij in dignitate constituti debitores principales sint, fidejussores eorum non gaudeant beneficio excussionis. Item, si debitor ex quacunque alia causa difficilis sit conventionis, utpote, quia habitat in castellis, fortalitiis, castris, aut aliis locis munitis. Item, si sit rixosus, litigiosus, cavillosus, vel aliàs durus homo, qui potiùs consuevit aliena exigere, quàm propria debita. Item, si sit homo potens, tyrannus, qui metit, ubi non seminat. Si sit Ecclesia, clericus, mulier, minor, civitas, universitas, & aliæ hujuscemodi personæ, sive causæ, quæ multa privilegia habent, quorum intuitu creditori exactio sit difficilior. *Manz. cit. cap. 7. n. 43. Gail. 2. observ. 27. n. 25. Mynsing. cent. 2. observ. 15. n. 3.*

Berlich.

Berlich. dict. conclus. 24. n. 22. & multis seqq. Nolumus tamen hæc omnia specialiter examinare, ne opus nostrum nimiùm excrescat.

Continuatio

SUMMARIORUM.

34. *Quid si fidejussor beneficio ordinis, & excussionis renunciaverit, & utrùm in generali renunciatione beneficiorum etiam ista comprehendatur?*

35. *Quæ verba, & clausulæ specialem renunciationem importent?*

36. *Quid si quis pro fisco, vel Principe, aut civitate, &c. fidejusserit?*

37. *Quid si fidejussor dolosè interpositionem fidei neget, & mendacij convincatur?*

38. *Quid si fidejussor pœnitentiâ ductus negationem revocaverit?*

39. *Quando autem non fidejussionem, sed renunciationem beneficij ordinis negaverit, an idem dicendum?*

40. *Quæ pœna tali fidejussori neganti de Jure Bavarico maneat?*

41. *Quot sint adhuc casus, in quibus fidejussor ante principalem debitorem conveniri debeat?*

42. *Quid si pater pro filio in Patria potestate existente fidejusserit?*

43. *An fidejussor in causa criminali de judicio sisti, & judicatum solvi datus gaudeat beneficio ordinis, & excussionis?*

44. *An hoc beneficium locum habeat in causa, quæ de plano, ex æquo, & bono sine strepitu judicij determinatur, uti in foris mercatorum?*

45. *Summarius processus debet fieri de plano, sine strepitu judicij, an ergò exceptio excussionis, & ordinis in eo non sit attendenda?*

46. *An exceptio excussionis non sit à jure Canonico improbata?*

47. *An fidejussor excludatur ab hoc beneficio excussionis, si pro judicato faciendo imploretur officium judicis, & non actio judicati intentetur?*

48. *Utrùm exceptio excussionis coram arbitris, compromissarijs, &c. opponi possit?*

49. *An coram commissarijs principum?*

50. *Quid si fidejussor principali debitori succedit, an non cesset excussio?*

51. *An tam in hæreditarijs, quàm proprijs bonis conveniri possit?*

52. *Quid si fidejussor hæres adiverit hæreditatem cum beneficio inventarij, an teneatur ultra vires hæreditarias, & ex proprijs solvere?*

53. *An non cesset beneficium excussionis, si pro prodigo, furioso, pupillo, &c. intercesserit?*

54. *Si fidejussor bona quædam principalis titulo commodati, vel depositi in manibus habet, an excussionem petere possit?*

55. *Si creditor est debitor fidejussoris, an eum ad compensationem cogere, & beneficio excussionis privare possit?*

56. *An principalis excuti queat, qui non nisi bona feudalia primogenituræ, vel majoratui subjecta, &c. possideat?*

57. *An fidejussor ludi gaudeat hoc beneficio excussionis?*

58. *Item fidejussor ad obstagia obligatus?*

59. *Quid si principalis debitor fuerit in mora solvendi constitutus, utpote monitus, & decesserit, an fidejussor non excussis hæredibus conveniri possit?*

60. *Quid dicendum de fidejussore facti?*

61. *An inter plures Principis officiales substitutos beneficium excussionis locum habeat?*

62. *An possim convenire debitorem debitoris mei non excusso priùs principali?*

63. *Utrùm expromissor habeat beneficiũ ordinis, & excussionis, & quomodò differat à fidejussore?*

Quinta exceptio est, si fidejussor beneficio ordinis renunciaverit; Renunciatio enim huic beneficio consultò, & deliberatè, specialiter, & nuncupatim facta excludit exceptionem excussionis. *Manz. loc. cit. num. 56.* 34

Gail. loc. cit. num. 21. Mynsing. loc. cit. n. 4. & passim alij : Ratio est, quia hoc beneficium introductum est in favorem fidejussoris, liberè ergò eidem renunciare potest, juxta *l. si quis. 20. C. de pactis. cap. statuimus. 23. x. de R. J.* Diximus, de renunciatione deliberata, & speciali : Nam inter DD. magna est controversia, an etiam generalis renunciatio omnium beneficiorum ad excludendam excussionem sufficiens sit ? Quibusdam id asserentibus, quibusdam verò negantibus, & quibusdam distinguentibus inter generalissimam renunciationem, & generalem, taliter tamen conceptam, ut congruè ad beneficium ordinis exsplicari possit. Vid. *Berlich. dict. lib. 2. conclus. 22. per tot.* quia tamen articulus noster specialem, & expressam renunciationem dilucidè requirit, putamus, apud nos non tantùm generalissimam, sed etiam generalem renunciationem insufficientem esse, nisi fortè verba obligationis fidejussoriæ hanc specialem, & expressam renunciationem luculenter importent : V. G. Si fidejussor promittat, se soluturum liberè, ad omnem voluntatem creditoris, omni exceptione remota, mox, illicò, protinùs, confestim, in promptu, in continenti, statim, incunctanter, subitò, absque omni dilatione, extemplò, è vestigio, &c. Vid. *Hering. de fidejuss. cap. 27. n. 319. Tuscus. tom. 3. pract. conclus. litt. E. conclus. 404. num. 20. & seqq. Berlich. loc. cit. conclus. 24. num. 119. cum seqq.* Quamvìs nos multùm subsistamus, an omnes ejusmodi clausulæ conjunctim, vel separatim positæ secundùm jura nostra statutaria specialem renunciationem operentur, cùm omnia verba obligationi fidejussoriæ convenienter intelligi possint, id est, debitore non existente solvendo ; Et proinde diximus, quamcunque generalem renunciationem non sufficere, nisi verba obligationis fidejussoriæ renunciationem excussionis per necessariam consequentiam involvant. Qualia sunt, si fidejussor spondeat, se primo loco satisfacturum,&c. se velle teneri loco principalis, &c. se non usurum beneficio *Auth. præsente*, *&c.* se sine auxilio *Novell. 4.* satisfactionem præstiturum, & si quæ alia similia verba adhibeantur, cùm ex iis nulla alia conjectura sumi possit, quàm quòd intentio fidejussoris sit, renunciandi beneficio excussionis.

35

36 Deinde volunt DD., quòd renunciatio etiam tacitè inducatur ipso facto, ut si quis V. G. fidejubeat pro fisco, pro Principe, pro Republica, pro civitate, aut alia communitate, &c. per rationem, quòd fidejussor sciat, vel scire possit, fiscum, Principem, Rempublicam, civitatem, communitatem, &c. semper solvendo esse, ut consequenter intercedendo beneficio excussionis renunciare censeatur, cujus intuitu non tantùm ex capite difficilioris conventionis, sed etiam ex capite tacitæ renunciationis privilegio ordinis uti non possit. Vide : *Berlich. loc. cit. num. 9. 26. & 27.* De quo tamen multùm hæsitamus, cùm non solùm civitates, oppida, & alias communitates depauperatas viderimus, sed etiam quosdam Principes, maximè subalternos, quos cadetos vocant, ita obæratos, ut excuti, & subhastari debuerint. Si quis igitur pro tali fidejusserit, nihil obstare videmus, quo minùs beneficio ordinis utatur.

37 Sexta exceptio est, ut fidejussor beneficium excussionis irreparabiliter amittat, si interpositionem fidei suæ inficietur, & deinde mendacii convincatur, Wann er die Porgschafft gelaugnet hätte / aber solche erwisen worden wäre. *Mynsing. cent. 2. observ. 15. Schneidew. ad §. si plures. n. 9. Inst. de fidejuss. Harprecht. ibidem. n. 52. Gomez. loc. cit. cap. 13. n. 14. Vers. septimò limita. per text. express. in l. 10. §. 1. ff. de fidejuss.* Ratio est, quia mendacium necat privilegium. *l. penult. Cod. si contra jus, &c. l. 1. Cod. commodati.* Et nemo fructum debet consequi ex eo, quod nisus est impugnare. *l. 8. §. meminisse. 14. ff. de inoff. Harprecht. loc. cit. n. 55. Manz. cap. 7. n. 53.* Quod tamen ita verum est, si fidejussor intentione fallendi, & sic dolo malo, & fraude negaverit, se fidejussisse, secus si sine dolo, & fraude, sed tantùm

tùm ex errore probabili, & verisimili negaverit. Et ita intelligunt *d. l. 10.* communiter DD. Vid. *Berlich. loc. cit. n. 93. Hering. part. 1. cap. 27. n. 218.* sicut etiam negatio, quæ ab advocatis in foro communiter per verba generalia fit, nego narrata, prout narrantur, pœnam amittendi privilegium ordinis non inducit. *Schneidew. loc. cit. n. 9. Gabriel. commun. conclus. lib. 5. de acquir. possess. cap. 5. n. 28.* quia ista clausula à forensibus potiùs ex consuetudine, quàm ex malo animo fidejussionem negandi interponitur. Aliam rationem dat *D. Manz. loc. cit.* quia, qui negat fidejussionem, negat immediatam causam hujus beneficii, sed qui negat tantùm narrata, prout narrantur, non immediatam causam beneficii negat, sed solummodò substantiam libelli, ergo, &c. Vid. *Hering. dict. cap. 27. n. 221.*

Denique negationem fidejussionis non obesse inficianti, dicunt aliqui, 38 quando fidejussor pœnitentiâ ductus inficiationem, sive negationem revocavit. Duplex autem iterum hac in parte opinio est, quo tempore fieri debeat revocatio, an scilicet ante litem contestatam, vel ante fidejussionis probationem, & consequenter ante convictionem fidejussoris de mendacio? Nostra opinione non errant, qui hanc pœnam mendacio imponunt sine ulla pœnitudinis gratia, eò quòd in delictis pœnitentia post factum non præstet mitiorem sententiã, aut gratiam: Sive igitur mendax in judicio mendacium ante litem contestatam, sive post litis contestationem revocet, beneficium excussionis per inficiationem fraudulentam, & dolosam in præjudicium creditoris ipso invito non recuperat, cùm id, quod extinctum est, non reviviscat. Si autem ipse creditor injuriam sibi factam remittere, & mendacium condonare, vel dissimulare velit, cùm ex tali mendacio Respublica nullum damnum, & præjudicium incurrat, ei liberum erit. Sed quòd si mitiori sententiæ locum concedas, ut misericordiæ potiùs, quàm rigori juris (quia *l. 10. §. ita demum. 1. ff. de fidejuss.* nulli pœnitudini locum facit) adhæreas, tecum non litigabimus: Interim tamen malitiosè negans tenetur ad omnes expensas, quæ in processu usque ad revocationem inficiationis factæ sunt. Vid. de hac quæstione pro nostra opinione *Cassan. ad Consuet. Burgund. rubr. 1. §. 6. num. 7. Bald. Alexand. & Jason. ibidem ab eo citati.*

Sed estné idem peccatum, si creditor dicat, fidejussorem renunciâsse 39 beneficio ordinis, seu excussionis, is autem renunciationem neget, & desuper convincatur? Et dicimus, quòd propterea beneficium excussionis non amittat: Ratio est, quia *l. 10. §. 1.* loquitur tantùm de negante, & inficiante ipsam fidejussionẽ, in quibus terminis etiam articulus noster subsistit, ergò ad negantem renunciationem fidejussionis extendenda non est, cùm pœnalia magìs restringenda sint, & ita tenet *Hering. loc. cit. num. 229.* Quod nos eò libentiùs admittimus, cùm regulariter amissio juris non sit pœna mendacii, nisi in casibus specialiter à jure expressis, quos enumerat *Antonius Gabriel. de acquir. vel omitt. possess. lib. 5. conclus. 5. per totum.*

Et in his sex casibus modò exsplicatis antiqua nostra jura Bavarica fi- 40 dejussori, qui suum evictorem, seinen Gweren / id est, secundùm superiùs exsplicata, den Selbstschuldner / sistere, id est, se ab actione instituta liberare non potuit, cùm ipse obligaretur efficaciter adempto beneficio excussionis, puniebatur etiam pro septuaginta duobus nummis indistinctè: Articulus autem noster tantùm in causa negationis, sive inficiationis mulctam judici arbitrariam reservat, quam utique ad superiora restringere debemus, si negatio dolosè, malitiosè, & fraudulenter, & non ex nudo errore facta sit: Quamvìs vix unquam viderimus, temerariis litigatoribus aliquid pœnæ nomine irrogatum, sed plerumque etiam in causis satìs liquidis ex-

pensarum compensationem factam esse, quæ facilitas pruriginem litigandi stimulat.

41 Quæres, an extra hos sex casus, semper inhærendum sit regulæ in articulo nostro positæ, quòd principalis debitor ante fidejussorem conveniri debeat? Et Respondemus, longè plures esse à Doctoribus, his in majori, aliis in minori numero allegatos. Omnium exactissimus fuit *Berlich.* qui *lib. 2. conclus. 24.* 94. casus enumerat; Quorum tamen aliquos non admittit, & nos in sex nostris exceptionibus ex similitudine rationis plures comprehensos jam sufficienter exsplicavimus. Quia tamen articulus noster alios casus in jure communi fundamentum habentes non excludit, paucos adhuc in foro frequentiores subjungemus, sed breviter, & compendiosè.

42 Primus est, si pater pro filio fidejusserit. *l. denique. 3. §. sed utrùm. 4. ff. de minoribus.* per rationem, ne deciperentur creditores, filiis nihil habentibus, unde solvere possint. *l. penult. §. taberna. ff. de Instit. act. l. 1. Cod. ne filius pro patre. Gail. lib. 2. observ. 27. n. 33. Berlich. dict. conclus. 22. n. 6. Hering. loc. cit. cap. 27. n. 244.* Ex qua ratione tamen statim sequitur, patri non denegandum esse beneficium excussionis, si fidejussor sit pro filio emancipato, vel per nuptias, aut alio modo à patria potestate liberato, cùm præsupponatur esse sui juris, & propterea ejus bona propria priùs veniant excutienda. *l. 1. Cod. de filiysfam. & quemad. &c.* Item, si filiusfamiliâs peculium castrense, vel quasi castrense, aut adventitium habeat, ad se cum hac conditione delatum, ne patri acquiratur usufructus. Item si pater fidejussit pro filio, cùm decurionatum acciperet. *l. 3. Cod. de decurion.* quoniam hæredes patris non tenentur Reipublicæ mortuo patre, nisi priùs excussis bonis propriis filii decurionis, *Hering. dict. cap. 27. num. 245. Caroz. tract. de excuss. bon. part. 2. quæst. 6.* Ubi hanc materiam omnium fusissimè exsplicat.

43 Secundus est, in fidejussore de judicio sisti, & judicatum solvi. *Gabriel. de fidejuss. lib. 3. conclus. 1. n. 86. Mantica. de tac. & ambig. convent. lib. 16. tit. 17. n. 40. Manz. dict. cap. 7. n. 109. Mynsing. cent. 2. observ. 15. n. 10.* Et licèt hi Doctores simpliciter videantur loqui de omni fidejussione, quâ quis alterum in judicio sistere, & pro eo rei judicatæ satisfacere spondet, tamen nobis videtur rectè distinguere *Berlich. loc. cit. n. 14. & 15.* inter fidejussorem in causa civili, & inter fidejussorem in causa criminali de judicio sisti, & judicatum solvi fidejubentem, Cùm textus in *l. fin. §. ult. Cod. de usuris rei jud.* in causa civili fidejussori satìs clarè beneficium excussionis tribuat; Postquàm enim Imperator Justinianus tempus quadrimestre ex causa civili condemnatis pro solutione rei judicatæ indulsisset, antiquitas has inducias fidejussoribus de judicato solvendo constitutis denegabat, quod Imperator in *dict. l.* improbat, & hanc acerbitatem resecando statuit, ut quadrimestre tempus fidejussoribus non minùs, quàm ipsis principaliter condemnatis competere debeat, per rationem, quam ibidem annectit, cùm enim interventor, sive fidejussor solvere coactus reum coërcere possit ad invitam solutionem, nullum condemnatus habet sensum nostræ humanitatis, quia per medium fidejussorem statim pecuniam persolvere compellitur, quasi dicat Imperator, fidejussori condemnato datur actio adversùs reum principaliter condemnatum, quid ergò prosunt quadrimestres induciæ reo concessæ, si fidejussor eum excutere, & statim ad paratam solutionem compellere possit? Qui videtur esse sanus sensus dictæ legis, ad quam glossa in ejus exsplicatione se multùm torquet: Si ergò fidejussor reum principalem cogere potest ad paratam solutionem, necesse est, ut ipsi competat beneficium ordinis, & excussionis: Aliud est in fidejussore in causa criminali dato, quia ille beneficio excussionis non gaudet, sed potest judex contra

eum,

eum, ut reum judicio ſiſtat, vel judicatum ſolvat, ſtatim executivè procedere: *l. ſi quis reum. 4. ff. de cuſt. reorum. c. cùm homo. 19. & c. 23. quæſt. 5. Berlich. loc. cit. n. 15. Hering. loc. cit. n. 316.* Aliam diſtinctionem adducit idem *Hering. loc. cit. n. 317.* ut ſcilicet fidejuſſor excludatur ab hoc beneficio, ſi imploretur officium judicis pro faciendo judicato, quia in hoc caſu ſummariè proceditur: Non excludatur verò, ſi actio judicati intentetur, quia hoc caſu ordinariè proceditur: Ubi citat *Ludolph. Schrader. in miſcellan. cap. 5. n. 20.* Et hinc naſcitur

Tertius caſus: Quòd beneficium ordinis, & excuſſionis locum non habeat, ſi cauſa ex æquo, & bono determinanda ſit, & ſine ſtrepitu judicii. 44
Gail. dict. obſerv. 27. n. 26. Mynſing. cent. 2. obſerv. 15. n. 5. Kirchhoff. cent. 3. commun. opin. concluſ. 26. Rationem reddit *Gail. loc. cit.* quia excuſſionis exceptio eſt de apicibus juris, ſed ubicunque cauſa decidenda eſt ſecundùm æquitatem, ea quæ de apicibus, & rigore juris ſunt, non attenduntur. *Manz. cit. cap. 7. n. 93.* Et hinc etiam inter mercatores non habet locum exceptio excuſſionis: *Gail. n. 27. Mynſing. n. 5. Gabriel. n. 98. Zanger. part. 2. cap. 16. n. 14.* quia in foro mercatorum ſum̃ariè, & de plano, ex æquo, & bono, non inſpectis apicibus juris proceditur. *Gomez. var. reſol. cap. 3. n. 14. verſ. 4. Manz. loc. cit. n. 94.*

Dices, cùm apud nos in Summario Proceſſu noſtro omnia agantur ex 45
æquo, & bono, de plano, & ſepoſitis proceſsûs ordinarii apicibus, & difficultatibus, ut diximus ad præfationem Summarii Proceſſus, neceſſariò ſequi, quòd in illo nunquam admitti debeat exceptio ordinis, ſive excuſſionis: Cùm tamen omnia beneficia fidejuſſoribus indulta in omnibus judiciis noſtris minoribus, & altioribus quotidiana praxi fidejuſſoribus integrè obſerventur: Et Reſpondemus, aliud eſſe, bonum & æquum in modo procedendi, & aliud in ſubſtantia, & modo judicandi. In Proceſſu Summario quoad ſubſtantiam, & juris obſervantiam judex ab apicibus juris, niſi ſpecialiter ſtatuatur, liber non eſt, ſed solùm ab apicibus proceſsûs, cùm natura Summarii Proceſſus ſit, ut de plano, & ſine ſtrepitu judicii non attentis ſolennitatibus proceſsûs, procedi debeat, quando autem judicatio permittitur ex æquo, & bono, nudâ veritate inſpectâ, clauſulæ procedendi de plano, ſummariè, ſine ſtrepitu judicii inanes ſunt, cùm ſemper æquitatis ratio habenda ſit, in qua fundantur fidejuſſorum ſingula beneficia: Et hinc neceſſarium eſt, ut in Summario Proceſſu noſtro exceptio excuſſionis, & reliqua fidejuſſorum beneficia attendi debeant. Imò non deſunt plures auctores, qui hanc opinionem, quòd in foris mercatorum exceptio ordinis locum non habeat, omninò explodant. *Bertazoll. clauſ. 42. gloſſ. 4. num. 3.* Cùm reverà hæc ipſa exceptio, ut diximus, nitatur ſumma æquitate, ut proinde illam nemo magìs, quàm ipſi mercatores in foro ſuo obſervare debeant.

Inſtabis, hoc ipsò, quòd exceptio excuſſionis ſit de apicibus juris, il- 46
lam à jure Canonico improbatam eſſe; per text: in *cap. pervenit. 2. x. de fidejuſſ.* Ex quo Berlich: hanc aſſertionem manifeſtò probari affirmat, quo præſuppoſito ſequi videtur, cùm materiam animæ, & conſcientiæ concernat, maximè obſervandam eſſe in judiciis ſummariis, & aliis, in quibus proceditur de plano, ex æquo, & bono, ſine ſtrepitu judicii, & rejectis apicibus, & implicatis difficultatibus juris. Sed Reſpondemus, allegatum textum juris Canonici nullo modo probare, beneficium excuſſionis ſublatum eſſe, cùm gloſſa expreſsè præſupponat, in arbitrio creditoris fuiſſe, ipſos debitores ibi nominatos, vel fidejuſſorem conveniendi, eò quòd fidejuſſor beneficio ordinis renunciaverit, vel (ut nos ſupplemus) ſe ut principalem obligaverit, vel certè alio modo, de quibus hactenus diximus, ſe prædicto beneficio fortè, ut textus in fine innuit, per juramenti religio-

nem incapacem reddiderit : Deinde, etiamsi concedamus, de jure Canonico antiquum jus codicis, quo creditori liberum erat, convenire principalem debitorem, vel fidejussorem, adhuc in usu esse, id tamen, quia materiam conscientiæ non concernit, *Novellæ 4. & Auth. præsente.* in foro sæculari præjudicio esse non potest. Certè, cùm æquitas dictæ novellæ, & auth: in propatulo, toti mundo nota, & perspecta, atque ubique gentium recepta sit, in foro nostro sive summario, sive ordinario inter quoscunque litigantes, etiam ipsos mercatores, (quibus æquitatis observatio præ reliquis convenit) omninò, & sine contradictione affirmamus : Interim ingentem cathalogum DD. contexere possemus, qui omnes etiam ex jure Canonico beneficio ordinis, & excussionis locum esse, defendunt, inter quos præcipuus est *Ludolph. Schrader. in miscellan. cap. 5. num. 51. Caroz. de excuss. bon. part. 2. quæst. 51. num. 1. & seqq. Mant. de tac. & ambig. convent. lib. 16. tit. 17. num. 41. & seqq.*

47 Quid igitur dicendum ad supradictam Heringii distinctionem, quòd contra fidejussorem ad executionem procedi possit, si non actio judicati fuit intentata, sed nudum officium judicis imploratum ? Nos Respondemus cum subdistinctione, an lis contra fidejussorem, de judicio sisti, & judicatum solvi, fuerit instituta per modum ordinariæ actionis, & fidejussor non opposita, vel obstante exceptione excussionis condemnatus ; Tunc enim contra ipsum ad executionem procedi potest, sive imploretur officium judicis, sive agatur ex re judicata, si autem fidejussor non præsupponatur esse conventus, nec condemnatus, sed nudè judicis officium imploratum, ut fiejussor ad reum sistendum compellatur, vel ad id, quod contra ipsum debitorem principalem judicatum est, solvendum, putamus, ipsum rectè exceptionem excussionis opponere : Ineptias enim judicamus, ut judici concedatur justissimæ dispositionis relaxatio ob nudum terminum implorati officii, quasiverò illud cancellos æquitatis egredi possit ? Si autem judex priùs per viam ordinariæ actionis contra reum principalem processit, in ipsius arbitrio non est, ut ab eo desistat, & contra fidejussorem non auditum, nec in lite constitutum, aut condemnatum, novum processum executivum incipiat. Excutiat igitur principalem debitorem, & illum secundùm *l. fin. Cod. de usur. rei judic.* ad invitam solutionem compellat, & postmodùm primùm, si solvendo non inveniatur, in subsidium officium suum imploratum contra fidejussorem exerceat. Et hic nobis videtur in ejusmodi causa demum esse verus, & rectus modus procedendi, non ut judex ab actione ordinaria ad alium processum per implorationem, & quidem à debitore principali ad fidejussorem saltum faciat.

48 Et ex his apparet, quid dicendum sit ad illam quæstionem, an excussio locum habeat coram arbitro, vel arbitratore, item coram commissariis Principis, quibus processus ex rescripto illius, vel alterius cujuslibet superioris, ita commissus est, ut sola facti veritate inspecta procedatur ? Quamvìs enim multi DD. ex ijsdem principiis, de quibus hactenus diximus, in ejusmodi processibus beneficium ordinis, vel excussionis penitùs excludant, nos tamen hanc opinionem nullo modo approbare possumus, nam, quod attinet ad arbitros, & arbitratores, differentia illa in Processu nostro Summario *Art. 7. Tit. 2.* omninò sublata est, & debent regulariter compromissarii observare, quæ in Processu nostro Summario observanda præscribuntur, ut ibidem fusiùs exsplicavimus : Sicut igitur in Processu Summario beneficia fidejussorum sublata non sunt, ita multò minùs in processu coram compromissariis, sive arbitris dici possunt esse sublata : Nec interest, quòd arbitri, & compromissarii ad apices juris non ita strictè obligati sint, sed ex æquo, & bono laudum, sive arbitramentum dicere possint : Nam, cùm beneficium excussionis, ut præmisimus, in summa fundetur æquitate, eò adduci

duci non possumus, ut credamus, à tam laudabili dispositione juris arbitros ad nudam suam voluntatem, vel potiùs, cùm sæpè homines plebei, & imperiti sint, ad nudum suum capricium recedere posse, imò, si ponamus, jus codicis adhuc in usu esse, ut fidejussor ante debitorem principalem conveniri possit, aut ut in arbitrio creditoris sit, ipsum debitorem principalem, vel fidejussorem conveniendi, quòd arbitrorum, sive compromissariorum officium esset, creditorem potiùs ad conveniendum debitorem principalem, quàm fidejussorem disponendi, cùm utique æquitas, quæ arbitris singulariter commendatur, magìs suadeat, ut solutio fiat ab eo, in cujus utilitatem pecunia credita cessit, quàm ab illo, qui ad preces amici fidem suam sine omni commodo interposuit. Vid. *Berlich. loc. cit. num. 47.* Ubi dissentientes opiniones aliquibus distinctionibus concordare conatur, licèt ipse fateatur, affirmativam sententiam à pluribus auctoribus ibi citatis defendi, prout etiam *Hering. dict. cap. 27. num. 288.* eleganter demonstrat, commis- 49
sarios Principis, qui juxta rescriptum jubentur causam ex æquo, & bono dijudicare, ad beneficiũ ordinis observandum obligatos esse, quod etiam Berlich: approbat, ut proinde capere non possimus, cur potestatem compromissariorum ex æquo, & bono judicandi majorem, & potiorem esse existimet, quàm commissariorum, quibus eadem potestas à Principe per speciale rescriptum concessa est. Tutius ergo est, si dicamus, quòd neque potestas, sive facultas summariè, & de plano procedendi, neque ex æquo, & bono judicandi, nec arbitris, aut compromissariis, nec commissariis Principis, aut alterius superioris suprematum habentis, nec inter mercatores, & alios beneficio excussionis tam æquo, sancto & religioso quidquam derogare possit. Et idem, quod hactenus diximus de clausula judicandi ex æquo & bono, etiam locum habet in clausula judicandi sola veritate inspecta, licèt enim *Gail. 2. observ. 27.* existimet, quòd hæc quoque tollat beneficium excussionis, tamen Græväus ibidem ex aliis probatissimis auctoribus, rejectis aliorũ distinctionibus nostra opinione rectissimè negat; Nulla enim prorsùs ratio apparet, quare beneficium excussionis æquissimum cum veritate stare non possit.

Quartus casus est, si fidejussor principali debitori successit; Ratio est, 50
quia tunc fit principalis. *l. Stichum. 95. §. 3. ff. de solut. l. hæres. 21. §. fin. ff. de fidejuss. l. fidejussores. 24. Cod. eodem.* Jam supra enim diximus, quòd hæres cum defuncto sit una, eadémque persona, & propterea, quòd hæres debitoris adeò sit obligatus, ut etiam in propriis bonis excuti debeat, antequàm concedatur actio adversùs fidejussorem.

Et licèt ibi locuti fuerimus de hærede alio, non fidejussore, idem ta- 51
men dicendum est, quando fidejussor fit hæres, tunc enim confunduntur actiones, ita ut fidejussor nullo ampliùs beneficio excussionis opus habeat, sed principalis factus tam in hæreditariis, quàm propriis bonis principali actione conveniri possit, quod equidem per se clarum est.

Sed quid si fidejussor adiverit hæreditatem non aliter nec alio modo, 52
nisi cum beneficio inventarii: Quæstio oritur, si bona hæreditaria solvendo non sint, an creditoribus etiam de propriis bonis satisfacere teneatur? Rationes dubitandi sunt, quia hæres confecto inventario ultra vires hæreditarias non tenetur, per aditionem autem hæreditatis actio fidejussoria tollitur, & cum principali actione confunditur, ut successor non ampliùs tanquàm fidejussor, sed ut principalis conveniri debeat. *l. generaliter. 5. ff. de fidejuss. l. fidejussor. 24. Cod. eod. l. 95. §. 3. ff. de solut.* Deinde, si talis successor ultra vires hæreditarias conveniri posset: id fieri deberet, vel ex obligatione debitoris principalis, vel ex obligatione propria fidejussoria, neutrum dici potest: Non primum, cùm confectio inventarii impediat, ne tanquam principalis ultra vires hæreditarias teneatur: Non secundum,

quia

quia per aditionem hæreditatis, & confusionem actionum supponitur actio ex stipulatione, quâ tanquam fidejussor tenebatur, extincta esse, actio autem semel extincta ampliùs non reviviscit. Sed nemo non animadvertit, hoc fore iniquissimum, cùm beneficium inventarii ad hoc tantùm adinventum sit, ne hæres ex successione gravetur, non ut à propriis obligationibus liberetur, quod reverà contingeret, si aditio hæreditatis per confusionem ipsum à sua propria obligatione fidejussoria liberaret. Dicimus ergò, certum esse, fidejussorem ultra vires hæreditarias manere obligatum, & quidem ex primæva actione fidejussoria, licèt enim actiones confundantur per aditionem hæreditatis, attamen hoc tantùm intelligendum est inter ipsum defunctum, & successorem hæredem, non inter hæredem, & inter tertium creditorem, qui hæredem priùs habuit obligatum: Verum quidem est, quòd talis hæres actione principali in solidum conveniri possit, quando autem excipit, se ultra vires hæreditarias obligatum non esse propter confectionem inventarii, rectè tertius creditor replicat, quòd beneficium inventarii prosit quidem ipsi contra nudos creditores hæreditarios, non verò contra propriam obligationem, quæ per aditionem hæreditatis in tertii præjudicium nec confundi, nec extingui potuit. Vid. de hac quæstione *Hering. de fidejuss. cap. 20. §. 16. n. 35. Caroz. de excuss. bon. part. 2. quæst. 58. n. 1. & seqq. Berlich. loc. cit. n. 60.*

53 Quintus casus est, in naturaliter tantùm obligato, puta, quia quis fidejussit pro pupillo, vel minore sine curatoris auctoritate contrahente, pro furioso, prodigo, servo, vel quacunque alia persona ad contrahendum de jure incapaci, &c. Ratio per se clara est, cùm enim beneficium ordinis, & excussionis non concedatur fidejussori, quando principalis difficilis est excussionis, multò minùs concedi debet, quando excussio prorsùs est impossibilis. *Gail. loc. cit. num. 20. Mynsing. loc. cit. num. 11. Hering. cap. 27. num. 259.*

54 Sextus casus est, si fidejussor aliquid de bonis principalis debitoris possideat, frustrà enim excussionem desiderat, qui jam sufficientia bona in manibus habet, ut se ipsum indemnem servare possit. *Hering. loc. cit. n. 464. Gabriel. dict. conclus. n. 108. Mynsing. loc. cit. n. 6.* Idem est, si res debitoris apud fidejussorem tantùm sint titulo commodati, vel depositi, quia jus retentionis habet, donec sibi refundatur, quod nomine principalis solvere cogitur: Et quamvìs Hering: ratione rei depositæ subsistat, an à fidejussore retineri possit, cùm adeò privilegiata sit, ut ejus restitutionem nec exceptio non numeratæ pecuniæ, nec compensatio, nec exceptio doli mali, nec jusiurandum remorari possit. *l. ult. C. de non numer. pecun. l. ult. C. de compens. l. si quis. C. depositi. cap. ult. x. depositi.* Tamen hujus rei remedium in promptu est, ut fidejussor rem depositam quidem restituat, sed faciat statim ad manus judiciales sequestrari, & judicio excussionis subjici, quo casu fidejussor se facilè indemnem servare potest. Idem dicendum, si creditor sit debitor fidejussoris, & is, id est creditor vult uti compensatione,
55 tunc fidejussor cogi potest per creditorem ad secum faciendam compensationem, nec beneficio excussionis uti potest. Hic casus est singularis, & pulcher, qui facilè contingere potest. Vid. *Schneidew. ad §. si plures. 4. Inst. de fidejuss. Hering. loc. cit. n. 313.* quod facilè nos admittimus, si compensationis debitum æquè liquidum sit, ac debitum principale, nam, si fidejussor legitimas exceptiones habeat, rectè beneficium excussionis opponit, juxta comunem regulam, quòd liquidum cum illiquido non compensetur. *l. ult. C. de compens.*

56 Septimus casus est, si principalis debitor possideat bona, quæ in executionem non veniunt: V. G. Primogenituræ, vel majoratui subjecta, feudalia, vel aliàs controversa, & dubia, aut prorsùs inutilia, quæ empto-

rem

rem non inveniant, talis enim debitor principalis habetur pro inidoneo; & non solvendo existente, aut ad minimum pro difficulter conveniendo, & exequendo, in quibus omnibus casibus ex supra dictis fidejussor ante principalem rectè convenitur. Vid: tamen, quæ de fructibus rerum feudalium ad *Tit. 11. Art. 4. Summarij Processus*, diximus, quòd executio saltem in fructibus feudalibus fieri possit, quæ, si sufficiant ad satisfaciendum creditori, non malè fidejussor beneficium ordinis opponit; Quod etiam de fructibus bonorum, primogenituræ seu majoratui subjectorum, convenienter dicendum est: Si autem non sufficiant, creditor efficaciter agit contra fidejussorem, cùm ipsius conditio, ut sæpiùs jam monuimus, ob difficultatem principalis conveniendi non debeat fieri durior, aut deterior.

Octavus casus est, in fidejussore ludi, *Berlich. loc. cit. n. 117. Hering. dict. cap. 27. n. 314.* Ubi rationem reddit, quòd fidejussor ludi plerumque pignus, vel prœmium fidejussionis capiat, quæ ratio tamen satis infirma est, nobis videtur firmior esse, si dicamus, ludos tanquam Reipublicæ nocivos, ex quibus plerumque oriuntur plasphemiæ, rixæ, discordiæ, paupertas, prodigalitas, abusus temporis, neglectus rei domesticæ, cultûs divini, & plurima alia mala, esse vel maximè odiosos, ut ita fidejussor, qui pro lusore intercessit, nullo beneficio dignus sit: Apud nos hæc exceptio nullius momenti est, cùm omnis lusus etiam juxta *Tit. 8. Lib. 5.* der Lands- vnd Pollicey-Ordnung/ honestus, licitus, & permissus non aliter possit fieri, nisi (ut loquuntur) in contanti, id est pro parata pecunia, ita ut lusor, qui alteri collusori fidem de pretio habet, eum nulla actione convenire possit, juxta *Art. 2. Tit. 31.* der Land-Recht / & fidejussoria intercessio declaretur prorsùs nulla, & irrita. 57

Nonus casus est, in fidejussore ad obstagia obligato: *Hering. dict. cap. 27. n. 309.* & *Berlich. loc. cit. n. 122.* Est autem pactum obstagii, quo fidejussores nomine principalis debitoris in casu non factæ solutionis tempore convento, & constituto, obstringunt se creditori, quòd requisiti ab ipso, ejus hæredibus, vel alio ejus nomine ad hospitium publicum sibi pro obstagio nominatum, omnes, & singuli cum tot ministris, & equis, quot in tabula cautionis sunt expressi, ingressuri, neque inde recessuri sint, donec creditori tam de sorte, quàm de usuris, damnis, & expensis omnibus satisfactum sit, vulgò vocatur, der Eintritt / vnnd Laistung / oder Laistmanung. Vid. *Besold. in verb.* Eintritt. & *Faust. pro ærario ordin. 332.* De quo pacto plura invenies apud *Gail. 2. obs. 45.* apud *Moller. in semest. 3. cap. 30. Modest. Pistor. quæst. 138.* Quæ pacta, cùm uxta dictum Mollerum propter fœdum abusum, primùm in Saxonia, & deinde in toto Imperio eliminata sint, operæ pretium in eorum ulteriori exsplicatione non facimus, qui plura scire desiderat, modò citatos auctores consulat. 58

Decimus casus est, si principalis pro solutione fuerit monitus, sed in mora solvendi tamdiu constitutus, donec decesserit, tunc enim potest procedi contra fidejussorem, antequàm hæredes excutiantur. *Mynsing. dict. cent. 2. n. 13. Gabriel. de fidejuss. conclus. 1. n. 114.* De quo tamen, an verum sit, non immeritò subsisti potest, quia vix apparet, quare debitoris mora conditionem hæredum, qui, ut supra diximus, ante fidejussorem excuti debent, possit facere meliorem, fidejussoris autem duriorem. 59

Undecimus casus est, in fidejussore facti: Nam factum per substitutum præstari non potest; Duo enim, si faciant idem, non est idem. *Gabriel. loc. cit. num. 110.* Sunt etiam quidam casus, qui videntur beneficio excussionis locum facere, cùm tamen reverà cum illo nihil commune habeant, aut habere videantur: E. C. Primò, si quis Princeps duos officiales pro eodem officio obligatos habeat, vel æquè principales, vel unum principalem, & alterum subalternum, ut auxiliatorem, & quasi mini- 60 61

ſtrum illius. Quæritur, ſi unus ex illis in adminiſtratione fuit infidelis? an etiam alter teneatur pro eo, vel an infidelis priùs excuti debeat? Et Reſpondet *Berlich. loc. cit. n. 8.* quòd ambo officiales, ſive ſint paris potentiæ, & auctoritatis, ſive invicem ſubordinati, ita teneantur in ſolidum, ut inter eos beneficium excuſſionis locum non habeat, ſed hanc opinionem nos in *ſemicent. 1. controv. 16.* refutavimus, clarè deducendo, quòd is, qui in adminiſtratione infidelitatem commiſit, de jure veniat excutiendus, ubi benevolus Lector textus juris, auctoritates, & rationes allegatas inveniet.
62 Similiter 2. Si debitor meus mihi cedat nomen debitoris ſui, vel illud jure hypothecæ, aut pignoris obliget. Quæritur, an poſſim debitorem debitoris mei convenire non excuſſo priùs principali? Et ceſſare beneficium ordinis, & excuſſionis, ex eo liquet, quòd debitor debitoris mei per ceſſionem fiat meus proprius debitor, & obligetur principaliter, & non in ſubſidium tantùm ut fidejuſſor, per text: in *l. creditoris arbitrio. 8. ff. de diſtract. pign. Berlich. loc. cit. n. 7.* ubi plures alios citat. Sic 3. Expromiſſori denegatur
63 beneficium ordinis, & excuſſionis. Dicitur autem expromiſſor, qui pro alio novandi animo ſe obligat. *l. ult. ff. ad Maced. l. ſi mulier. 22. ff. ad Vellejan.* Et hic plurimùm differt à fidejuſſore, qui non eſt expromiſſor, ſed adpromiſſor, ille ſolus obligatur, hic cum alio, ille verè reus principalis eſt, hic acceſſorius. Qui dat expromiſſorem, liberatur ab obligatione, qui dat verò fidejuſſorem, manet obligatus. *l. ut res. 53. ff. de contrah. empt. l. quòd ſi. 10. ff. de pign. act. l. quod ſervus 56. ff. de peculio. l. 5. §. ſi pater. ff. de jure dot.* Ex quo manifeſtè deducitur, expromiſſori beneficium excuſſionis non competere, plura talia exempla poſſemus adducere, niſi brevitati ſtuderemus. Quando autem beneficium excuſſionis, & ordinis in pignore conventionali, & judiciali, ſive prætorio, in pignore, vel hypotheca expreſſa, ſive tacita locum habeat, non eſt hujus loci; Sequentur tamen aliqua in titulo ſequenti.

Der Andere Articul.

WAnn ein Porg / welcher der Porgſchafft nit in Abred iſt / beklagt würdet vmb Bezahlung/vnd iſt der Selbſtſchuldner gleichwol zuvor beklagt worden / aber der Glaubiger ſeiner Forderung von jhme nicht künden haabhafft werden / Oder der Porg kan ſich / auß den im vorgehenden Articul angezognen Urſachen der Freyheit / daß man den Selbſtſchuldner zuvor beklagen ſoll / nit gebrauchen / ſo ſoll der Richter ſchaffen / daß der Porg den Kläger entrichte / in den erſten vierzehen Tagen; Laugnet er aber der Porgſchafft / ſo ſoll der Kläger zu Recht genug wahr machen / daß der Beklagt / Porg worden ſeye / vnd da es beſchicht / ſoll alsdann der Richter dem Kläger der Bezahlung verhelffen / als vmb Schuld recht iſt.

SUMMARIA.

1. *Quando fidejuſſor conveniri, & ad ſolutionem compelli poſſit?*
2. *An principali nondum excuſſo?*
3. *Et utrùm ad totum debitum ſolvendum, vel deducto eo, quod creditor à principali debitore jam eſt conſecutus?*
4. *Quomodò fidejuſſio ſit probanda?*
5. *Qualiter hominibus plebeis, & ruralibus fidejubere permittitur?*
6. *An non fidejuſſori terminus 14. dierum ad ſolutionem faciendam indulgeatur?*
7. *Utrùm iſte terminus ſit legalis, & à judice prorogari poſſit?*

8. An

8. An fidejussor inficiationem suam juramento confirmare teneatur? | *9. An non hæc, & similia juramenta in desuetudinem abierint?*

HActenus ad longum deduximus, quòd regulariter quidem semper debitor principalis ante fidejussores conveniendus sit, sed in quibusdam casibus de jure exceptis hæc regula non subsistit; Horum sex in præcedenti articulo tanquam principaliores enumerati sunt, & nos plures alios addidimus, qui in praxi frequentiùs occurrunt: Nunc præsens articulus dispo- 1
nit, quando ipse fidejussor conveniri, & ad solutionem compelli possit? Et Respondetur, distinguendum esse, an fidejussor conventus fidejussionem agnoscat, & fateatur, vel illam neget, & inficietur? Si fatetur, nullæ aliæ partes judicis sunt, quàm ut fidejussorem condemnet, & ei terminum quatuordecim dierum ad solutionem præfigat. Si autem fidejussionem neget, creditori incumbit probatio fidejussionis, prout juris est: Quia actori incumbit probatio: Quæ est tota substantia hujus articuli: Ex quo tamen aliqua observanda deducimus.

Primò, præsupponit articulus, fidejussorem à creditore fuisse conventū, 2
vel excusso jam principali, & non solvendo existente, vel certè fidejussore per unam ex prædictis exceptionibus à beneficio ordinis, & excussionis excluso. Juxta verba, Unnd ist der Selbstschuldner gleichwol zuvor beklagt worden / aber der Glaubiger seiner Forderung von jhme nit hat kündten haabhafft werden / oder der Porg kan sich der Freyheit / daß man den Selbstschuldner zuvor beklagen soll / nit gebrauchen: Nam, si principalis non est excussus, nec legitima exceptio contra fidejussorem opposita, quæ ipsum à beneficio ordinis removeat, creditor contra fidejussorem præpostero ordine agit, & eum fidejussor tanquam actorem per exceptionem priùs excutiendi debitoris principalis à judicio repellere potest, modò, ut in præcedente articulo exsplicavimus, hanc exceptionem ante litis contestationem opponat.

Deducitur secundò, quòd fidejussori post excussum debitorem princi- 3
palem terminus quatuordecim dierum non sit constituendus pro solvendo integro debito, sed debet priùs deduci, quod creditor ab excusso debitore principali consecutus est, quia ipsi actio contra fidejussorem tantùm competit in subsidium, Was er von jhme dem Selbstschuldner nit hat können habhafft werden / quæ per se clara sunt.

Deducitur tertiò, quòd fidejussio non tantùm litterariis documentis, 4
& instrumentis, sed etiam testibus, & aliis legitimis probandi mediis doceri possit: Juxta verba, So soll Kläger zu Recht genueg wahr machen; Quod verbum *verificare*, testibus æquè ac documentis litterariis convenit, ut proinde contractus fidejussorius, qui nudis verbis constat, cum, vel sine scriptura, in, vel extra judicium confici possit, ut supra ad *Tit. 6. de empt. & vendit.* diximus.

Notandum tamen est quartò, hominibus plebeis, ruralibus, & civita- 5
tensibus fidejussionem aliter non permitti, nisi coram ordinario magistratu, vel per erectionem publici instrumenti, vel per insertionem ad protocollum, ut *Art. 7.* pleniùs exsplicavimus, ubi rationem quoque invenies, quare plebeis hominibus emptio, & venditio sine scriptura nudo consensu, & absque magistratûs interventu in rebus propriis tam mobilibus, quàm immobilibus permissa sit, fidejussio verò, & oppignoratio (de qua alibi diximus) prohibeatur.

Deducitur quintò, quòd creditor etiam in casu liquidissimo, quo fide- 6
jussor sine omni exceptione reperitur obligatus, non debeat statim venire cum sacco paratus, sed fidejussori indulgere terminum quatuordecim dierum, quo pecuniam, quæ raro hominibus in parato ad manus est, comparare, & creditori satisfacere possit. Ratio hujus rei est, quia etiam principali

 cipali

cipali debitori juxta ea, quæ diximus ad *præced. Tit. Art. 10.* terminus quatuordecim dierum ad solutionem concedendus est, multò magìs ergò & fidejussori in subsidium tantùm obligato.

7 Confirmatur tamen sextò id, quod ibidem ad *Art. 10. præced. Tit.* diximus, quòd hic terminus legalis sit, & à judice nullo modo prorogabilis, sicut enim creditor non debet statim cum sacco paratus venire, ita planè nec debitor principalis, nec subsidiarius, id est fidejussor eum ulteriùs cum sacco inani dimittere debet, quod planè, ut ibi conquesti fuimus, frequentissimum est, cùm super liquidissimis debitis instituantur processus, concedantur termini super terminos quasi in infinitum, & ille felicissimus æstimetur, qui executionem, quæ juxta præcedentem, & hunc articulum intra quatuordecim dies fieri deberet, intra quatuordecim annos impetret. Notentur verba articuli nostri, Inner den ersten 14. Tagen / quæ restrictionem hujus termini fatalem satìs demonstrant, qui, proh dolor! in tot annos extenditur. Et hinc *D. Balthasar.* opinionem ad *hunc Tit. resol. 2. n. 3.* approbare non possumus, qui putat, terminum solutionis in arbitrio judicis subsistere, quia judicis non est, ut terminum legalem pro suo arbitrio in abusum deducat.

8 Deducitur septimò, tametsi antiquitùs juxta Reformationem de Anno 1588. sola negatio fidejussoris nudis verbis facta sufficiens non fuerit, sed fidejussor inficiationem suam juramento confirmare debuerit, quòd tamen in hoc articulo nostro hujus juramenti nulla fiat mentio, quod nobis verisimile facit, hanc juratam inficiationem in novellis nostris constitutionibus fuisse abrogatam.

9 Sicut etiam octavò, juxta dictam Reformationem *Tit. 27. Art. 4.* creditoris probatio de fidejussione interposita per duos testes non erat sufficiens, sed etiam ipsius creditoris juramentum accedere debuit, cujus similiter articulus noster non meminit. Rationem jam alibi reddidimus, quòd ista frequentia juramentorum antiquorum in desuetudinem abierit, cùm antiquitùs jam in ludibrio fuerit, ut irrisores suas stipulationes per omnia Juristarum juramenta confirmaverint.

Der Dritte Articul.

Stellet jemand mehr als einen Porgen / so hafft ein jeder nur vmb seinen Thail / vnd wañ solche Porgen auch Selbstschuldner wären / mögen sie gleichwol alsbalden / vnd vor dem Haubt-Schuldner / doch ein jeder nur für seinen Thail / beklagt werden / Haben aber die Porgen in sonderheit versprochen / daß sie nit allein Selbschuldner seyn / sonder ein jeder in sonderheit vmb die gantz Schulden hafften wöll / in solchem Fall mag der jenig / deme man schuldig ist / einen jeden Porgen vmb die gantze Summa beklagen/vnd da ein Porg für die andere bezahlt / stehet jhme bevor / dasselbig Gelt / von jhnen seinen Mit-Porgen / wider einzufordern.

SUMMARIA.

1. *An plures fidejussores in solidum conveniri possint?*
2. *An etiam de jure statutario in solidum sint obligati?*
3. *Utrùm beneficium divisionis etiam competat sponsoribus, mandatoribus, tutoribus, sive curatoribus, &c.?*
4. *Item an fidejussoribus indemnitatis, vel correis debendi?*
5. *Quid si ex pluribus fidejussoribus unus purè, alius in diem, & tertius sub conditione sit obligatus?*

6. *Quid*

6. *Quid dicendum de duobus correis, quorum unus purè, & alter conditionatè, vel in diem est obligatus?*
7. *Si duo fidejussores se ut principales obligârunt, an ex regulis correorum judicandi sint, & consequenter absque beneficio divisionis in solidum obligentur?*
8. *An non de Jure Bavar. denegetur beneficium divisionis fidejussori, qui se specialiter pro toto debito obligavit?*
9. *Et qualis hæc sit differentia notabilis à jure communi?*
10. *Cur fidejussor, qui se simpliciter, ut principalem obligavit, careat beneficio excussionis, & non etiam divisionis?*
11. *An non ipso jure inter confidejussores obligatio, & actio dividatur?*
12. *An beneficium divisionis locum habeat in fidejussoribus, quorum unus se hodie, alter alio die se obligavit?*
13. *Quid de correis se diversis temporibus obligantibus dicendum?*
14. *An non fidejussores, quorum unus hodiè, alter post mensem fidem suam interposuit, & se ut principalem constituit, ut correi habendi, & judicandi sint?*
15. *An fidejussore uno, vel altero non existente solvendo cæteri maneant in solidum obligati?*
16. *Sed quid si unus specialiter totius debiti solutionem in se recepit, & solvendo non existat, an cæteri liberentur?*
17. *Utrùm fidejussores se simpliciter, ut principales obligantes excussionem petere possint sui confidejussoris specialiter totius debiti solutionem in se recipientis?*
18. *Solvitur quædam objectio.*
19. *Plures adhuc clausulæ sunt, quibus fidejussores se efficaciùs obligant, illæ tamen beneficium divisionis non adimunt.*
20. *An etiam hæredibus fidejussorũ competat beneficium divisionis?*
21. *Quando ex tribus hæredibus duo facti fuerunt non solvendo, an tertius in solidum, vel pro parte conveniri possit?*
22. *In quibus casibus hæredes fidejussoris non teneantur?*
23. *An fiscus successor in bonis damnatorum habeat beneficium divisionis uti hæres?*
24. *Quibus beneficium hoc non competat, an ijs, qui pro veris correis habentur?*
25. *Quid si plures fidejussores se in partes æquales, vel inæquales, & non pro toto debito obligaverint?*
26. *Quid si duo fidejussores se quidem pro uno debitore sed super diversis debitis obligent?*
27. *Quando confidejussores solvendo non sunt, an ille solus, qui solvendo existit, in solidum teneatur?*
28. *Sed quid si unus, vel alter ex confidejussoribus primùm post litem contestatam desierit esse solvendo?*
29. *Si hæres suo, & suorum cohæredum nomine solidum solverit, an non habeat repetitionem?*
30. *Quando autem cohæredes non sunt solvendo, an non habeat condictionem indebiti adversùs creditorem?*
31. *Quid si talis hæres etiam solidum solverit pro defuncti debitoris confidejussoribus non opposita divisionis exceptione, an ab illis quoque solutum repetere possit?*
32. *Quid si fidejussor prædefunctus se sub hypotheca omnium bonorum obligavit, an hæres dimittendo bona oppignorata ab ulteriori solutione liberetur?*
33. *Quando debitor pignora, vel hypothecam constituit, an etiam fidejussores realiter sint obligati?*
34. *Si creditor pignus, & fidejussores habeat, an omisso pignore fidejussorem convenire possit?*

De jure communi planum est, quòd plures fidejussores pro aliquo simpliciter intercedentes ipso jure in solidum sint obligati. *l. non rectè. 3. C. de fidej. l. 16. 21. 23. C. eod.* ita, ut quilibet eorum pro tota sumã conveniri possit, eò quòd singuli obligationem fide sua esse jubeant. *Manz. de fidejuss.* 1

dejuss. cap. 8. n. 2. Wesenbec. in paratit. num. 6. ff. eodem. Ex Epistola tamen D. Adriani creditor tenetur, singulos æqualiter pro partibus virilibus convenire, neque ampliùs à singulis solidum petere potest. §. *si plures. 4. Inst. de fidejuss. l. inter fidejussores. 26. l. si contendat. 28.* & *l. inter eos. 15. ff. eodem. l. non rectè. 3. & l. si fidejussor. 10. §. 1. Cod. eodem.* Et hoc vocatur beneficium divisionis, sive beneficium Epistolæ D. Adriani, quæ, tametsi integra ampliùs non exstet, *Schradius in Lexico Jurid. verbo: Epistola*, ejus tamen sententia habetur in *l. fin. C. de constit. pecun. & juribus supra allegatis*, concernitque non ipsum debitorem, sed plures confidejussores inter se. *l. si plures. §. ult. ff. de fidejussoribus*; Et quidem solùm illos, qui pro uno eodémque debito, ut mox dicetur, fidem suam interposuerunt, ita ut unus eorum in solidum conventus rectè possit dicere, & excipere, divide actionem tuam in partes viriles. Et sicut ad *Art. 1.* diximus, quòd beneficium excussionis summa æquitate nitatur, ita etiam hoc beneficium divisionis æquitati singulariter convenit, cùm durum sit, ab uno exigi, quod à pluribus promissum est. *Manz. loc. cit. n. 5.* Et, ut Paulus Juris-Consultus loquitur, æquitas arbitri, atque judicium boni viri videtur eam formam juris desideràsse, ut æqualitas sit inter æqualiter obligatos. Præliminariter autem ad hunc articulum,

2 Exsurgit hæc quæstio: Annon beneficium Epistolæ D. Adriani jure nostro statutario omninò sublatum sit? Per rationem, quòd ex verbis articuli nostri videatur, manifestè inferri posse, fidejussorem cum aliis pluribus confidejussoribus intercedentem ipso jure solummodò in partem virilem, & non in solidum obligari: Ita enim inquit articulus. **Stellet jemand mehr als einen Porgen / so hafft ein jeder umb seinen Theil /** id est, si quis sistit plures fidejussores, quàm unum, quilibet eorum obligatur tantùm pro sua parte, ubi notetur particula taxativa TANTÙM, quæ obligationem in solidum, & pro partibus reliquorum confidejussorum videtur penitùs excludere. Sed Respondemus, hæc verba sic intelligenda esse, ut quilibet tantùm pro parte sua efficaciter obligetur, cùm pro reliquis etiam partibus, atque adeò in solidum conventus actionem ope exceptionis elidere possit.

3 Et hoc beneficium divisionis non tantùm competit fidejussoribus, sed etiam sponsoribus, mandatoribus, & si plures obligati sint, de constituta pecunia. *l. fin. C. de constit. pecun.* imò & tutoribus, sive curatoribus. *l. 1. §. 11. ff. de tut. & rat. distrah.* Quoniam in omnibus ejusmodi personis æquitatis ratio subest, quam supra allegavimus, ut servetur æqualitas inter æqualiter obligatos. Et hinc, si pro uno fidejussore plures fidejussores indemnitatis intercesserint, etiam illi beneficio divisionis gaudent, quoniam talis fidejussor habetur respectu fidejussorum indemnitatis pro principali, ut proinde justum sit, fidejussores indemnitatis tanquam æqualiter obligatos à beneficio divisionis non excludi, quod idem secundùm quosdam hodierno

4 jure obtinet in correis, *Auth. hoc ita. Cod. de duobus reis. Novell. 99. cap. 1. Gail. 2. observ. 27. n. 5. Zanger. de except. part. 3. cap. 19. num. 14.* Quia semper eadem æquitatis ratio militat. Quamvìs *Donell. ad dict. Auth. cum Cujacio* velit, idem hodie adhuc obtinere, quod olim, ut correi singuli in solidum conveniri possint, quoniam propriam potiùs, quàm alienam obligationem sustinere censeantur, nec obstare *Auth. hoc ita*, cùm illa referenda sit ad casum *Novell. 99.* quæ non simpliciter agit de duobus reis, sed de reis, qui vice mutua pro se invicem accepti sunt, cujus opinionis etiam est *Perez. ad tit. Cod. de duobus reis stipul.* Vid. *Manz. ad §. hujusmodi. 1. n. 11. cum multis seqq. Inst. de duobus reis stipul.*

5 Quid si autem ex pluribus fidejussoribus unus purè, alius verò in diem, & tertius sub conditione sit obligatus? Et Respondet *Ulpianus. in l. 27. ff. de fidejuss.* si plures sint fidejussores, quorum unus purè, alius verò in diem,

vel

vel conditionem acceptus ſit, ſuccurri oportere ei, qui purè acceptus eſt, dum exiſtere conditio poteſt: Scilicet, ut interim in virilem conveniatur. Sed ſi, cùm conditio exſtitit, non eſt ſolvendo, qui ſub conditione acceptus eſt, reſtituendam eſſe actionem in purè acceptum, Pomponius ſcribit. Ex quo textu clarè apparet, beneficium D. Adriani etiam inter inæqualiter obligatos, id eſt, unum purè, alterum in diem, vel ſub conditione, locum habere, cùm diſpar obligationis qualitas non impediat, quo minùs omnes eandem ſummam promiſiſſe videantur. *Weſenb. in parat. n. 5. ff. de duobus reis. Manz. loc. cit. n. 16.*

Quod tamen ad duos reos promittendi, quorum alius in diem, vel ſub 6
conditione, alius verò purè obligatus exiſtit, non eſt extendendum, per text: in *l. ex duobus. 7. ff. de duobus reis.* Ubi Florentinus inquit, nec enim impedimento erit dies, aut conditio, quo minùs ab eo, qui purè obligatus eſt, petatur. Quæres, quæ ratio differentiæ ſit inter utrumque caſum hîc propoſitum de fidejuſſoribus, & correis? Et Reſpondemus, correos majorem habere obligationem in ſolidum, quàm fidejuſſores: Ratio eſt evidens, quia correi æqualiter, ut principales obligantur, fidejuſſores verò ſolùm acceſſoriè, & in ſubſidium: Non eſt igitur mirum, quòd nudus fidejuſſor purè obligatus, non ſtatim poſſit in ſolidum conveniri, quando confidejuſſorem habet in diem, vel ſub conditione ſecum obligatum, ſed exſpectandus ſit, vel diei, vel conditionis eventus. Aliud autem eſt in duobus correis, quorum uterque tam purè, quàm ſub conditione, vel in diem conſtitutus obligatur principaliter: Quia, licèt in correo ad diem, vel ſub conditione obligato ſuſpenditur obligatio uſque ad diei adventum, vel conditionis exiſtentiam, hoc tamen adminiculo purè obligatus uti non poteſt: Et hinc contra illum rectè proceditur in ſolidum:

Quæres, ſi duo fidejuſſores ſe pro tertio debitore ſimul, ut principales 7
obligaverint, unus purè, & alter ſub conditione, vel in diem, an judicandi ſint ex *l. ſi plures. 27. ff. de fidejuſſ.* vel ex *l. ex duobus. 7. ff. de duobus reis?*

Et videtur dicendum, quòd fidejuſſores, qui ſe ut principales obligârunt, non ex regulis correorum cenſendi ſint, cùm in *l. non rectè. 3. Cod. de fidejuſſoribus.* expreſsè ſtatuatur, ut fidejuſſoribus beneficiũ diviſionis competat, tametſi inter eos conventum fuerit, ut ſinguli in ſolidum teneantur, ubi Severus, & Antoninus Imperatores rationem addunt, nam, & cùm hoc non adjicitur, ſinguli tamen in ſolidum tenentur, ſed ubi omnes ſunt idonei, in portionem obligatio dividitur, quaſi velint dicere, quòd talis obligatio, quam plures fidejuſſores in ſolidum accipiunt, ſit ſupervacanea, cùm ipſo jure jam ſint in ſolidum obligati: Ex quo DD. inter beneficium excuſſionis, & beneficium diviſionis hanc differentiam deducunt, quòd fidejuſſor ſe principalem debitorem conſtituens beneficium excuſſionis perdat, beneficium autem diviſionis retineat, tametſi ſe nominatim in ſolidum obliget. Vid. *Hering.* hanc difficultatem pulchrè diſſolventem in *tract. de fidejuſſ. cap. 27. n. 33. & ſeqq.* Nos cum diſtinctione Reſpondemus, articulo noſtro conveniente, an fidejuſſores plures ſe ſimpliciter tantùm obligaverint, ut principales, vel an ſe cum hoc addito, ut principales obligaverint, quòd quilibet eorum ſpecialiter pro toto debito obligatus eſſe velit? In primo caſu, articulus noſter beneficium diviſionis ex *Novell. 99. & Auth. hoc ita.* ejuſmodi fidejuſſoribus correis permiſſum non adimit, ut proinde quoad hunc effectum dividendæ actionis potiùs ex Regulis fidejuſſorum, quàm correorum judicandi ſint: In poſteriori verò caſu, quando fidejuſſores ſe non ſolùm, ut principales conſtituunt, ſed etiam ſinguli in ſpecie ſolutionem totius debiti in ſe ſuſcipiunt, habentur pro veris correis, & principalibus, & ipſis beneficium diviſionis expreſsè denegatur:

tur: Ex quo hoc ipsum sequitur, quòd ex regulis correorum potiùs, quàm ex regulis fidejussorum veniant dijudicandi.

8 Verum quidem est, quòd potissimi Doctores de jure communi non tantùm tunc beneficium divisionis admittant, si fidejussores se solùm generaliter, ut debitores principales obligaverint, sed etiam, si nominatim, & specificè obligationem, & solutionem totius summæ in se receperint. *Hering. loc. cit. n. 32. & seqq.* & *D. Arnold. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 60.* Sed, quia articulus noster contrarium manifestè decidit, ideò simpliciter dicendum est, quòd correi debendi, qui se specificè, & nominatim in solidum ac solutionem integræ sum̃æ, sive quantitatis debitæ particulariter obligaverunt, jure divisionis non gaudeant, sed simpliciter ex antiquis regulis correorum judicandi sint, quâ sententiâ supposi-*Diff.* tâ necessariò oritur inter jus Commune, & Statutarium notabilis differentia.

9 Quæres ulteriùs, cùm secundùm superiùs dicta ex multorum classicorum auctorum satis probabili opinione *Auth. hoc ita.* juxta litteram *Nov. 99.* tantùm intelligenda sit de correis, qui mutua vice pro se invicem fidejusserunt, ita, ut quidam apertè dicant, Irnerium commisisse errorem, cùm dict: *Auth.* inseruerit titulo de duobus reis stipul., quæ inserenda fuisset titulo de fidejussoribus, an hæc sententia juri nostro statutario magìs conformis sit, quàm illa, quæ simpliciter omnibus correis beneficium divisionis tribuit? Et Respondemus, neutrum juri nostro Provinciali convenire, nam, quòd restringi non possit ad nudos correos, qui se pro mutua fidejussione obligant, ex eo clarè deducitur, quòd articulus omnibus illis, qui se ut principales simpliciter obligant, beneficium divisionis concedat, cùm tamen *Nov. 99.* non nisi correis mutua, & reciproca fidejussione sibi adstrictis admittat, nec potest jus nostrum statutarium alteri sententiæ accomodari, quæ indistinctè omnibus correis beneficium divisionis indulget, cùm articulus noster correis, qui in specie se pro toto debito solvendo obligârunt, beneficium divisionis deneget. Dicimus igitur, nostra statuta mediam viam ingressa fuisse, ut semper differentiam cum jure communi invenias, sive uni, sive alteri sententiæ adhæreas.

10 Interim nobis restat exsplicandum, an juxta distinctionem modò positam illi, qui se generaliter tantùm, ut principales obligârunt, saltem careant beneficio excussionis? Et Respondemus, illud nobis videri extra dubium secundùm ea, quæ diximus ad *1. Art.* Ubi verba clara sunt, si quis fidejussor se constituat, ut principalem, quòd in arbitrio creditoris sit, debitorem, vel fidejussorem conveniendi. **Es wäre dann Sach /** inquit textus, **daß einer Porg vnnd Selbstgelter mit einander wäre / so stehet es in deß Glaubiger Willen / den Porgen / oder Selbstgelter vmb sein Schuld fürzunemmen.** In quo textu solus habetur respectus ad obligationem fidejussoris tanquam principalis simpliciter susceptam, & non requiruntur verba tam urgentia, & exorbitantia, quòd velit specialiter pro toto debito esse obligatus, sicut in hoc articulo nostro ad exclusionem beneficii divisionis necessaria sunt. De ratione differentiæ DD. multùm solliciti sunt, & *Hering. dict. cap. 27. n. 23.* usque ad *n. 46.* se mirabiliter torquet, cùm videatur eadem subesse ratio, ut utrúmque beneficium scilicet Justiniani in *Auth. præsente*, & Adriani in *Auth. hoc ita*: pari jure censeatur. Nos à subtilitatibus abstrahendo dicimus, non omnium, quæ à majoribus nostris statuta sunt, rationem reddendam esse. Dom. Balthasar hanc differentiæ rationem addit, quam ex Heringio in compendium traduxit, quòd quoad divisionis beneficium is, qui se in solidum obligat, idem faciat, quod lex facit, & jam anteà in ipsius persona extra suam obligationẽ ex legis provisione statutũ fuit, ita ut hominis, & legis obligatio ad unum eundémque effectum tendant.

Aliud

Aliud autem esse in fidejussore, se ut principalem constituente, quia ille terminos juris excedit, cùm jura velint, regulariter fidejussorem ante principalem cum effectu non esse conveniendum. Sed vides benevole Lector, in hac ratione differentiæ nullam firmitatem esse, quia utrumque beneficium tam excussionis, quàm divisionis solummodò datur per modum gratiæ, & beneficii: Illud ex *Auth. præsente.* favente Justiniano, hoc ex *Auth. hoc ita.* favente Adriano. Cùm leges antiquiores nulla horum beneficiorum habita ratione etiam fidejussorem, qui se ut principalem non constituit, nec in solidum obligavit, non minùs, quàm correum conveniendum, & excutiendum permiserint. Fortè hæc est melior ratio, quòd beneficium excussionis concernat ipsum creditorem, beneficium verò divisionis fidejussores, sive correos inter se: Tametsi igitur supponas, beneficium D. Adriani concessum non amitti, si fidejussores, ut principales, & correi obligati sint, eò quòd D. Adrianus eorum communem rationem habere voluerit, illud tamen extendendum non est ad beneficium excussionis fidejussori in odium debitoris principalis constitutum, quo fidejussor se principalem constituendo nulla necessitate cogente propria sponte privat: Verbo dicimus, privilegium confidejussoribus, sive correis ex Epistola D. Adriani, & *Auth. hoc ita.* competens, non debet creditori de alijs juribus suis aliquid derogare, vel debitorem principalem, qui aliàs nullo favore dignus est, sublevare. Sed tu benevole Lector ulteriùs cogita; Nobis sufficit, quòd leges nostræ statutariæ ita scriptæ sint, ut fidejussor simpliciter tanquam principalis obligatus careat beneficio ordinis, & excussionis, cum alijs fidejussoribus verò, & correis simpliciter in solidum obligatis, beneficium divisionis retineat. In consideratione hujus difficultatis scrupulum jam supra propositum 11
renovavimus, annon articulus noster obligationem, & actionem inter confidejussores ipso jure dividat, prout verba satìs aperta sunt, so hafft ein jeder nur umb seinen Thail? Nam hoc præsupposito ratio differentiæ inter amissionem beneficij divisionis, & beneficij excussionis foret in aperto, dicendum enim esset, quòd divisio inter confidejussores se tanquam principales obligantes ipso jure scindatur, beneficium verò excussionis solummodò ope exceptionis competat. Sed hoc sine fundamento esse, patebit ex sequentibus, ubi videbimus, unum ex fidejussoribus simultaneè in solidum obligatis, si solidum solvit, pro reliquorum partibus adversùs confidejussores actionem habere, quam habiturus non esset, si inter ipsos beneficium divisionis ipso jure scinderetur.

Et hæc, quæ nunc diximus de beneficio divisionis, sive Epistolæ D. A- 12
driani, non tantùm locum habent in fidejussoribus, qui se simultaneè, & una vice obligârunt, sed etiam de illis, qui obligationem suam fidejussoriam diversis temporibus, E. C. unus hodie, alius verò jam ante mensem interposuerunt, modò obligatio pro una eadémque summa, & pro eodem debitore facta fuerit. *Schneidewin. ad dict.* §. *si plures. 4. num. 19. Inst. de fidejuss. Zanger. de except. part. 3. cap. 19. n. 8. Hering. de fidejuss. cap. 27 num 71.* Quamvìs *Speculator part. 2. lib. 2. tit. de renunciat. & conclus. n. 13.* dissentiat, & ibidem Azonem tanquam auctorem hujus opinionis alleget sine citatione loci: Rationem hujus sententiæ addit Manzius, eò quòd diversitas temporis non diversificet obligationem debitoris principalis: Et hæc opinio, quòd opus non sit, ut confidejussores simul, & semel uno quasi actu ad fidejussionem accipiantur, eò magìs tenenda est, quia textus à Speculatore allegati, nempè *l. si Titius. 48. & l. si plures. 27. ff. de fidejuss.* contrariæ sententiæ ne quidem verbo mentionem faciunt. Singulariter tamen notandum est, quòd in duobus reis aliud videatur esse statutum in *l. si ex duobus. 12. ff. de duobus reis.* Ubi textus inquit: Si ex duobus, qui promissuri 13
sunt, hodie alter, alter postera die responderit, promitto, non esse duos reos:

Ac ne obligatum quidem intelligi eum, qui postera die responderat, cùm actor ad alia negotia discesserit, vel promissor, licèt peractis illis rebus responderit. Similis textus in *l. stipulatio 1. §. qui præsens. 1. ff. de V. O.* Ubi dicitur, qui præsens interrogavit, si, antequàm sibi responderetur, discessit, inutilem efficit stipulationem, ex quibus textibus apparet, quòd duo correi non fiant, nisi simul, & semel in uno, eodémque actu se ut correos constituerint. *Colleg. Argent. ad tit. de duobus reis. n. 13.* Ubi dicitur, si ex duobus, qui promissuri sunt, hodie alter, alter postera die responderit, non est obligatio correalis, quin ne is quidem obligabitur, qui postridie respondet, cùm post stipulationem ad alia negotia, vel promissor discesserit, priusquàm fieret promissio: Ex quo oritur

14 Quæstio, si duo fidejussores, quorum unus hodie, alter verò post mensem fidem suam interponit, & uterque se ut principalem obligat, anné pro correis habendi sint, ut beneficium divisionis non habeant: Vel an alterius promissio ex post facto superveniens sit ipso jure nulla, & inutilis? Et Respondemus, prædictorum jurium in *l. 12. de duobus reis. & l. 1. de V. O.* hunc sensum non esse, quòd correi semper uno, eodémque tempore conjunctim se obligare debeant, sed hoc tantùm statuunt, si actus simul constituendi duos reos fuerit conjunctim cœptus, & cum uno perfectus, cum alio verò per discessum actoris, vel promissoris non tantùm modico intervallo, sed longiori mora interruptus, quòd talis interruptio faciat actum stipulationis inutilem. Hoc autem nullo modo important, quòd constitutio cum uno ex correis hodie, cum altero verò post mensem separatim fieri non possit: Imò secundùm mentem Collegij Argent:, licèt stipulatio correorum hodie conjunctim facta cum uno perficiatur, cum altero verò, si interrumpatur, inutilis sit, tamen actori liberum est, ut altero die promissorem de novo interrogare, &, si is continuò respondeat, actus omninò valeat, & hi duo promissores veri constituantur correi, modò pro uno debitore super una eadémque causa, & pro uno eodémque debito se in solidum obligaverint. *Hering. loc. cit. n. 71. ad fin.* Ubi dicit, quemadmodùm etiam parvi refert, ad hoc, ut duo rei promittendi fiant, unus priorné respondeat, posterior verò ex intervallo accipiatur, simulné spondeant, an separatim promittant, modò saltem hoc agatur, ut duo correi constituantur, prout est textus expressus in *l. in duobus. 3. ff. de duobus reis.* cujus verba hæc sunt: In duobus reis promittendi frustra timetur novatio, nam, licèt antè prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est, dicere, pristinam obligationem durare, & sequentem accedere. Et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant, cùm hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur, neque ulla novatio fieret: Clarum est igitur, quòd duo rei etiam ex intervallo, & separatim fieri possint, cùm textus hic tantùm in hoc sollicitus sit, ne per posteriorem reum accedentem novatio fiat, quæ nunquam contingit, nisi id expresè agatur: Recurrit igitur ad quæstionem nostram resolvendam prior distinctio, an duo fidejussores, qui se obligârunt tanquam principales, simpliciter tantùm in solidum, vel cum hoc addito, quòd quilibet solus esse velit principalis debitor, & principaliter pro tota summa debiti obligatus: In primo casu gaudent beneficio divisionis, si non ex jure communi (scilicet, si *Auth. hoc ita.* tantùm intelligenda sit de correis pro se invicem mutua vice fidejubentibus) saltem ex nostro statutario, ubi simpliciter fidejubentes, & principalem obligationem cum fidejussione in se recipientes pari jure censentur: In secundo verò casu, quo hæc clausula addita est expressa, ut quilibet velit teneri pro tota summa debiti specialiter, & solus, cessat beneficium divisionis, & tales ex antiquis regulis correorum judicandi sunt.

Quam-

Quamvis autem, ut modò exsplicavimus, fidejussores, qui se obligaverunt ut principales, privilegium divisionis non amittant, hoc tamen ita tantùm intelligendum est, si reliqui confidejussores, qui se eodem modo, ut principales obligaverunt, solvendi sint, nam reliquis solvendo non existentibus alter solus rectè in solidum condemnatur, quæ conclusio ex principio jam supra posito sequitur, quòd inter taliter obligatos actio non scindatur ipso jure, sed tantùm ope exceptionis: Sicut igitur plures fidejussores nudi uno, vel altero non existente solvendo, cæteri manent in solidum obligati, ita multò magis manere debent obligati, qui simul cum fidejussione principalem obligationem in se receperunt, ut rectè animadvertunt *D. Balthasar. ad hunc tit. n. 13.* & *D. Rath. in contin. Jur. commun. & Bavar. different. assert. 61.* Ubi præjudicium Regiminis Landishutani adducit. Ratio per se clara est, quia beneficium divisionis suspendit tantùm actionē, sicut beneficium excussionis, donec post excussionem, vel divisionem ipse principalis debitor, vel confidejussor non solvendo esse inveniantur. 15

Quid si autem inter plures confidejussores unus solus, & specialiter totius debiti solutionem in se recepit, reliqui verò simpliciter tantùm se constituerunt, ut principales debitores? Et Respondemus, illum, qui cum hac clausula solutionem totius debiti specialiter in se recepit, beneficio divisionis non gaudere, saltem ex jure nostro statutario: Si verò ille solus conventus non solvendo esse reperiatur, reliqui confidejussores simpliciter, ut principales obligati non liberantur. 16

Majus dubium esse potest, an non confidejussoribus, qui mitiùs sunt obligati, id est, qui tantùm simpliciter, ut principales se constituerunt, ipso principalissimo debitore jam excusso etiam contra hunc suum confidejussorem, ut correum quidem secum, sed efficaciori quodam modo obligatum beneficium ordinis, & excussionis opponere possint? Et certè pro affirmativa nullam rationem invenimus, talis enim confidejussor magis efficaciter quidem obligatus est creditori, non autem obligatus est suis confidejussoribus, quomodò ergò eum ad excussionem cogere possunt? Præsupponit enim beneficium excussionis, alium non simultaneè, sed principaliter, & primo loco esse obligatum: Deinde, si talis fidejussor, qui se constituit principalem debitorem, beneficium excussionis, sive ordinis non habet, ut creditorem priùs ad excutiendum ipsum principalissimum, & originarium debitorem cogere possit, quomodò cogere poterit, ut suum confidejussorem, sive correum cum ipso quidem æqualiter, sed propter clausulam fidejussioni adjectam aliquo modo duriùs obligatum priùs excutiat? Nunquid non ipse debitor originarius fortiorem obligationem habet, quàm qualiscunque fidejussor, & quibuscunque verbis tanquam principalis obligatus, cùm originarius creditor semper suo, & proprio morbo laboret, fidejussor autem qualiscunque alieno: *Schrader. ad §. hujusmodi. 1. Inst. de duobus reis stipul. Seardius. in Lexico. litt. F. verbo. fidejussor.* Et tamen fidejussor, qui se principalem constituit, creditori legem præscribere non potest, ut ipsum originarium priùs conveniat, multò minùs ergò creditori legem figere potest, excutiendi secum æqualiter accessoriè obligatum. 17

Dices, nos supra casum posuisse, quo unus ex confidejussoribus possidet bona ad debitorem principalem pertinentia, & conclusisse, confidejussoribus contra talem competere beneficium excussionis, utique nullo alio modo, quàm quia possidendo bona principalis debitoris fortiorem obligationem habet reliquis confidejussoribus suis. Respondemus, hanc non esse causam, quòd beneficium ordinis concedatur confidejussoribus nihil de bonis debitoris principalis possidentibus: Sed quia hæc exceptio persequitur bona, ita ut creditor non tantùm ipsum debitorem sibi principaliter obligatum, sed etiam ejus bona propria in alienis manibus existentia excu- 18

tere debeat, antequàm convenire possit fidejussores accessorie tantùm, & in subsidium obligatos, ut videbimus ad articulum sequentem: Ex hoc tamen non rectè infertur, quòd correus in fortioribus terminis obstrictus nihil de bonis originarij debitoris possidens excussioni subjectus sit, quoniam nec ipse fidejussor, qui bona debitoris originarij in sua potestate habet, illis dimissis quoad propria bona ulli excussioni subjacet.

19 Quid autem dicendum est de illis fidejussoribus, qui se per ejusmodi clausulas obligant, quæ secundùm consuetudinem, & praxin notoriam Germaniæ principalem debitorem constituunt: V. G. Wann die Pürgen sich sambt / vnd sonderlich verschreiben; Item, daß einer für alle / vnd alle für einen hafften wollen; Item, verschreiben sich vnverschaidentlich / wollen mit vngeschaidener Hand hafften / vnd zahlen / vnd soll sich keiner mit dem andern behelffen: Item, wofern einer vnder vns gemahnet wurde / so sollen / vnd wollen wir alle gemahnet seyn: Et quæ sunt aliæ ejusmodi formulæ consuetæ, & receptæ, de quibus *Besold. in thesaur. pract. verb.* Einer für alle / vnd alle für einen. & *Wehner. in eod. verb. Hering. de fidejuss. cap. 17. n. 50. cum seqq.* Nam, licèt non dubitemus, quin per ejusmodi verba inducatur principalis obligatio, tamen maximum dubium esse videtur, ad quam classem articuli nostri pertineat, an ad primam, quæ fidejussoribus, qui se ut principales constituunt, beneficium divisionis non adimit, vel ad secundam, quæ beneficium divisionis penitùs eliminat. *D. Besoldus. loc. cit.* inquit, quòd in ejusmodi verbis quoad sonum nulla beneficij divisionis mentio fiat, in effectu tamen hoc ipso exprimatur renunciatio beneficij divisionis. Et Wehner: firmissimam clausulam vocat, quæ singulos fidejussores in universum obliget, quod etiam *Hering. loc. cit. n. 53. cum seqq.* usque ad *n. 61.* pluribus defendit, ac *Molleri. ad constit. Elect. Saxon. constit. 17. part. 2. Wesenb. & Jagemmani.* contrariam doctrinam refutat: Nos non diffitemur, ejusmodi formulas vim, & virtutem habere, fidejussorem in solidum obligandi, & pro ptincipali constituendi: Quia tamen articulus noster fidejussoribus, qui se simpliciter ut principales constituunt, beneficium divisionis admittit, & solummodò in eo casu denegat, quando (notentur verba) fidejussores specialiter promiserunt, quòd non solùm ut principales, sed quilibet eorum specialiter pro toto debito velit esse obligatus, formulæ autem istæ hæc verba formalia, quæ nostra opinione pro specifica renunciatione tanquàm pro forma requiruntur, in se non contineant: Nos cum Mollero, & Wesenbecio etiam nostris constitutionibus Bavaricis conformius esse judicamus, per tales clausulas beneficiũ divisionis non excludi, judiciũ nostrum summis dicasterijs libenter submittentes, cùm nec ex propria experientia, nec ex aliorum informatione contrarium præjudicium indagare potuerimus, & communior opinio sit, ex *l. non rectè. Cod. de fidejuss.* non solùm in eo casu, quo plures fidejussores se ut principales obligant, sed etiam, quando nominatim dicunt, se pro tota summa obligatos esse debere, ijs beneficium divisionis nihilominùs in salvo manere.

20 Quod attinet ad hæredes fidejussorum, certum est, quòd ijs privilegium excussionis, & divisionis non minùs competat, quàm ipsis fidejussoribus. Ratio est clara, quia actiones civiles, qualis est actio ex stipulatu de fidejussione, activè, & passivè transeunt. *l. ex deposito. 12. & l. 49. ff. de O. & A. §. 1. Inst. de perpet. & tempor. act. l. si plures. §. sicut. ff. de fidejuss.* Si igitur unus ex tribus fidejussoribus mortuus fuerit, & tres hæredes post se reliquerit, illi non minùs pro tertia parte conveniri, & conventi beneficio excussionis, & divisionis uti possunt, quàm si illorum testator defunctus adhuc in vivis uti potuisset. *Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 543. n. 3.* Sed ponamus, quòd ex tribus istis hæredibus, antequàm convenirentur, duo facti fuerint non solvendo:

Quæ-

Quæritur; an creditor contra tertium solvendo existentem actionem, 21
& pro qua quantitate, an in solidum, vel an tantùm pro parte habeat, & an ei contra reliquos duos confidejussores beneficium divisionis competat? Et Respondemus 1. cum hac distinctione, an hæc fidejussio præsupponatur ex nuda obligatione personali facta, prout antiquitùs communiter fiebat per stipulationem, hodie etiam ex nudo pacto, & promissione, & tunc ex tribus unius prædefuncti fidejussoris hæredibus, qui solvendo esse præsupponitur, non nisi in tertiam partem prædefuncti fidejussoris, & sic in effectu ad nonam duntaxat partem debitæ quantitatis conveniri potest: Ratio est clara, quia actiones civiles, & personales inter hæredes ipso jure scinduntur, & dividuntur, text: est apertus in *l. pacto. 26. Cod. de pactis. Schneidew. ad* §. *omnium. n. 13. Inst. de actionibus.* quod adeò verum est, ut nec pactum inter hæredes valeat de debitis hæreditarijs activè, & passivè uni injungendis, nisi cum consensu debitorum, & creditorum. Vid. *Besold. in part. 3. cons. 106. per totum.* Ex quo sequitur, quòd, cùm tertia pars fidejussionis solummodò defunctum contigerit, ad unumquemque ex hæredibus, non nisi nona pars devenerit, pro qua iste ex hæredibus, qui solvendo est, efficaciter est obligatus. Respondemus 2. huic à creditore convento contra defuncti alios duos confidejussores, beneficium divisionis omninò competere, quia, ut diximus, actiones, & beneficia defunctis competentia activè, & passivè in hæredes transeunt. Si autem 3. fidejussio inita fuerit non sub nuda verbali obligatione, sed reali, & hypothecaria, ita ut omnes tres fidejussores constituti pro satisfactione creditoris omnia bona sua obligaverint, tunc quilibet tam ex superstitibus fidejussoribus, quàm ex hæredibus relictis tanquam pignoratitij possessores non attento beneficio divisionis in solidum conveniri possunt, quia actionis hypothecariæ natura est, ut persequatur quemlibet hypothecæ possessorem, ut vid: in *Art. seqq.* Illud autem 4. putamus extra dubium esse, si ille ex tribus suis cohæredibus, qui solvendo est, etiam pro partibus cohæredum non solvendo existentium conveniatur, quòd pro illis nullo modo sit obligatus, quia obligatio defuncti ipso jure scissa, & divisa non nisi pro tertia parte, sive pro nona parte totius quantitatis in casu, quo nudam personalem obligationem præsupponimus, ad eum descendit.

Sunt tamen quidam casus, in quibus fidejussoris hæredes non tenentur, 22
quos enumerat *Hering. de fidejuss. cap. 4.* §. *10. n. 60. & seqq.* utpote quando expresse conventum est, quòd fidejussor solus non etiam ejus hæres obligetur: Item, ut in locum mortui fidejussoris alius intrà certum tempus substituatur; Ut fidejussio ad fidejussoris tantùm vitam duret, si conditio resolutiva, sub qua fidejussor tenebatur, extiterit, vel dies, ad quem, & non ulteriùs fidejussor se obligavit, venerit: Si talis consuetudo loci fuerit, ut fidejussio non transeat ad hæredes, prout de Normandiæ Ducatu, Luneburgensi, & Bohemia attestatur *Hering. loc. cit. n. 80. & seqq.* prout, ni fallor, etiam nostri Monacenses tale privilegium jactant, quo hæredes civium à defunctorum fidejussorum obligationibus immunes sunt, quæ consuetudo, si probari possit, irrationabilis non est, attestante eodem *Heringio loc. cit.* Jam supra autem monuimus, Monacensibus circa sua privilegia objici posse, quod Plato dixit, dum Genesin legeret, hic homo multa asserit, sed pauca probat. Idem, quod diximus de hæredibus, intelligendum etiam est 23
de fisco successore in bonis damnatorum fisco vindicatis, cùm enim sit quasi hæres, & loco hæredis, eodem beneficio divisionis uti potest, quo uti potest hæres fidejussoris. *Hering. cap. 27. n. 29. Molina. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 543. n. 3.*

Audivimus hactenus, quatenus, & in quantum beneficium divisionis inter plures confidejussores locum habeat, nunc breviter etiam di-

cendum eſt, in quibus caſibus beneficium diviſionis inter confidejuſſores locum non habeat.

24 Primus caſus eſt in articulo noſtro comprehenſus, ſcilicet, ſi ſinguli fidejuſſores ſe non tantùm tanquam principales obligaverint, ſed ſpecialiter etiam promiſerint, quòd quilibet pro integro debito obligatus eſſe velit, ut paulò antè exſplicavimus, tales enim habentur pro veris correis, quibus beneficium *Auth. hoc ita.* ex Statutis noſtris Bavaricis non competit.

25 Secundus caſus eſt, ſi plures fidejuſſores ſe ſpecialiter non pro toto debito, ſed in partes tantùm æquales, ſive inæquales obligaverint, quia ultra intentionem contrahentium obligatio extendenda non eſt, text: in *l. inter eos. 51. ff. de fidejuſſ.* Ubi dicitur, quòd inter fidejuſſores, qui tenentur in ſolidum, ſolummodò locus ſit Epiſtolæ D. Adriani, ſecus, ſi ab initio convenerit, ut ſinguli non niſi viriles partes debeant. Si autem pro una parte virili ſe duo, vel plures nuncupatim obligârunt, licèt quoad reliquas partes non teneantur, & ſic beneficio diviſionis non indigeant, inter ſe tamen, ſi unus pro parte virili cum alijs communi in ſolidum conveniatur, rectè ſuis conſponſoribus beneficium diviſionis opponit, dict: *l. inter eos. in princ. ff. de fidejuſſ.*

26 Tertius caſus eſt, quando fidejuſſores ſe quidem pro uno debitore, at non ſuper eodem, ſed ſuper diverſis debitis obligant: E. G. Titius debet Sempronio mille, & alia mille Cajo pro debito Sempronij, ego me fidejuſſorem conſtituo, & tu pro debito Caij, certè nos ambo confidejuſſores non ſumus, & proinde beneficio diviſionis non indigemus, ſed quilibet pro ſua ſumma ob interpoſitam fidem in ſubſidium obligatur: Idem dicendum eſt, tametſi Titius uni Sempronio bis mille debeat, in ſeparatis tamen inſtrumentis, ſive obligationibus comprehenſa, & diverſis temporibus contracta, licèt enim ego pro uno mille, & tu pro altero fidejubeas, non obſtante, quòd idem ſit creditor, & debitor, confidejuſſores tamen non ſumus, eò quòd ſint diverſa debita, & proinde nos beneficij Divi Adriani incapaces. *Schneidewinus. ad* §. *ſi plures. num. 19. Inſtitut. de fidejuſſor.*

27 Quartus caſus eſt, quando confidejuſſores ſolvendo non ſunt, tunc enim ille ſolus, qui ſolvendo eſt, conventus ſolidum ſolvere obligatus eſt. §. *ſi plures. Inſt. de fidejuſſ. l. 3. in fin. Cod. eodem. Zanger. loc. cit. num. 12.* Ratio clara eſt, quia fidejuſſores ipſo jure obligantur in ſolidum, & obligatio non ipſo jure, ut diximus, ſed ope exceptionis dividitur in partes. Exiſtentibus igitur confidejuſſoribus non ſolvendo, res redit ad priorem nativam obligationem, nemo enim prudenter cogitare poteſt, quòd Imperatoris Adriani intentio fuerit, privilegiũ diviſionis in damnum creditoris concedere. Et hinc, ſicut in *Auth. præſente.* interceſſor, ſive fidejuſſor excuſſionis beneficio tamdiu tutus eſt, donec principalis debitor non eſt inventus minùs idoneus (ut ſunt verba formalia) ita etiam confidejuſſores non diutiùs beneficio diviſionis tuti ſunt, quàm in aperto, & cognitum ſit, confidejuſſores ſimiliter idoneos eſſe, juxta *Auth. hoc ita. in verbis final.* Si ambo præſentes ſint, & idonei ſimul, cogendi ſunt ad ſolutionem, ergò; ſi non ſint idonei, beneficium diviſionis ceſſat. Sufficit autem, ut confi-
28 dejuſſores eo tempore, quo conventi ſunt, fuerint idonei, & ſolvendo exiſtentes, nam, ſi diviſionis beneficio legitimè interpoſito unus, vel alter ex confidejuſſoribus poſt litem cœptam, vel conteſtatam defierit eſſe ſolvendo, periculum non ampliùs ad confidejuſſores, ſed ad creditorem ſpectat. *l. inter eos. 51.* §. *cùm inter. ff. de fidejuſſ. l. liberum. 16. Cod. eodem. Schneidewin. loc. cit. num. 20.* addit textus in dict: *l. liberum.* rationem, quòd poſt litis conteſtationem petitionem diviſam redintegrari, juris ratio non patiatur:

Exci-

Excipitur tamen minorennis, vel pupillus, hic enim ipſo jure à tali læſione
imunis eſt, alter autem beneficium reſtitutionis in integrum implorare po-
teſt. *l. 22. §. 1. ff. de fidejuſſ.* Quid ſi autem ſtatim ab initio dubium ſit,
& non conſtet, an reliqui confidejuſſores ſolvendi ſint, vel non? Reſpon-
demus, quòd is, qui in ſolidum convenitur, creditorem cautione præſtita
ad hoc adigere poſſit, ut ſuo periculo cœteros conveniat, & excutere faciat.
l. ſi dubitet. 10. in princ. ff. de fidejuſſ.

Quintus caſus eſt, ut unus ex confidejuſſoribus in ſolidum condemna-
ri poſſit, ſi beneficium diviſionis, ſive Epiſtolæ D. Adriani non oppoſuerit.
l. inter fidejuſſores. 26. l. ſi contendant. 28. ff. de fidejuſſ. l. 10. in fine. Cod. eod.
Rationem ſupra jam dedimus, quòd diviſio non fiat ipſo jure, ſed tantùm
ope exceptionis. *Gail. 2. obſerv. 27. n. 5.* Et hinc, ſi ſupponas, juxta exem- 29
plum priùs propoſitum, quòd unus ex tribus confidejuſſoribus reliquerit
tres hæredes, & ipſe in ſolidum pro tertia parte conventus nomine ſuo,
& ſuorum cohæredum ſolidum tertiæ partis ſolverit, quòd ipſe repetitionem
habeat earum partium, quæ cohæredibus incubuiſſent ſolvendæ: Ratio eſt,
quia juxta dictam *l. pacto. 26. Cod. de pactis.* ipſo jure ex lege 12. tabularum
(ut dicta lex innuit) inter cohæredes diviſio fit, cùm igitur ſolvens pro
cohæredibus beneficio Epiſtolæ D. Adriani opus non habeat, rectè partes
indebitè ſolutas à cohæredibus ſuis condictione indebiti repetit. Sed quid 30
ſi cohæredes non ſint ſolvendo, annè etiam condictionem indebiti adver-
sùs creditorem habet? Et reſpondemus affirmativè: Ratio eſt, quia nul-
lo jure ad partes cohæredum ſolvendas obligatus fuit, ita pulchrè reſpon-
det *Avunculus meus D. Manz. de fidejuſſ. cap. 8. n. 40. cum ſeqq.* Quamvìs
fateamur, rem iſtam difficultate non carere: Pone enim, non tantùm hunc
tertium ex cohæredibus in ſolidum conventum pro duobus ſuis cohæredibus,
ſed etiam pro alijs defuncti debitoris confidejuſſoribus non oppoſita exceptio-
ne diviſionis integram ſummam, & quantitatem ſolviſſe. Quæritur, annè 31
etiam à reliquis duobus confidejuſſoribus repetitionem illius habeat, quod
ultra partem ſuam, & cohæredum ſuorum pro reliquis duobus confidejuſ-
ſoribus ſolvit? Et Reſpondemus, examinandum eſſe, an, & quantum i-
ſte indebitè ſolvens cum, & pro reliquis fidejuſſoribus fuerit obligatus: In
qua examinatione putamus, inprimis certum eſſe, ſi duo confidejuſſores de-
functi ſolvendo fuerint, quòd ad defunctum fidejuſſorem non niſi tertia
pars ipſius debiti, pro quo fidejuſſio interpoſita fuit, tranſire potuerit: V.
G. Titius, Sempronius, & Cajus fidejuſſerunt pro debito nongentorum
florenorum: Tametſi igitur cujuslibet fidejuſſoris obligatio fidejuſſoria in
ſolidum tendat, ſolidum tamen non debetur, quamdiu confidejuſſores præ-
ſupponuntur ſolvendo eſſe, quia per beneficium diviſionis actio in ſolidum
eliditur, ut defunctus non niſi in trecentos florenos tempore mortis obli-
gatus fuiſſe dici poſſit, quæ obligatio inter tres hæredes ipſo jure ita diviſa
fuit, ut cuilibet non niſi ſolutio centenorum florenorũ incumberet, quan-
do igitur unus ex hæredibus, qui ſolvendo reperitur, à creditore conventus
omnes trecentos florenos per errorem ſolvit, pro ducentis florenis cohære-
dum repetitionem habet, juxta ea, quæ ex Manz: ſupra allegavimus, ſi
autem præſupponamus, reliquos duos confidejuſſores jam tempore mortis ter-
tij conſponſoris inidoneos fuiſſe, & non ſolvendo exſtitiſſe, certè, cùm ter-
tius iſte conſponſor obligationem in ſolidum ad hæredes tranſmiſerit, ita ut
ſinguli hæredum pro portionibus ſuis hæreditarijs tenerentur pro trecentis
florenis, quia tamen actio, quæ creditori pro hoc debito fidejuſſorio com-
petit, ipſo jure ſcinditur in partes, manifeſtè ſequitur, quòd creditori ad-
versùs illum ex hæredibus, qui ſolvendo eſt, actio in ſolidum non compe-
tat, ſed tantùm pro trecentis florenis, &, ſi reus conventus omnes non-
gentos florenos ſolverit, cohæredum partes tanquam indebitè ſolutas condi-

cere possit. Nisi fortè, ut jam suprà diximus, fidejussor prædefunctus se sub hypotheca omnium bonorum suorum obligaverit, tunc enim tertius ex fidejussoribus, qui ex bonis defuncti aliquid possidet, beneficio actionis hypothecariæ in solidũ conveniri potest, cùm hypothecaria persequatur quemcunque possessorem rei.

32 Quid si autem id, quòd ex bonis defuncti pro securitate fidejussoriæ obligationis oppignoratis in manibus rei conventi est, non se extendat ad solutionem totius debiti florenorum nempè nongentorum, annè hæres dimittendo bona oppignorata ab ulteriori solutione liberetur? Et Respondemus, videndum esse, an hæreditas defuncti fidejussoris adita fuerit cum beneficio legis, & inventarij, vel sine eo: Si prius, dimissione hypothecæ hæres se ab actione reali liberat: Si posterius, ultra rerum oppignoratarum dimissionem etiam quoad tertiam partem successionis personaliter manet obligatus: V. G. Si ponas, hypothecam dimissam æstimatam fuisse trecentis florenis, talis hæres etiam pro alijs trecentis florenis ex propria substantia supplendis obligatus est: Ratio evidens est, quia defunctus non tantùm hypothecariè præsumitur fuisse obligatus, sed etiam personaliter, quæ personalis obligatio neglecto beneficio inventarij ad tertium hunc hæredem solvendo existentem descendit, à qua se liberare non potest nisi per solutionem. *l. fin. in princ. &* §. *etsi præfatam. 1. C. de jure delib.* & ibi *DD. Cöppen. 1. observ. 131.*

33 Pone autem, quòd debitor principalis creditori non tantùm personaliter fuerit obligatus, sed pro contracto debito pignora dederit, aut hypothecam generalem omnium suorum bonorum constituerit, quærimus, an hæc pignoratitia, vel hypothecaria obligatio transeat ad fidejussores? Et videtur dicendum, quòd sic, eò quòd fidejussores in se suscipiant obligationem principalis debitoris: Tametsi igitur in durius obligari non possint, videtur tamen, illos obligari debere eodem modo, quo principalis debitor obligatus est, cujus obligationem fidejussores in se recipiunt. Et hoc videtur vel maximè verum esse, quando fidejussores se constituunt, ut principales juxta articulum nostrum, fortè etiam tam prægnantibus verbis, ut singuli eorum promittant specialiter, se pro integro debito velle esse obligatos, cùm hujus obligationis principalis effectus esse debeat, ut, sicut ipse originarius debitor tenebatur non tantùm actione personali, sed etiam pignoratitia, & hypothecaria, quæ contra singulos possessores pignorum, & hypothecarum datur in solidum, ita etiam fidejussores, qui se specialiter, ut principales, & pro integro debito solvendo obligârunt, pro pignoratitijs, & hypothecarijs debitoribus habendi sint. Quod confirmatur ex *l. amissi. 52. in princ. ff. de fidejuss.* Ubi dicitur, quòd amissi ruinâ pignoris damnum tam fidejussoris, quàm rei promittendi periculum spectet. Quo supposito dici non potest, quòd in exemplo figurato tertius ex hæredibus, qui solvendo existit, tantùm pro parte sua hæreditaria teneatur. Sed Respondemus, quando fidejussores simpliciter tantùm fidejubent, nec bona sua propria pro fidejussoria obligatione pignori dant, vel pro hypotheca constituunt, quòd nulla reali actione teneantur, textus est expressus in *l. si in pignore. 54. ff. de fidejuss.* Ubi Paulus Juris-Consultus hanc quæstionem his verbis determinat, si in pignore contrahendo deceptus sit creditor, qui fidejussorem pro mutuo accepit, aget contraria pignoratitia actione (id est contra debitorem pignora constituentem) in quam actionem veniet, quod interest creditoris: Sed ea actio fidejussorem onerare non poterit; Non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligavit: Ex quibus verbis clarè apparet, pignorum, aut hypothecæ constitutionem, quam debitor fecit, ad fidejussores non pertinere: Nec interest, sive se obligaverint, ut principales, sive tantùm accessoriè, & in subsidium, quia sem-

per

per ratio Pauli prævalet, quòd fidem suam non pro pignore, sed pro pecunia mutua interposuerit. Dicimus, nisi aliud specialiter actum sit, scilicet, ut fidejussoris bona pignoris, & hypothecæ loco sint, juxta Reformationem Frider: III. Imperat: sub Rubrica, **Umb kundtliche Schuld / his verbis, ob jemand zum anderen kundbahre / vnd vnlaugbahre Schuld hätte / hätt dann der Schuldforderer Pürgen / oder Brieff / so möcht er seine Schuld forderen / oder einbringen / nach laut / vnnd sag seiner Brieff / vnnd als jhme versprochen ist / zubezahlen.** Vid. de hac quæstione *Hering. de fidejussor. cap. 21. num. 14. & seqq.*

Interim fatemur, licèt creditor à debitore principali pignus, & fidejussores in eandem obligationem acceperit, tamen in ipsius arbitrio, & libera voluntate esse, omisso pignore fidejussorem conveniendi. *l. inter eos. §. creditor. 3. ff. de fidejussor. & l. qui mutuam. 56. ff. mandati. l. 2. & l. 17. Cod. eod.* nisi fidejussor solummodò in subsidium pignoris intercesserit, tunc enim ante venditionem pignoris fidejussor conveniri non potest. *l. omissi. 17. ff. eod.* Tametsi in casu, si pignus perierit, & vendi non potuerit, fidejussor in solidum nihilominùs teneatur, & hic est casus suprà cit: *l. amissi. 52. ff. de fidejuss.* qui eò extendi non potest, ut oppignoratio, vel hypothecario principalis debitoris ipso jure devolvatur in fidejussores. 34

Continuatio

SUMMARIORUM.

35. *An exceptio divisionis sit peremptoria, & in quacunque parte judicij opponi possit?*
36. *An etiam in appellatorio, & in executione?*
37. *Cùm sit exceptio juris, an non à judice suppleri possit, licèt non opponatur?*
38. *Quando omnes confidejussores fuerunt simultaneè conventi, & in solidum condemnati, an non in executione divisionem petere possint?*
39. *An non in ordinario processu hæc exceptio usque ad conclusionem in causa admittatur?*
40. *Utrùm cesset beneficium divisionis, si ei fidejussores renunciaverint?*
41. *An requiratur specialis renunciatio, vel sufficiat generalis?*
42. *An non censeatur renunciâsse saltem ipso facto, qui se principalem constituit, & ad solutionem solidi indivisim obligat?*
43. *Si quis neget fidejussionem, an dignus sit hoc beneficio?*
44. *An cesset hoc beneficium propter accessum minorennis, vel pupilli?*
45. *An non deficiat in pluribus fidejussoribus, qui pro uno tutore spoponderunt, rem pupilli salvam fore?*
46. *Utrùm ad renunciationem beneficij excussionis, & divisionis requiratur certioratio?*
47. *Quid sit beneficium cedendarum actionum?*
48. *An cessio actionum fidejussori solventi de jure statutario necessaria sit?*
49. & 56. *Quando necessitas incumbit, an creditor ante, & in ipsa solutione, quotiescunque à fidejussore solvente petitur, cessionem facere debeat?*
50. *Et an non tantùm contra confidejussores, sed etiam adversùs debitorem principalem?*
51. *Quid si confidejussores solvendo non sint?*
52. *An omnium actionum personalium, & realium cessio fieri oporteat?*
53. *An post litem contestatam, & in ipsa executione opponi possit?*
54. *Cur actio non videatur cedi per solam extraditionem documentorum, sed hoc debeat fieri verbis claris, & expressis?*
55. *Qualis sit effectus hujus cessionis, & an fidejussor solvens contra confidejussores in solidum agere possit, vel tantùm in partes viriles?*

57. Quid si autem fidejussor huic beneficio cedendarum actionum renunciaverit?

58. Quid operetur ista renunciatio saltem de jure communi?

59. An per istam renunciationē confidejussores à repetitione, quod eorum nomine solutum est, liberentur?

60. Quid si autem specialissimè ad hunc effectum liberandi renunciatio facta fuerit?

61. An non sit aliquid speciale de jure Bavarico, quòd cessioni huic post solutionem, vel renunciationem factam locus sit?

62. An non propter dolum, & malitiam hoc beneficio quis indignus reddatur?

63. Item propter malitiosam inficiationem fidejussionis?

64. Quid si quis pro alio donandi animo fidejussit, an non perdat hoc beneficium?

65. Aut, si quis pro alio intercessit, qui se obligare non potuit, ut pater pro filio?

66. Quando non habeat locum ob favorem dotis?

67. An creditor compelli possit ad extradenda pignora, & cedendas actiones, antequàm ipsi integra satisfactio contigerit?

68. Quid si debitum non solutione, sed sententiâ absolutoriâ, pacto, acceptilatione, &c. fuerit sublatum, an non cesset hoc beneficium?

69. Si creditor factus est hæres confidejussorum, an teneatur fidejussori solventi cedere actiones contra se?

70. An primus fidejussor in solidum conventus, & condemnatus, cui secundus accessit, sed à creditore dimissus, possit adversùs hunc posteriorem cessionem actionum petere?

35 Ad quintum casum specialiter notanda est differentia inter beneficium ordinis, sive excussionis, & beneficium Epistolæ D. Adriani, sive divisionis: Nam, quamvìs supra deduxerimus, exceptionem ordinis opponendam esse ante litis contestationem, exceptio tamen divisionis in quacunque parte judicij, usque ad sententiam opponi potest: Ratio differentiæ est, quia exceptio ordinis est dilatoria, exceptio verò divisionis est peremptoria. *l. fidejuss. 10. §. 1.* ibi, *ante condemnationem. Cod. de fidejuss. Zanger. loc. cit. n. 3. Harprecht. ad §. 4. n. 11. Inst. de fidejuss. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 13. n. 15. Hering. cap. 28. num. 31.* Quia exceptio ordinis tantùm suspendit actionem usque ad debitoris excussionem, exceptio verò divisionis actionem extinguit pro partibus confidejussorum solvendo existentium. Quod tamen
36 conveniente Summario Processui nostro ita intelligendum est, ut in appellatorio ampliùs non admittatur, si illius oppositio in prima instantia neglecta fuerit, cùm juxta *Art. 9. Tit. 9.* ea, quæ facti sunt, in processu appellationis de novo allegari non possint. Sunt tamen aliqui, qui hanc exceptionem etiam post sententiam, quæ in rem judicatam transivit, in ipsa executione opponi posse existimant, quam *Hering. loc. cit. n. 33.* improbat, quæ non minùs in nostro Processu Summario prorsùs improbanda est, si enim in appellatorio divisionis exceptionem de novo, quæ facti est, opponens ampliùs non auditur, multò minùs audiendus est in executione: Et hinc *Tit. 11. Art. 2.* exceptio divisionis inter illas exceptiones, quæ in executione admittuntur, non invenitur comprehensa.

37 Dices, exceptionem divisionis juris esse, & consequenter à judice suppleri posse. Sed jam in *semicent. nost. 1. controv. 4. n. 11.* diximus, quòd judex nec beneficium excussionis, nec beneficium divisionis, & cedendarum actionum, quæ videntur juris esse, supplere possit, quando non sunt opposita, quia oppositio facti est, & in nuda voluntate rei conventi subsistit, sibi igitur imputet litigator, quòd talia beneficia in ipso processu, vel ex ignorantia, & inscitia, vel ob aliam causam proponere intermiserit. *Gail. 2. observ. 27. n. 2. 5. & 15.*

Unus

Unus tamen casus est, quo hæc exceptio etiam in executione rectè admittitur, id est, si omnes considejussores fuerint simultaneè conventi, & 38
in solidum condemnati, tunc enim jus habent, etiam post sententiam in ipsa executione divisionem petendi. *Zanger. part. 3. cap. 19. num. 6. Manz. de fidejuss. cap. 8. n. 53.* Sed hæc, quæ de beneficio divisionis opponendo in summario diximus, aliter se habent in ordinario processu, nam ibidem etiam in appellatorio, quando sententia per appellationem suspensa fuit, usque ad conclusionem in causa admitti debet, cùm beneficium legis, non 39
deducta deducam, non probata probabo, tantùm in Summarij Processus appellatorio, non verò in appellatorio ordinarij abrogatum fuerit, ut diximus ad *Art. 2. Tit. 10. & Art. 10. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß: Si quis igitur oppositionem hujus exceptionis in prima instantia Summarij Processus neglexit, appellatio illi nihil prodest, sed hoc remedium illi solummodò superest, ut ad ordinarium processum recursum habere, & ibidem usque ad sententiam resarcire possit, quod in Processu Summario neglectum est.

Sextus casus est, in quo beneficium divisionis cessat, si fidejussores 40
huic beneficio renunciaverint, *l. si quis conscribendo. 29. C. de pactis. Schrader. in tract. de contract. Rubr. de fidejuss. n. 40. Schneidew. loc. cit. num. 22. in fine.* Per renunciationem enim fidejussores redeunt ad jus antiquum, quo singuli in solidum tenebantur, sibi igitur imputent, quare beneficio juris uti noluerint, cùm cuilibet liberum sit, favori pro se introducto renunciare, dict: *l. si quis. Cod. de pactis.* An autem generalis renunciatio 41
sufficiat, vel specialis requiratur, Doctores inter se dissentiunt, quibusdam distinguentibus inter verba renunciationis, an sint generalissima, an subalterna, & specialia, aut specialissima, & individua, prout pulchrè differentiam inter ejusmodi renunciationes exsplicat *Hering. cap. 17. n. 40. & seqq.* Nos, abstrahendo ab his subtilitatibus, dicimus, de jure nostro Bavarico expressam, & specialem renunciationem necessariam esse, per rationem, quòd in *Art. 1.* talis expressa, & specialis renunciatio requiratur in beneficio ordinis, sive excussionis, ergò etiam requiritur in beneficio divisionis, non enim videtur ulla ratio subesse, quare ad hunc effectum in utroque beneficio constituenda sit differentia, prout benè animadvertunt, *D. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 59.* & *D. Balthasar. ad hunc tit. resol. 3. n. 34.* Et licèt hic articulus noster 3. de speciali renunciatione mentionem non faciat, eam tamen sufficienter innuit, cùm exprese statuat, ad amissionem beneficij divisionis non sufficere, ut se quis tanquam principalem obliget, sed nuncupatim requiri, ut se specialiter pro integri debiti solutione obliget, ex qua dispositione sic subsumo: Renunciatio est du- 42
plex, una, quæ fit verbis, & altera, quæ fit ipso facto, qualis esse videtur, si quis se principalem constituat, & ad solutionem solidi obliget: Atqui ista renunciatio, quæ fit ipso facto, in generalibus terminis non admittitur: Id est, si quis dixerit, Er woll Porg vnnd Selbschuldner seyn. Sed requiritur specialissima expressio, daß sie nit allein Selbstschuldner seyn / sonder ein jeder insonderheit vmb die gantze Schuld hafften wollen / ergò etiam ista specialitas requiritur in verbali renunciatione. Et hæc sententia multis defenditur à *Joan. Cöppen. decis. 5. per totum. Zanger. loc. cit. part. 3. cap. 19. num. 13.* putat, si fidejussores se obligaverint indivisim, vnverschaidenflich / quòd ipso facto tacitè beneficio divisionis renunciâsse censeantur, quod an verum sit, valdè subsistimus, juxta ea, quæ de hujusmodi formulis in Germania receptis paulò antè diximus, quò Lectorem remittimus, quia talis obligatio indivisim facta, nostra opinione quidem constituit fidejussores tanquam principales, & correos, cùm autem specifica hæc expressio, quòd quilibet eorum pro integro debito obligatus esse velit, non sit addita, vi

nostri articuli talis renunciatio præsumi non potest, quæ beneficium divisionis excludat.

43 Septimus casus est, quem etiam supra habuimus in *Artic. 1.* ad beneficium excussionis, si quis fidejussionem neget, tunc enim propter mendacium perdit beneficium. *l. si dubitet.* §. *ita demum. ff. de fidejuss. Zanger. loc. cit. n. 10. Gabriel. de acquirend. possess. conclus. 5. n. 3.* Ubi tamen maximè duas conditiones requisivimus, ut scilicet negatio sit dolosè, & malitiosè, non ex errore, sed ad decipiendum alterum interposita, & secundò, ut non tantùm per generalem clausulam forensibus, & advocatis consuetam: *Nego narrata, prout narrantur:* Sed specialiter pro actu fidejussionis inficiando considerate prolata; Indignus est enim beneficio, qui illius causam negat.

44 Octavus casus est, si plures fidejussores concurrant, quorum unus quidem efficaciter est obligatus, reliqui verò efficaciter obligati non sunt: V. G. pro debito Titij fidejussoriè se obligavit Sempronius omni exceptione major, & cum ipso pupillus, & mulier, qui se per fidejussionem, & intercessionem obligare non possunt: Certè Sempronius totam obligationem sustinebit in solidum, cùm pupilli, & mulieris obligatio inutilis, & invalida sit. Idem dicendum est de minorenni, qui restitutionem in integrum habet. *l. 48. ff. de fidejuss.* nisi minorennis per dolum creditoris inductus sit, ut alteri majorenni jam efficaciter obligato accederet, tunc enim indignus est, ut ei fraus, & dolus suus patrocinetur. §. *1. Inst. & d. l. 48. ff. de fidejussor.* Sempronius igitur propter minorennis accessum beneficium divisionis quidem consequitur, non ad hunc effectum, ut minorennis pro parte sua concurrat, sed ut creditor propter dolosam, aut fraudulentam ejus inductionem illâ careat.

45 Nonò deficit beneficium divisionis in pluribus fidejussoribus, qui pro uno tutore spoponderunt, rem pupilli salvam fore. *l. 12. ff. rem pupilli salvam fore. Zanger. loc. cit. n. 9. Schneidew. loc. cit. n. 20. & Harprecht. n. 12.* Ratio habetur in textu, quia pupillo agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est, quasi textus voluerit dicere, D. Adrianum voluisse tantùm succurrere fidejussoribus prò illis intervenientibus, qui sibi ipsis vigilare potuerunt: Si igitur alius creditor fidejussione contentus fuit, hoc ipso nulli alteri, quàm sibi imputare debet, quòd actionem suam debitore principali solvendo non existente in plures fidejussores dividere debeat, sed, quia pupillo, qui in tutorem incidit, nihil imputari potest, quilibet debet teneri in solidum, ne una causa cum pupilli incommodo in plures dividatur. Vid. DD. paulò antè citati ad §. *4. Institut. de fidejussor.* Est tamen casus exceptus de pluribus tutoribus plures etiam fidejussores constituentibus in *l. 1.* §. *nunc tractemus. 10. ff. de tutor. & rat. distrah.*

Decimò, Epistola D. Adriani locum non habet, quando plures fidejussores fuerunt constituti, tempore verò litis contestatæ non nisi unus solvendo existens, tunc enim is in solidum tenetur. §. *inter plures. Inst. de fidejussor. l. fidejussor. Cod. eodem.* Secùs, si post litem contestatam, & beneficium divisionis legitimè oppositum in inopiam inciderint, id enim periculo creditoris cedit, *Schneidew. loc. cit. num. 20.* De quo jam ante dictum fuit.

46 An autem ad horum beneficiorum, excussionis scilicet, & divisionis renunciationem requiratur certioratio, inter DD. controvertitur, pluribus id affirmantibus, eò quòd hæc beneficia difficilioris, & reconditi juris, & quasi de apicibus juris sint. Vid. *Berlich. lib. 2. conclus. 22. num. 36. & seqq.* Sed planè nos talem difficultatem, & subtilitatem in ijs non invenimus, quam

quam etiam quilibet rusticus non facilè capere possit, cùm in æquitate naturali cuilibet facilè palpabili fundentur: Quis enim non possit capere, quòd is, qui principalis debitor est, & lucrum, sive commodum suum ex contractu cœpit, debeat priùs conveniri, quàm ejus fidejussor, ad quem nihil utilitatis devenit? Quod in effectu est beneficium ordinis: Deinde, estné captu tam difficile, ut fidejussores æqualiter obligati, etiam æqualiter solvant? Quod in effectu est beneficium divisionis. Non videmus igitur certiorationis necessitatem, quamvìs non malè fiat, si pro majori cautela adhibeatur.

Restat adhuc tertium beneficium fidejussoribus indultum, quod vocatur beneficium cedendarum actionum, de quo in articulo nostro in duabus postremis lineis paucis verbis mentio fit, **Und da ein Porg / inquit** textus, **für die andere bezahlt / stehet jhme bevor / dasselbig Gelt / von jhnen seinen Mit-Porgen wider einzuforderen /** id est, si unus ex fidejussoribus pro alijs solverit, ipsi liberum est, illam pecuniam à suis confidejussoribus iterum exigere: Ex quibus verbis statim oritur 47

Præliminaris quæstio, an de jure nostro statutario fidejussori solventi cessio actionum necessaria sit? *D. Rath. loc. cit. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 63.* & *D. Balthasar. loc. cit. n. 51. ad finem.* putant, hac in re in Statutis nostris Provincialibus nihil singulare dispositum esse, de quo tamen nos certè ex sequentibus rationibus non immeritò subsistimus: Nam 1. de necessitate cessionis actionum, quæ creditori competunt, in nostro articulo nec verbo mentio fit: Imò 2. verba articuli nostri paulò antè recitata demonstrant, jus repetendi illud, quod unus ex fidejussoribus pro reliquis confidejussoribus solvit, in ipsius solventis persona radicatum esse, dum ipsi libertatem eo utendi concedit. Si enim 3. articulus necessitatem cessionis agnovisset, debuisset dicere, quòd solventi pro reliquis confidejussoribus liberum sit, cessionem actionum contra confidejussores à creditore petere ad repetendum partes reliquorum confidejussorum à se solutas, de quo tamen articulus ne somniavit quidem: Sed quia 4. solventi libertatē esse dixit, reliquos confidejussores pro partibus suis conveniendi, utique supposuit, actionem pro repetitione soluti in solventis persona, & non in cessione actionum radicari. Nec 5. quidquam obest, si dicas, cessionem actionum propterea necessariam esse, eò quòd inter fidejussorem solventem, & reliquos confidejussores alioquin nulla obligatio subsit. *l. cùm alter. Cod. de fidejussor.* Nam ad hoc Respondemus, quòd vi hujus articuli fidejussori solventi ipso jure concedatur condictio ex lege ad repetendum id à confidejussoribus, quod in effectu illorum nomine solutum est: Licèt enim DD. se multùm fatigent ad indagandam rationē differentiæ, quare de jure communi tutores, & correi sine cessione actionum à contutoribus, & consponsoribus reis repetere possint, quod pro ijs solutum est, & non confidejussores, ut videre est apud *Nicol. Everh. cons. 1. num. 5.* & apud *Zanger. part. 2. de except. cap. 16. num. 34. cum seqq.* Ea tamen industria supervacanea est, si dicamus, fidejussori solventi ad repetitionem, quod pro confidejussoribus solvit, ipso jure condictionem ex lege datam esse, ut sublatis ejusmodi subtilitatibus, & apicibus juris potiùs æquitati, quàm rigori juris locus detur, quam jura nostra Provincialia in hujuscemodi dubijs controversijs semper magìs respiciunt, quàm duritiem juris, ut pluribus exemplis palàm demonstrare possemus, nisi brevitati studeremus. Notum est 6. quantus dissensus inter DD. sit super illa quæstione, an cessio actionum peti debeat ante solutionem, sive in ipsa solutione, vel an etiam peti possit post solutionem jam factam, ita ut non modò diversi auctores inter se pugnent, sed multi etiam secum ipsis pugnantes contraria in diversis locis statuant. *Manz. de fidejussor. cap. 9. n. 78.* Quod dissidium ex articulo nostro unico ictu dissol- 48

vitur, si dicamus, cessione actionum opus non esse, eò quòd articulus noster condictionem solventi pro partibus confidejussorum ipso jure tribuat. Plerique auctores agnoscunt, durissimum esse, ut tali, qui solutionem bona fide fecit, non petita cessione actionum adversùs confidejussores, denegetur omnis actio, & propterea juxta *l. cùm is. 36. ff. de fidejussoribus.* titulum emptionis excogitant, quasi scilicet fidejussor, qui solvit, ipso facto jus creditoris redimat, quæ fictio cessat, si dicamus, quòd ipsa lex fidejussori solventi sine cessione actionum, condictionem concedat. Quam opinionem satis

Diff. tìs solidam si benevolus Lector amplecti velit, hìc notabilem differentiam inter jus commune, & jus nostrum statutarium annotare poterit, cùm plurimi, & potissimi Juris-Consulti hanc fictitiam emptionem non admittant, & proinde pro æquitate asserenda comodius remedium non sit, quàm condictionis ex lege.

49 Præsupposito autem, articulum nostrum intelligendum esse secundùm jus commune, ita ut verba finalia hunc tortum sensum habere debeant, quòd tunc primùm solventi fidejussori contra confidejussores actio competat, sive, ut verba sonant, agere liberum sit, quando sibi ante solutionem, vel in ipsa solutione de cessione actionum vigilavit, de quo tamen nec jota in textu invenitur, tunc rectè dicitur 1. quòd creditori necessitas incumbat, faciendi cessionem, quotiescunque à fidejussore solvente, vel ante, vel in ipsa solutione petitur. *l. fidejuss. 17. l. fidejussor. 39. l. cùm is. 36. l. si fidejussores. 41. ff. de fidejussor. & l. cùm alter. 11. Cod. eodem.* Et quidem 2. non tantùm contra confidejussores, verùm etiam adversùs debitorem principalem. *l. si mandata. 13. ff. eod. l. si quis. 27. l. Papinianus. 28. ff. mandati. l. Stichum. 95. ff. de solut.* Licèt fidejussor solvens jam antea contra principalem actionem mandati habeat, eò quòd commodum sit, plura remedia

51 habere suum consequendi: Nec interest 3. sive confidejussores solvendo sint, sive non, quoniam ad pinguiorem fortunam reverti possunt. *Zanger.*

52 *loc. cit. n. 29.* Nec 4. inter actiones distinctio facienda est, sive personales, sive reales sint, & hypothecariæ, quoniam omnium cessio fieri debet. Imò, si creditor pignora ab ipso debitore in manibus habeat, necesse est, ut etiam cessionem, & extraditionem pignorum faciat, cùm creditor post solutionẽ integrè factam ea sine causa retineret. Pariter, si fidejussor solvens à confidejussoribus partes eorum receperit, ipse quoque actiones sibi cessas, & pignora extradita confidejussoribus pro rata, & quota conveniente communicare debet. *Manz. loc. cit. n. 38.* Et hæc cessio 5. non tantùm fidejussoribus fieri debet, sed etiam mandatoribus, correis, & quibusvis alijs pro altero solventibus. *l. mulier. 19. ff. qui pot. in pign. l. si res. ff. de legat. 1.*

53 Poteśtque 6. exceptio cedendarum actionum ante, & post litem contestatam, ante, & post sententiam latam, in ipsa quoque executione opponi; Ratio est, quia hæc exceptio non impugnat sententiam, sed eam potiùs approbat, & confirmat, nec impedit executionem, sed illam solummodò moderatur.

54 Et quamvìs 7. jam suprà dixerimus, creditorem obligari, ut fidejussori solventi instrumenta, & documenta litteraria, quæ pro debito soluto in manibus ejus extant, integra, & incorrupta extradat, per solam tamen extraditionem illorum non satisfacit creditor cessioni, quæ eidem incumbit, sed debet fieri verbis claris, & expressis, cùm per nudam extraditionem non videatur cedi actio. *Berlich. l. 2. conclus. 22. n. 77. Zanger. de except. part. 2.*

55 *cap. 16. n. fin.* Ejusmodi tamen 8. cessionis effectus non est, ut fidejussor, qui solvit, à quolibet ex confidejussoribus posteà solidum petere possit, cùm illa pars, quæ beneficio Epistolæ D. Adriani ipsum solventem contingit, deduci, quoad reliquorum verò confidejussorum partes actio cessa dividi debeat, nam, licèt ex pluribus fidejussoribus ipso jure singuli in solidum obligati sint, reverà tamen, & in effectu quilibet ipsorum onus obligationis

tan-

tantùm pro virili parte sustinet, &, sicut ipse creditor propter exceptionem Epistolæ D. Adriani contra singulos fidejussores cum effectu non in solidum agere potest, sed tantùm in partes viriles, ita etiam non plus juris per cessionem in solventem transfert. *l. si plures. 38. §. ult. ff. de adminift. tut. Berlich. lib. 2. conclus. 22. num. 78. Manz. de fidejuss. cap. 9. n. 49.* Tametsi dici possit, quòd actio per cessionem in solidum transeat, quia eodem modo apud creditorem fuit. Debet autem 9. ut suprà diximus, cessio actionum fieri, vel ante solutionem, vel in ipso actu solutionis, nam strictò jure per solutionem factam sublata est obligatio, ita ut à creditore post actum solutionis ampliùs cedi non possit, præsertim, si fictitiam illam emptionem in *l. cùm is. 36. ff. de fidejuss.* cum plurimis probatis auctoribus excludamus. Vid. *Nicolaus Everh. loc. cit. n. 9.* & *Zanger. loc. cit. n. 31.* Valet autem cessio etiam post solutionem, si in ipso actu solutionis pactum de cedendis actionibus, vel protestatio facta fuerit, quia talis solutio censetur facta sub conditione, vel modo, ut postmodùm fiat cessio. *l. 17. ff. de fidejuss. l. cùm alter. 11. Cod. eod. l. Modest. 76. ff. de solut.* quapropter primùm tunc convalidatur solutio, quando cessio ex intervallo accedit. *Manz. loc. cit. n. 69. cum multis sequent.* 56

Sunt tamen etiam in hoc beneficio cedendarum actionum aliqui casus excepti, ut illud à fidejussore solvente exigi non possit. Videlicet primò, si quis ex confidejussoribus solverit, qui tamen beneficium cedendarum actionum in instrumento fidejussorio renunciavit, sibi enim imputare debet, cur jus sibi competens spontanea voluntate remiserit, prout suprà de beneficio excussionis, & divisionis jam diximus, nulla enim subest ratio, quare his duobus beneficijs renunciari possit, & non etiam tertio de cedendis actionibus. Secundùm superiorem nostram opinionem, quâ de jure nostro Bavarico tribuimus fidejussori solventi condictionem ex lege adversùs confidejussores suos pro repetendis illorum partibus, renunciatio hujus beneficij omninò inutilis est, quid enim opus est renunciatione cedendarum actionum à creditore facienda, quando fidejussor solvens specialem actionem condictionis ex lege in propria sua persona radicatam habet? Si tamen seposita hac nostra exsplicatione super hac quæstione de jure communi nostrum judicium requiras: An, & quid operetur renunciatio cedendarum actionum? Dicimus, inprimis necessarium esse, ut renunciatio fiat specialiter: Per rationem, quòd, ut suprà ad *Art. 1.* annotavimus, & ad hunc *Art. 3.* repetivimus, in duobus præcedentibus beneficijs de jure nostro statutario specialis, & expressa renunciatio requiratur, ergò etiam in hoc tertio cedendarum actionum, cùm nulla ratio appareat, quare in hoc tertio beneficio generalis renunciatio, sive generalissimis, aut generalibus, & subalternis verbis facta plus operari possit. *Berlich. lib. 2. conclus. 22. n. 61. Hering. de fidejuss. cap. 27. n. 21. Zanger. part. 2. cap. 16. n. 42.* Deinde dicimus, quòd renunciatio cedendarum actionum fieri possit ad duplicem effectum: Scilicet, ut creditori nihil obstare possit, quod retardet processum, & paratam executionem, vel ad confidejussores à repetitione, quod illorum nomine solutum est, liberandos: Si igitur renunciatio cedendarum actionum facta est simpliciter, censeri debet facta esse ad primum tantùm effectum obtinendum, ne processui, & executioni ulla mora obtrudi possit, non ad effectum secundũ, liberandi scilicet confidejussores à repetitione partium suarum; Res enim esset plena invidiæ, si renunciationem, quæ in solius creditoris favorem facta est, adeò in odium fidejussoris solventis extendere vellemus, ut præjudicium faceret Epistolæ D. Adriani, & confidejussores ab omni prorsùs obligatione absolveret, cui enim non æquum videbitur, inquit textus in *l. in creditore. 38. ff. de evict.* vel hoc saltem consequi emptorem (in proposito casu fidejussorem solventem) quod sine dispen-

ſpendio creditoris futurum eſt ? Et hanc opinionem tenet *Berlich. dict. concluſ. 22. n. 70. Hartm. Piſtor. lib. 1. quæſt. 48. n. 9. Hering. d. cap. 27. n. 25.*
60 *Zanger. dict. cap. 16. n. 43.* Si autem præſupponas, renunciationem ab uno ex confidejuſſoribus ſpecialiſſimè, & expreſſiſſimè ad hunc effectum, liberandi nimirum confidejuſſores ab æquali ſua confidejuſſoria obligatione factam, dici debet, renunciationem donandi animo factam eſſe. Sed omnis hæc diſputatio ceſſat, ſi dicamus, quòd etiam ſine ceſſione actionum fidejuſſori ſolventi pro repetendis partibus contra confidejuſſores condictio ex lege competat.

61 Animadvertunt *D. Rath.* & *D. Balthaſar. loc. cit.* in hoc noſtro articulo circa beneficium cedendarum actionum aliquid ſpeciale contineri, ſed iſtam ſpecialitatem ad hunc ſolummodò caſum reſtringunt, quòd ceſſioni etiam poſt ſolutionem, & renunciationem factam de jure noſtro Provinciali locus ſit: At reverà, qui verba articuli benè examinat, & comprehendit, videbit, fidejuſſori ſolventi nullo habito reſpectu ceſſionis, aut renunciationis, jus repetendi partes confidejuſſorum conceſſum eſſe: Quid ergò affingimus alienos ſenſus, & ſuperfluas difficultates inducimus, cùm verba, prout jacent, fidejuſſori ſolventi nudè, & crudè abſque omni reſtrictione, aut alia quavis conſideratione libertatem reliquorum confidejuſſorum partes condicendi relinquant? Indagavimus quidem omnes conſultationes tempore erectionis ſtatutorum noſtrorum Provincialium in hac materia habitas, ſed non invenimus aliquid opinioni noſtræ contrarium: Sicut igitur *Ludov. Molina. de Juſt. & Jur. tract. 2. diſput. 544. num. 6.* has difficultates, & ambages cum faſtidio improbat, ac longè melius, & expeditius fuiſſe judicat, ſi in legibus ſimpliciter ſtatutum fuiſſet, ut in fidejuſſorem ſolventem actiones ipſo jure tranſirent, ita benevole Lector tibi non adverſabimur, ſi putes, hoc per verba articuli noſtri factum fuiſſe: Quamvìs id aſſerere auſi non fuerimus, cùm de devolutione actionum in fidejuſſorem ſolventem in verbis noſtri articuli nullum veſtigium deprehendamus: Tutius igitur eſt, ſi dicamus, articulum noſtrum ſolventi condictionem concedere, eò quòd eidem liberum repetitionis arbitrium admittat.

Interim, ſi cui D. Rathij, & Balthaſaris opinio magìs placet, ut ſcilicet etiam ſecundùm tenorem ſtatutorum noſtrorum Provincialium ceſſio actionum fidejuſſori ſolventi neceſſaria ſit, ſuadeo illi, ut potiùs fictitiam illam emptionem, de qua ſuprà diximus, admittat, quàm ceſſionem poſt ſolutionem jam factam: Quoniam per ſolutionem veriſſimè debitum, & actiones ratione illius competentes extinctæ ſunt: Quod autem non eſt, ampliùs cedi non poteſt.

62 Secundus caſus eſt, ſi quis ex proprio dolo, & malitia in ſolidum conventus, & exactus fuit, tunc enim, ſicut amittit beneficium excuſſionis, & diviſionis, ut ſuprà jam diximus, ita etiam beneficio cedendarum actionum indignus eſt, cùm dolus ſuus nemini patrocinari debeat. Idem etiam eſt, ſi propter dolum cum reliquis confidejuſſoribus communem ſuccubuerit, tunc enim repetitionem nullam habet, quia nulla eſt juſta communicatio damni ex dolo, & maleficio communi.

63 Tertius caſus eſt, priori ſimilis, quando fidejuſſor fidejuſſionem malitiosè negat, non minùs enim beneficium cedendarum actionum perdit, quàm ut, juxta ſuperiùs dicta, perdit beneficium excuſſionis, & diviſionis, indignus eſt enim beneficio, qui negat cauſam beneficij. *Valent. Franc. de fidejuſſ. cap. 5. n. 500.*

64 Quartus caſus eſt, ſi quis donandi animo pro alio fidejuſſit. *l. quod dictum. ff. de pactis. Schrader. loc. cit. ad tit. de fidejuſſor. n. 42.* Quamvìs animus donandi nunquam præſumatur, niſi ex verbis obligationis clarè appareat: Prout in præcedentibus caſum habuimus de fidejuſſore renunciante

bene-

beneficio cedendarum actionum etiam ad effectum, ut confidejussores ab omni obligatione liberentur.

Quintus casus est, quando pater jussit, & auctor, sive causa fuit, ut 65 filiofamiliâs pecunia fuerit credita, sive mutuo data: Tunc enim, si pater conventus pro filiofamiliâs solvat, beneficium cedendarum actionum non habet, cùm ex jussu suo ipse pater quasi pro principali debitore habeatur. *Hering. cap. 27. part. 3. num. 25.* Ubi generalem regulam ponit, quòd fidejussor beneficium cedendarum actionum non habeat, quoties pro aliquo intercessit, qui se obligare non potuit, ut est filiusfamiliâs, servus, Monachus, &c. tametsi igitur patrem ex jussu suo pro principali debitore non agnoscas, sed quasi pro fidejussore, adhuc beneficio cedendarum actionum ex modò dicta regula carere debebit.

Sextus casus est, si pater in testamento hæredi præcipiat, ut pro aliquo fidejubeat: Ratio est, quia, qui ex necessitate fidejubet, solvendo pro debitore nihil repetit. *l. tribus. 8. ff. de usufructu earum rerum.* Ubi Godofredus rationem addit, eò quòd non susceperit mandatum fidejubendi ab ipso reo principali. *Manz. de fidejuss. cap. 9. n. 61.*

Septimò sunt quidam casus, in quibus fidejussores de dote restituenda, 66 & conservanda admittuntur, qui videri possunt apud *Bald. Novell. in tract. dotis. part. 6. privil. 21.* & apud *Hering. de fidejussor. cap. 6. n. 147. & seqq.* In ijs ergò beneficium cedendarum actionum ob favorem dotis locum non habet. *Neguzant. in tract. de pignor. part. 5. princ. memb. 3. part. 1. num. 31. Hering. dict. cap. 27. part. 3. n. 26.*

Octavus casus est, si ponas, debitorem principalem non esse obligatum 67 ad debitum statim una vice solvendum, sed habere plures distinctos, & separatos solutionis terminos. Fidejussor enim, qui primum terminum solvit, nec cessionem actionum, nec extraditionem pignorum à creditore petere potest. Ratio est, quia creditori pro reliquis particularibus solutionibus retentio actionum, & pignorum adhuc necessaria est: Exspectare proinde fidejussor debet, donec creditori integrè satisfactio fiat, *l. 2. sub fine. Cod. de fidejuss.* Ubi dicitur, non priùs compellendum esse creditorem, transferre pignora, quàm omne debitum exsolvatur, quia totum pignus etiam pro minima parte debiti remanet obligatum, ut diximus in *semicent. nostr. 1. controv. 18. n. 9. Gail. lib. 2. obs. 92. n. 5.*

Nonus casus est, quo fidejussor beneficium cedendarum actionum im- 68 plorare non potest, scilicet, quando alio modo, quàm solutione à debito fidejussorio liberatur. Est autem pro solutione accipienda etiam delegatio, & compensatio, quia utraque hæc species locum solutionis obtinet. *l. si debitor. 4. ff. qui potior. in pign. l. 1. Cod. de novat. l. 16. Cod. de solut.* V. G. si fidejussor per sententiam ab actione fuerit absolutus, vel si principalis debitor à creditore pacto, acceptilatione, vel alio modo fuerit liberatus; Debito enim principali sublato, tollitur etiam fidejussio tanquam accessoria, sublata autem principali obligatione, & fidejussoria omninò beneficia ab ijs dependentia, ut per se clarum est, ipso jure extinguuntur. *Schrader. loc. cit. n. 44.* Ratio est, quia cessio ad hunc finem conceditur, ut fidejussor possit repetere, quod exposuit. Sed in modò dictis casibus nihil exposuit, ergò etiam nihil repetit. *Manz. loc. cit. n. 65.*

Decimum casum ponit *Pertazoll. claus. 40.* quòd creditor, qui factus 69 fuit hæres confidejussorum, non teneatur, solventi fidejussori cedere actiones contra se, ubi notentur verba *contra se*; Nam, ut jam sæpiùs innuimus, duplex fit cessio actionum à creditore: Prima adversùs debitorem principalem: Et hæc confidejussori solventi denegari nullo modo potest: Altera, quæ fit fidejussori solventi contra confidejussores suos, & ab hac cessione Pertazollus creditorem hæredem liberat, eò quòd nemo teneatur, actio-

nem adversùs se ipsum cedere. Meliùs fortè diceretur, eò quòd actiones per aditionem hæreditatis confusæ fuerint,& sic nulli ampliùs cessioni locus supersit. Si nostram opinionem de condictione confidejussori solventi ipso jure competente amplectaris, res satìs clara est, quòd confusio actionū creditorem hæredem confidejussorum nihil relevet, quia fidejussor solvens absque omni cessione actionum, condictione ex lege in propria persona radicatâ contra confidejussores, & eorum hæredes fundatus, & securus est: Et planè etiam seposita hac opinione, Pertazolli sententiam nec de jure communi admittere possumus, cùm omni jure cautum sit, ut hæreditas in successorem transeat cum omnibus juribus activis, & passivis. Transeat igitur confusio actionum, quæ fit per aditionem hæreditatis, inter hæredem, & confidejussores, quid tamen illa nocebit tertio fidejussori,qui bona fide solvit? Certè nemo mihi persuadebit, quin non à fidejussore solvente creditor per implorationem officij judicis (cui hac in parte magìs, quàm actioni locus est) compelli possit, ut sibi contra confidejussores actiones cedat, non minùs, quàm contra principalem debitorem, quæ postmodùm in ipsum creditorem tanquam hæredem recurrunt, vel, si hoc procardicum verum esse putes, neminem ad cedendas actiones contra se cogendum esse, ut pro partibus confidejussorum deductionem patiatur, ne cum alterius jactura injustè locupletetur, profectò hanc Pertazolli sententiam tam iniquam puto, ut malim, fictitiam emptionem, de qua suprà diximus, admittere, quàm creditorem hæredem confidejussoris à partis collatione, quæ ipsum contigit, absolvere.

70 Undecimus, & ultimus casus est, si quis V. G. ex intervallo duos accepit fidejussores, quorum primus se pro debitore principali in solidum obligavit sine ullo respectu alterius cujusdam confidejussoris, quem tunc temporis nec creditor, aut fidejussor petijt, nec debitor principalis obtulit, sive constituit: Ex postfacto verò alius confidejussor accedat absque eo, quòd primus fidejussor illius accessionem petierit, aut procuraverit, quem deinde creditor ex bona voluntate à fidejussione sua dimisit: Quæritur, an primus fidejussor postmodùm in solidum conventus, & condemnatus à creditore cessionem actionum adversùs hunc posteriorem confidejussorem suum ab obligatione sua dimissum petere possit? Dices, hoc extra dubium esse, cùm jam supra dixerimus, beneficium divisionis confidejussoribus competere, sive in eodem actu simultaneè fidejusserint, sive per intervalla: Et Respondemus, primum fidejussorem conventum, & condemnatum contra secundum fidejussorem ex intervallo nullo respectu, & intuitu primi fidejussoris, sed solummodò pro securitate creditoris adjunctum, & ab obligatione sua iterum dimissum nullam cessionem actionis petere posse: Ratio est, quia creditor eadem facilitate secundum fidejussorem ab obligatione sua liberare potuit, quâ illum securitatis suæ causâ adjunxit: Aliud est, si hic secundus fidejussor ab obligatione sua non fuisset dimissus, tunc enim beneficio divisionis locum esse, non dubitaremus, cùm nobis eorum opinio secundùm priùs allegata non placeat, qui volunt, quòd beneficium divisionis tantùm inter confidejussores simultaneè constitutos locum habeat, cùm cœteris paribus successiva accessio dispositionem D. Adriani nihil immutare videatur, & hinc etiam dicimus in casu nostro, si primus fidejussor adjunctionem secundi, fortè, quia debitori principali non fidit, à creditore impetraverit, quòd ab obligatione sua confidejussoria ex nuda voluntate creditoris dimitti non possit: Sicut è contrario primus fidejussor in solidum obligatus conqueri non potest, quando creditor secundum fidejussorem in contemplatione solius suæ securitatis adjunctum iterum ab obligatione sua dimittit.

Der

Der Vierdte Articul.

BEklagt der Porg den Selbstschuldner / daß er jhne zu einem Porgen gesetzt / vnd er solcher Porgschafft halben Schaden gelitten / der Selbstgelter aber daß nicht gestehn will / so soll der Porg beweisen / daß der beklagte Selbstgelter jhne zum Porgen gesetzt / vnd er der Porgschafft halben schaden gelitten hab / vnd was schaden er dann gelitten zehaben erweist / den soll jhme der Selbstschuldner widerkehren / vnd gut thuen.

SUMMARIA.

1. *Fidejussor damnum passus, si id probet, an non habeat actionem mandati contrariam ad se indemnem servandum?*
2. *An hæc actio sit bonæ fidei, & omne damnum, & interesse includat?*
3. *An fidejussor repetitionem habeat pecuniæ solutæ, damni, & interesse, quando extrajudicialiter solvit, nec conventus, nec condemnatus?*
4. *Qui pro absente, & ignorante fidejussit, an non habeat actionem negotiorum gestorum?*
5. *Et quid de jure nostro Bavarico sentiendum?*
6. *Quando autem debitor absens, & ignorans ratihabet fidejussionem, an non etiam detur actio mandati directa, & contraria?*
7. *Utrùm competat actio mandati, si debitor principalis jus mandandi non habet, ut filiusfamiliâs, Monachus, &c.?*
8. *Quid si quis fidejussionem pro re turpi interposuerit?*
9. *Aut pro invito, & dissentiente fidejusserit?*
10. *Vel fidejusserit donandi animo, an non deficiat actio mandati?*
11. *Quid si fidejussor pro principali debitore inutiliter solverit, cùm V. G. debitor ipse jam solvit, annon habiturus sit condictionem indebiti, & non actionem mandati?*
12. *An etiam solutio inutilis sit, quam fidejussor facit pro pupillo, furioso, prodigo, &c.?*
13. *Quid si fidejussor exceptionem peremptoriam, quâ ipse, & principalis debitor se tueri poterant, scienter opponere intermittat?*
14. *Quid si autem talem exceptionem opposuerit, sed nihilominùs injuriâ judicis fuerit condemnatus?*
15. *Quid si solverit ante diei, vel conditionis existentiam, an habeat actionem mandati ad repetendum solutum?*
16. *Quid si expresè actum fuerit, ut fidejussor adversùs principalem non habeat regressum?*
17. *Quid si fidejussor solverit falso creditoris procuratori?*
18. *An in omnibus casibus, in quibus creditor compelli non potest ad cedendas actiones, etiam fidejussori actio mandati contraria contra debitorem non detur?*

MUlta dici possent de actionibus ratione fidejussionis competentibus: Sed, quia articulus iste solùm tractat de probatione fidejussionis, & exinde resultante actione adversùs debitorem principalem, manebimus in cancellis articuli propositi, & proinde

Dicimus, illius tenorem hunc esse, quòd is, qui asserit, se pro altero fidejussisse, & exinde damnum incurrisse, illud legitimè probare debeat: Ratio per se patet, quia actori, & asserenti probatio incumbit: Ut igitur ejusmodi actori deferri possit, duo eidem probanda incumbunt. Primò, ut probet, se fidejussorem datum, & constitutum fuisse: Et secundò, quòd ratione fidejussionis damnum passus fuerit: Et hæc actio vocatur de jure communi actio mandati contraria; Æquissimum enim est, ut officium 1

 suum

ſuum nemini ſit damnoſum, & fidejuſſori aliquod remedium detur ad ſe indemnem conſervandum, ne inde diſpendium patiatur, unde potiùs prœmium promeruiſſe videtur. Vocatur autem actio mandati, eò quòd debitor principalis, qui fidejuſſorem conſtituit, cenſeatur ei mandare, ut cauſam ſuam, ſive debitum in ſe recipiat, unde ſequitur, ſi poſteà ad ſolutionem condemnetur, vel alio modo ratione fidejuſſionis damnum incurrat, quòd contra mandatorem actionem mandati contrariam habeat. *l. rogatus. 33. ff. mandati. l. indebitam. 47. ff. de condict. indeb.* Accipitur autem etiam verbum *rogare*, prò mandare, dict: *l. rogatus. 33. ff. mandati.* Imò, ſi in inſtrumento fidejuſſionis neque verbum mandare, nec verbum rogare contineatur, ſed ſimpliciter, quòd quis interceſſerit, & pro alieno debito fidem ſuam interpoſuerit, hoc ipſo oritur actio mandati contraria, cùm nemo cenſeatur, id invitùs feciſſe, ſed cum ſpontanea voluntate interpellatus, & rogatus, quod ad actionem mandati ſufficit. Idem dicendum eſt, ſi interceſſio facta fuerit pro debitore ſciente, & patiente, ac non contradicente: Per rationem, quia, qui non prohibet alterum, pro ſe intervenire, & ſolvere, mandare cenſetur. *l. ſemper. 60. ff. de R. J.* Et hac in parte, ut jam ſuprà diximus, pro ſolutione quoque omnis actus accipiendus eſt, quo debitor principalis ab obligatione ſua liberatur: V. G. per compenſationem. *l. ſi quid. 5. ff. de compenſ.* quia compenſatio vim ſolutionis habet: Per delegationem. *l. qui debitorem. 18. ff. de fidejuſſ. l. inter cauſas. 26. §. abeſſe. ff. mandati.* quia etiam delegatio ſpecies ſolutionis eſt. Per depoſitionem, ſive conſignationem judicialem. *l. qui mutuam. 56. §. fidejuſſor. ff. mandati. l. fidejuſſor. 64. ff. de fidejuſſ.* quia talis depoſitio judicialis ſolutioni æquiparatur, & debitorem principalem ab obligatione ſua liberat. Per novationem, ſi ſcilicet creditor conſenſerit, ut fidejuſſor debitoris principalis obligationem in ſe transfundat. *l. ſi mandato. 45. §. ſi judicio. ff. mandati.* Per remiſſionem, ſi ſcilicet creditor debitori principali in favorem ſolius fidejuſſoris debitum remiſerit. *l. idémque. 10. §. fin. ff. mandati. & l. 12. in princ. ff. eod.* Et alijs ſimilibus modis, de quibus videantur *DD. ad §. 6. Inſt. de fidejuſſ.*

2 Dicimus ſecundò, quòd hæc actio mandati contraria ſe non tantùm extendat ad repetendam pecuniam pro debitore principali ſolutam, ſed etiam ad omne aliud damnum, & intereſſe, quod fidejuſſor occaſione interceſſionis ſuæ quovis modo incurrit, juxta verba articuli, **Unnd Er der Porgschafft halber Schaden gelitten /** *cap. 2. x. de fidejuſſ. l. 27. §. 4. ff. mandati. l. rogatus. ff. eod.* Per rationem, quia hæc actio eſt bonæ fidei, & proinde damnum, & intereſſe includit.

3 Dicimus tertiò, fidejuſſorem repetitionem habere pecuniæ ſolutæ cum omni damno, & intereſſe, licèt extrajudicialiter ſolutionem fecerit, id eſt, nec conventus, nec condemnatus: Ratio eſt, quia fidejuſſor etiam ante ſententiam obligatus eſt, &, qui mandatum accepit, ut fidejubeat, videtur etiam mandatum accepiſſe, ut ſolvat: *Godofred. ad l. indebitam. 47. ff. de condict. indeb.* quod verum eſt, ſi debitori principali nulla legitima exceptio fuerit, ſe à debiti ſolutione eximendi, de quo poſteà.

4 Hìc autem *D. Balthaſar. ad hunc art. reſol. 4. circa fin.* quæſtionem movet, quid de jure noſtro Bavarico ſtatuendum ſit, ſi quis pro abſente, & ignorante fidejuſſerit? De jure communi certum eſt, quòd talis fidejuſſor negotiorum geſtorum actionem habeat. *l. 5. §. 9. ff. de negot. geſt. & l. 9. Cod. eod. l. 33. & 53. ff. mandati.* Sed de jure noſtro Bavarico id propterea dubioſum videtur, cùm articulus ad probationem fidejuſſionis expreſsè requirat, ut debitor principalis ipſum pro fidejuſſore conſtituerit, **Daß der Selbstschuldner ihne zu einem Porgen gesetzt habe /** videtur ergo articulus talem pro fidejuſſore legitimo non habere, **der nit zu einem Porgen gesetzt**

fegt worden / sed se ipsum ad intercessionem, & fidejussionem intrusit? Verùm nostra opinione rectè cum distinctione respondendum est: An scilicet debitor principalis ex postfacto fidejussionem pro se absente, & ignorante interpositam rati habuerit, vel non: Si primum, ratihabitio subsequens habetur pro consensu antecedente, quia retrotrahitur, & mandato æquiparatur. *cap. ratihabitionem. 10. de R. J. in 6. cap. penult. de sentent. excom. in 6. cap. fin. de jurejurando. eod. cap. si tibi. 17. de præbend. eod. l. hoc jure. 152. ff. de R. J. l. 12. in fin. ff. de solut.* Si secundum, id est, quando quis pro absente, vel ignorante, invito tamen, prohibente, & contradicente fidejubet, utique fidejussor actionem negotiorum gestorum non habet, quomodò enim dici potest, quòd fidejubendo utiliter gesserit negotia debitoris principalis, quando gessit illa, invito, prohibente, & contradicente principali, sive domino? Sic text: est express: in *l. si pro te. 40. ff. mandati. Hering. de fidejuss. cap. 25. num. 86.* Dices, ex hoc sequi, quòd actio negotiorum gestorum in fidejussoribus nunquam locum habere possit, contra tot textus suprà jam allegatos, & quorum plures sunt in *l. ex mandato.* §. *1. l. si remunerandi.* §. *si passus ff. mandati. l. potest accipi. ff. de fidejuss. l. ult. Cod. de negot. gest. l. sed videamus. & l. liberto. ff. eod.* Vel enim fidejussio facta est principali debitore sciente, & approbante, & tunc datur ex suprà dictis actio mandati. Vel facta est eo dissentiente, & invito, & tunc nulla datur actio nec mandati, nec negotiorum gestorum, ne utilis quidem, dict: *l. si pro te. 40. ff. mandati.* Sed Respondemus, adhuc tertium modum superesse, scilicet quando principalis debitor fidejussionem pro se absente, & ignorante factam nec approbat, nec improbat, tunc enim de jure communi actioni negotiorum gestorum per jura suprà adducta locum esse, nemo dubitare potest, maximè, quando solvendo debitorem ab obligatione sua liberavit, quia reverà negotium principalis utiliter gessit: De hoc igitur modo quæstio est, an articulus noster fidejussori pro absente, vel ignorante intercedenti, & solventi obligationē, & actionem aliquam tribuat? Et certè, si 5
verba textûs, prout jacent, inspiciamus, de rigore dicendū est, ejusmodi negotiorū gestori, tanquam fidejussori nullam actionem competere, eò quòd pro tali ab ipso debitore principali non fuerit constitutus: Nihilominùs tamen nobis durissimum esse videretur, si talis fidejussor, qui se bona fide pro absente, & ignorante non suæ utilitatis, & commodi, sed meræ amicitiæ causâ pro debitore principali liberando, & ejus honore conservando ad fidejubendum obtulit, & pecuniam debitam actualiter solvit, ad illam repetendam omni actione destitueretur: Dicendum igitur est, nostrum articulum tantùm loqui de actione mandati contraria, quam utique non habet, si principalis debitor intercessionem nec ab initio per consensum, nec ex postfacto per ratificationem approbavit. Quod enim jura nostra statutaria in hoc brevi articulo omnia hujus quasi contractûs de negotijs gestis principia in jure communi fundata pro fidejussoribus voluerint eliminare, & extirpare, nobis persuadere non possumus. Sed ponamus, hanc intentionem esse nostri articuli, ut pro fidejussore habendus non sit, qui se ultrò ad fidejussionem intrusit, obtulit, vel ingessit, solius debitoris tanquam boni amici causâ: Certè nihil obstare videmus, quin non pro negotiorum gestore haberi, & agnosci possit, cùm in toto nostro jure statutario negotiorum gestorum quasi contractum nullibi inveniamus abrogatum.

Quid si autem debitor principalis fidejussionem pro se absente, & ignorante factam ratihabeat, & approbet? Et Respondemus, quòd negotiorum gestori ex ratihabitione, & approbatione præter directam actionem negotiorum gestorum etiam contraria actio mandati accedat, nihil enim impedit, quò minùs aliquis duas, vel plures actiones habere possit: Sed, si vera est sententia, quam habet *Gregor. Loquez. animadv. cap. 31.* & *Hillig.* 6

ad Donell. lib. 15. cap. 15. litt. C. & novissimè *D. Bassus. in decis. Justin. decis. 17.* Quòd nemo suo facto sibi ipsi novam actionem procurare, & alterum arctiùs sibi obligare possit; Dicendum est, quòd ratihabitio, & approbatio principali debitori actionem directam mandati non pareat, sed, quòd actione negotiorum gestorum contraria contentus esse debeat, ne ex suo facto sibi commodum accedat, cùm in actione mandati directa plus esse possit, quàm in actione negotiorum gestorum contraria. Aliud dicendum est, si quis pro altero invito, renuente, & resistente negotia gessit, nam, quia talis negotiorum gestor per suprà dicta actionem negotiorum gestorum non consequitur, consequens ergò est, ut per ratihabitionem supervenientem novus contractus mandati inter debitorem principalem, & putatitium negotiorũ gestorem oriatur, ex quo debitori principali actio mandati directa, alteri verò, qui negotia gessit, actio contraria competat, quia in hoc casu cessat ratio suprà allata, cùm neutra pars facto suo sibi actionem adjiciat; Ante ratihabitionem enim nullam obligationem, & sic nullam actionem subfuisse præsupponimus.

Prout autem in præcedentibus multos casus enarravimus, in quibus nec beneficium excussionis, nec beneficium divisionis, nec beneficium cedendarum actionum locum habet, ita etiam quidam casus sunt, qui actionem mandati contrariam contra principalem excludunt.

7 Primus est, si debitor principalis jus mandandi non habeat: V. G. Servus, filiusfamiliâs, Monachus, &c. Ratio est, quia tale mandatum nullum est, quod autem nullum est, nullum parit effectum: Hinc, si tales personæ fidejussores constituant, constitutio est sine effectu, ut jam suprà in tertio beneficio cedendarũ actionũ diximus: Idem est, si filiusfamiliâs, servus, vel Monachus fidejubeant invito, vel inscio patre, domino, & prælato, obligationem non contrahunt. *l. servus. 19. cum l. seq. ff. de fidejussor. Schrader. rubr. de fidejuss. n. 74. Schneidew. ad* §. *6. n. 6. Inst. eod.* nisi in casibus, in quibus talibus personis jus contrahendi, & obligandi competit. Si tamen servus, filiusfamiliâs, vel Monachus aliquid fidejussionis causâ pro securitate expenderit, aut dederit, patri, domino, & superiori Monastico, non actio mandati contraria, sed, si res extat, vindicatio, vel condictio indebiti conceditur, dict: *l. 19. & seq. ff. de fidejuss.* Et hoc extenditur etiam ad mulierem, sicut enim mulier pro alijs intercedere non potest, sive sicut mulier pro alijs intercedens efficaciter non obligatur, sed obligatione per S. C. Vellejanum eximitur, ita etiam mulieris fidejussoribus, mandatoribus, & procuratoribus S. C. Vellejano succurritur, per rationem, quia S. Consultum improbat totam obligationem. *l. si mulier. 16.* §. *1. ff. ad S. C. Vellejan.* tam principalem, quàm accessoriam. *l. si fidejussores. 6. ff. eodem.*

8 Secundus casus est, si quis fidejussionem interposuerit pro re turpi, V. G. pro adolescente apud meretricem. Quia turpis rei nulla est obligatio. *l. si verò.* §. *adolescens. 1. ff. mandati.* Ubi ratio redditur, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens crediderit.

9 Tertium casum paulò antè habuimus, si quis pro invito, dissentiente, & prohibente fidejussit, & solvit. *l. si pro te. 40. ff. mandati. l. qui fide. 53. ff. eod. l. fin. C. de negot. gest.* Ratio est, quia omnes contractus, & vel maximè etiam mandati, ex consensu substantiam accipiunt.

10 Quartus casus est, si quis donandi animo fidejussit, ut jam supra innuimus. *l. 6.* §. *si passus. 2. ff. mandati.* Et hinc etiam, qui fidejussit, & solvit pro invito, donare censetur, dict: *l. si remunerandi. 6.* §. *2. ff. mandati.* Quamvìs aliàs animus donandi non præsumatur, si alia conjectura sumi possit.

Quin-

Quintus casus est, si fidejussor ex quacunque causa pro principali debitore inutiliter solverit, ita ut debitor ab obligatione sua non fuerit liberatus. *l. sed etsi. 20. ff. de fidejuss. l. Julianus. 47. §. si is qui. & l. si is qui. 50. in princ. ff. mandati.* Quod tamen ita intelligendum est, si solutio omninò sit inutilis. Nam, si ex postfacto utilis efficiatur, perinde est, acsi ab initio utilis fuisset, dict: *l. si is qui. 50. ff. mandati.* Et hinc, si fidejussor solvat debitum, cujus solutio jam antè facta fuit per ipsum debitorem principalem, dicitur inutiliter solvere, quia debitum per solutionem principalis debitoris jam fuit extinctum, mandati igitur actionem contrariam non habet, sed condictionem indebiti adversùs creditorem solutionem bis recipientem. *l. 29. §. 2. & l. 8. ff. mandati.* Quod tamen ita verum est, dummodò fidejussor à debitore de solutione creditori à se facta certioratus fuerit, vel aliunde notitiam habuerit. Si enim, cùm debitor solvisset, inquit textus in dict: *l. si fidejussor. 29. §. 2.* ignarus fidejussor iterum solverit, puto, eum mandati habere actionem, quia ignoscendum est ei, si non divinavit, debitorem solvisse, debitor enim debuit notum facere fidejussori, jam se solvisse, ne fortè creditor obrepat, & ignorantiam ejus circumveniat, & excutiat ei summam, in qua fidejussit; Quod reciprocè etiam de fidejussore dicendum est, qui debitum solvit, & principalem debitorem non certioravit. *§. 3. d. l. 29. ff. mandati.* 11

Sextus casus est, si fidejussor pro pupillo, minorenni, furioso, aut prodigo sine tutoris, aut curatoris auctoritate obligato solverit; Ratio est, quia in effectu solutio inutilis est, cùm pupillus, minor, & prodigus sine tutorum, aut curatorum auctoritate tantùm naturaliter obligentur, *l. in causa. 13. in princ. ff. de minor. l. 25. in fine. ff. de fidejuss. l. in fine. Cod. de fidejuss. minor.* Et licèt fidejussor pro naturaliter obligato efficaciter intercedat, sibi tamen imputare debet, quòd pro obligato naturaliter tantùm intercesserit, cùm scire potuerit, aut debuerit, sibi adversùs ejusmodi personas actionem mandati contrariam non competere. 12

Septimus casus est, si fidejussor solvens exceptionem aliquam peremptoriam scienter opponere intermittit, quâ ipse, & principalis debitor honestè se tueri poterant. *l. si fidejussor. 29. in princ. ff. mandati. l. 10. in fine. Cod. eodem.* Aliud est, si fidejussor justè ignoraverit, talem exceptionem principali debitori, & in consequentiam etiam sibi competere, dict: *l. 29. vers. ubi verò. l. indebitam. 47. in fine. ff. de condict. indeb. Manz. de fidejuss. cap. 60. num. 112. & seqq.* Ubi de exceptione dilatoria, vel peremptoria, quæ soli fidejussori competit; Et de exceptione ex postfacto primùm superveniente; Item de exceptione, quæ salvâ conscientiâ, salvóque pudore opponi non potest, aliquas sublimitationes annectit, quò Lectorem remittimus. 13

Si tamen octavò, fidejussor exceptione peremptoria quidem usus est, nihilominùs tamen injuriâ judicis condemnatus, pecuniam à principali debitam solvit, videtur ei contraria mandati actio non deneganda, cùm nemo ex alterius injuria damnum incurrere, aut jus, & actionem sibi competentem amittere debeat. Sed nec hoc in casu ad contrariam actionem mandati admittitur. *l. exceptione. 67. ff. de fidejuss.* Ubi dicitur, exceptione, quæ tibi prodesse debebat, usus, injuriâ judicis damnatus es, nihil tibi præstabitur jure mandati, quia injuriam, quæ tibi facta est, penes te manere, quàm ad alium transferri, æquius est; Et licèt textus addat, scilicet, si culpâ tuâ injustæ damnationis causam præbuisti, tamen *glossa ibidem sub litt. E.* putat, etiam denegandam esse actionem mandati contrariam, si fidejussor extra suam culpam per injuriam judicis fuerit condemnatus, & proinde legi addendum esse verbum *maximè*, ut sensus sit, fidejussorem carere quidem actione mandati contraria ad repetendam solutionem factam, 14

si in-

ſi injurioſè fuit condemnatus, maximè autem tunc, ſi condemnatio ex ipſius culpa ſubſecuta ſit: Quamvìs textus in *l. ſi pro ea. 10. Cod. mandati.* videatur utrumque requirere, ut ſcilicet fidejuſſor injurioſè ſit condemnatus, & ſit condemnatus ex ſua culpa, utpote, ſi appellationem non interpoſuit, dict: *l. 10. §. fin. Cod. mandati. & l. 8. §. quod et. 8. ff. eodem.* vel appellationem non fuerit proſecutus, vel probationem aliquam intermiſerit, vel minùs idoneos teſtes produxerit,ut gloſſa exemplificat in dict: *l. 67. litt. E.* Ut proinde DD. communiter hanc generalem regulam ponant, toties actionem mandati contrariam fidejuſſori denegari, quoties aliquid eidem imputari poteſt, ex quo dolus, vel culpa ejus appareat: Ergò dicere volunt, ſi nihil ei imputari poſſit, quòd ſola injurioſa condemnatio eidem nocere non poſſit. Quæ certè interpretatio videtur conveniens eſſe, & dict: *l. exceptione.* conformior, quàm gloſſæ additio, cùm verbum *maximè*, quod totum ſenſum legis immutat, non inveniatur ibidem additum, aut inſertum. Excuſatur tamen fidejuſſor à culpa neglectæ, vel deſertæ appellationis, ſi ob paupertatem eam proſequi non potuerit, aut principali debitori denunciaverit, ut, ſi ipſe putet, appellationem neceſſariam eſſe,eam recto tempore interponere, & proſequi poſſit; Aut, ſi ignoraverit, ſententiam latam, & injuſtam eſſe, appellare intermiſerit, de quibus caſibus videri poteſt *l. ſi procuratorem. 8. §. quod et. 8. ff. mandati.*

15 Nonus caſus eſt, ſi debitor principalis ſolummodò ſub conditione, vel in diem fuerit obligatus, nam, ſi fidejuſſor ante diem obligationis, aut exiſtentiam conditionis pecuniam debitam ſolverit, tunc contra principalem debitorem actionem non habet, donec dies adveniat, vel conditio exiſtat. *l. ſi fidejuſſor. 31. ff. de fidejuſſor. l. ſi mandavero. 22. ff. mandati.* Sibi enim imputet, quòd præmaturè loculos patefecerit, maximè, cùm conditio non exiſtere potuerit, in quo caſu, & principalis obligatio, & acceſſoria ſimul fuiſſent extinctæ.

16 Decimus caſus eſt per ſe clarus, quando in fidejuſſionis conſtitutione hoc expreſsè actum eſt, ut fidejuſſor adversùs principalem non habeat regreſſum, *Schneidew. ad §. ſi quid. 6. Inſt. de action.*

17 Undecimus caſus eſt, quando fidejuſſor ſolvit falſo procuratori creditoris. *l. inter cauſas. §. mandati. ff. mandati.*

Sunt quidem adhuc aliqui caſus, quos propterea non repetimus, cùm plerique cum præcedentibus incurrant, quos benevolus Lector ipſe facilè dijudicare, vel apud alios auctores exactiores, examinatos, & deciſos invenire poterit.

18 Ultimò denique ponunt quidam regulam generalem, ut in omnibus caſibus, in quibus creditor compelli non poteſt, actionem contra debitorem cedere, fidejuſſori etiam contra debitorem actio mandati contraria non detur. *Schrader. loc. cit. n. 74.* De cujus regulæ generalis veritate valdè ſubſiſtimus, quia actio mandati contraria fidejuſſori competens, ut priùs diximus, datur fidejuſſori independenter à beneficio cedendarum actionum, ita ut, ſi ceſſionem prorsùs neglexerit, nihilominùs ex propria actione mandati contraria ſe indemnem ſervare poſſit, cùm ceſſio ipſi per cumulationem actionum novum beneficium tribuat, antiquam autem actionē, quam ex propria perſona habet, neutiquam adimat. Et quamvìs in plurimis caſibus, maximè à nobis ſuprà propoſitis hæc regula verificetur, ſtatim tamen per exemplum demonſtrabimus, ei tam firmiter non eſſe inhærendum: Quid ſi enim fidejuſſor, vel ab initio in favorem ſolius creditoris beneficio ceſſionis actionum contra principalem debitorem competentium propterea renunciavit, quia creditor per ceſſionem debitorem principalem offendere noluit? Vel quid ſi ex hac ipſa cauſa ad inſtantiam creditoris ex poſtfacto fidejuſſor creditori pactum fecerit de non petenda ceſſione actio-

num

num contra debitorem principalem? Quis asserat, creditorem tamen compelli posse, ut cessionem faciat, non obstante renunciatione tempore fidejussionis adhibitæ, vel pacti subsequentis. Indubitabile tamen est, si solverit, quòd actione mandati contraria sibi sine cessione ex propria persona competente solutum repetere possit: Si enim actionem mandati contrariam non amittit, quando cessionem à creditore petere neglexit, cur illam amitteret, si cessionem in nudum favorem creditoris, ne apud principalem debitorem, tanquam amicum suum offensionem incurrat, renunciatione, aut pacto dimisit? Alia exempla Lectori benevolo facilè magìs suspectam reddent.

Fusè hactenus exsplicatum est, quatenus, & in quantum fidejussori pro principali debitore solventi ad repetendam pecuniam solutam cum omni damno, & interesse actio mandati contraria concedatur: Nunc non malè adjungeremus etiam illos casus, in quibus fidejussoribus jus sit, conveniendi contraria actione mandati debitorem principalem, antequàm fidejussor solutionem fecit, aut allegare possit, quòd actualiter ex fidejussione damnum incurrerit. Sed, quia hæc materia potiùs ad *Art. 6. & 8.* pertinet, eam nos ultrò parùm differimus.

Der Fünffte Articul.

WEr für den andern Porg würdet / der soll außtrucklich / vnd klärlich versprechen / daß er vmb die Forderung / vmb die er Porg worden / hafften / oder guet seyn wöll. Sagt aber einer allein / er wölle darob / vnd daran seyn / daß die Schuld soll bezahlt werden / oder dem Schuldner sey wol zu trauen / er sey ein gueter / redlicher vnd vermöglicher Mann / oder dergleichen / das ist kein Porgschafft / noch auch etwas darauff zuerkennen.

SUMMARIA.

1. *An adhuc hodie, sicut de jure antiquo solennis stipulatio in fidejussione intervenire debeat?*
2. *An fidejussor teneatur, suam personam obligare, & factum proprium promittere?*
3. *Siquis contractum suasit, consuluit, aut ut mediator intervenit, an sit habendus pro fidejussore?*
4. *Quid autem, si quis alterius decipiendi, aut sui lucri causâ consuluisset, & alterum commendâsset?*
5. *Qui promittit, se curaturum, ut creditor solvatur, an habeatur pro fidejussore?*
6. *Si taliter promittens non omnem diligentiam adhibeat, an teneatur ad interesse?*
7. *Quid si promittat, se cum effectu curaturum, solutio autem omni adhibita diligentia tamen non fuerit secuta?*
8. *An non formulæ suasoriæ dentur, quæ non nudam curationem, sed potiùs promissionem indemnitatis important?*
9. *& 10. Quid si talis promissor suæ obligationi juramentum, vel pœnam adjunxerit?*

QUòd de jure antiquo in fidejussione solenni stipulatio intervenire debuerit, colligitur ex *l. blanditus. Cod. de fidejussor. & ex l. cùm ostendimus. 4. §. fidejussores. 3. ff. de fidejuss. tut. & curat. §. 1. & ult. Inst. de fidejuss. Wesenb. in parat. n. 5. ff. de fidejuss. Treutl. vol. 2. disput. 28. thes. 4.* per rationem, quia conventio fidejussoria in nullum juris gentium contractum incidit, & ideò rata non fuit habita, nisi verbis civilibus corroborata, ex quo sequebatur, quòd jure civili inspecto præsens tantùm fidejubere potuerit, quia stipulatio inter absentes concepta inutilis fuit. *§. item verborū. 12.* 1

Inst. de inut. stipul. Et per nuntium, vel epistolam fieri non potuit. *l. 1. in princ. ff. de V. O. Schneidew. ad princ. tit. de fidejuss. n. 11.* De jure verò Canonico fidejussionem nudo pacto, & sic etiam per nuntium, & epistolam inter præsentes, & absentes factam valere, & solenni stipulatione opus non habere, communis est opinio doctorum: Per rationem, quòd ejusmodi pacta obligent naturaliter ex æquo, & bono, qui proinde illa non servat, contra naturam, conscientiam, atque adeò contra officium boni viri facit: *Wesenb. loc. cit. Fasq. lib. 1. controv. cap. 33. n. 3. Ant. Math. disput. 18.* Sicut igitur DD. passim tradunt, hodie etiam ex nudo pacto efficacem dari actionem, *Math. loc. cit. thes. 75. Wesenb. in parat. ad tit. de pactis. §. quanquam autem. n. 9. Mynsing. §. si scriptum. 15. n. 2. Inst. de inut. stip.* Ita ad exemplum juris canonici posteà etiam moribus, & consuetudine passim receptum fuit, ad hoc, ut aliquis verbis efficaciter obligetur, solemnem stipulationem ampliùs necessariam non esse, quod videtur articulus noster approbare, cùm solennem stipulationem, quæ per interrogationem, & responsionem conceptis verbis antiquitùs fieri debuit, non requirat, sed solam promissionem expressis, & claris verbis obligatorijs factam. *Treutl. vol. 2. disput. 28. thes. 4. litt. A.*

2 Tota igitur hac in re sollicitudo articuli nostri est, ut in fidejussionibus verba concipiantur obligatoriè pro persona fidejubentis, factum proprium, & non alienum promittentis: Juxta verba, **Daß er vmb die Forderung / vmb die er Porg worden/ hafften / oder gut seyn wolle.**

3 Ex quo sequitur, quòd is nullo modo pro fidejussore habendus sit, qui inter contrahentes tanquam mediator intervenit, contractum initum suasit, consuluit, aut commendavit, quia verba consultiva, suasoria, aut commendatitia obligationem non inducunt. *l. si verò. 12. §. cùm quidã. 12. ff. mandati.* & consilium, sive commendatio non obligat consulentem, sive commendantem. *l. fin. Cod. quod cum eo, qui. &c. l. 11. §. 2. ff. de leg. 3. Wesenb. in parat. n. 6. ff. mandati.* Ex quo rectè infert *Harprecht. ad §. græcè. 7. n. 3. Inst. de fidejuss.* ex sola, & nuda commendatione non induci fidejussionem, neque talem instar fidejussoris conveniri posse: Ratio est, quia actus agentium non operantur ultra intentionem eorum. Consulentis autem, sive commendantis intentio non est, ut fidem suam pro alio interponat; Hinc articulus noster optimè dicit, quòd verba hæc, **Es sey dem Schuldner wol zutrauen / er seye ein guter / wol vermöglicher Mann /** & similia, obligatoria non sint, nec fidejussionem, aut ullam obligationem importent.

4 Nisi fortè quis alterius decipiendi, aut sui lucri causâ alterum excessivè laudâsset. *l. 8. ff. de dolo malo. Wesenb. loc. cit. n. 6.* E. C. cùm contrahentis conditionem exactè cognitam, & perspectam haberet, quòd pauper, & inops, fallax, & nullius fidei sit, nihilominùs tamen dolosa sua commendatione consortem ad contrahendum induceret, quia fraus, & dolus in omni actu censetur exceptus. *l. creditorum. 60. §. Lucius. 4. ff. mandati. Manz. de fidejuss. cap. 4. à n. 63. usque ad 70.* Et hinc fraudulenti consilij, & fraudulentæ commendationis obligationem esse, clarè deducitur ex *l. Consilij. 47. ff. de R. J. & ex cap. nullus. 62. de R. J. in 6.* rotundus est textus, & ad litteram in *l. quòd si. 8. ff. de dolo malo.* Ubi Juris-Consultus Gajus inquit, quòd si, cùm scires, eum facultatibus labi, tui lucri gratiâ affirmâsti, mihi idoneum esse, meritò adversùs te, cùm mei decipiendi gratiâ alium falsò laudâsti, de dolo judicium dandum est, quæ pro articulo nostro notabilis exceptio est.

5 Majorem difficultatem faciunt hæc verba articuli nostri: **Sagt aber einer allein / er wolle darob / vnnd daran seyn /** id est curaturum se, ut debitor principalis solvat, quòd etiam hæc verba pro fidejussione obligatoria haben-

habenda non ſint, cùm tamen videantur magìs efficacia, quàm verba nudè ſuaſoria, commendatitia, & conſultiva: Eſt igitur nobis examinandum, quid hæc ultima verba de jure communi importent? De jure communi ſatìs clarum eſt, quòd regulariter factum alienum promitti non poſſit, ſive, ut clariùs dicamus, quòd regulariter nemo obligetur promittendo factum alienum, quia de ſe quemcunque promittere oportet, non de alio. *l. ſtipulatio iſta. 38. in princ. ff. eod.* §. *ſi quis alium. Inſt. de inut. ſtipul. Covar. in cap. quamvìs. de pactis. in 6.* §. *5. n. 1.* Habet tamen hæc regula inter alias exceptiones, quarum *Mynſing. ad dict.* §. *ſi quis alium. 3. Inſt. de inut. ſtipul.* novem: Et *Schrader. ibidem.* adhuc plures recenſet, iſtam expreſſam exceptionem, quòd tunc aliquis obligetur, quando promittit, ſe curaturum, acturum, vel effecturum, ut tertius hoc, vel illud faciat, aut det. Ratio habetur apud *Weſenb. loc. cit. n. 2.* & apud *Mynſing. n. 2.* quia tunc ſuum factum, & non alienum promiſiſse cenſetur, ut conſequenter videri poſſet, illum, qui promiſit, ſe curaturum, &c. tanquam fidejuſſorem obligatũ eſſe. Verùm, quòd talis promiſſor pro fidejuſſore haberi non poſſit, articulus noſter evidens, & clarus eſt, in verbis, **Daß iſt kein Porgſchafft / noch auch etwas darauff zuerkennen**; Ex quibus verbis apparet, fidejuſſorem non eſſe, & pro tali condemnari non poſſe, qui ſe curaturum, acturum, aut effecturum promiſit, ut debitor principalis creditori ſatisfaciat: Sed, cùm hæc verba promiſſorem ſaltem obligent, ut adhibeat rei conficiendæ tantam diligentiam, quantam adhibere poſſibile eſt: Quæritur, anné etiam hæc obligatio per diſpoſitionem articuli noſtri ſublata ſit? Ratio dubitandi eſt, quia articulus generaliter loquitur, **Daß auff dergleichen Verſprechen nichts zuerkennen.** Certè, ſicut conſulens, ſuadens, aut commendans ſepoſita fraude, & dolo ſimpliciter ex conſilio, ſuaſione, aut commendatione ad nihil tenentur, ita etiam, qui ſe curaturum promiſit, videtur à prorsùs omni obligatione immunis eſſe, cùm hi caſus in articulo noſtro uno contextu comprehendantur. His tamen non obſtantibus, cum *D. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. aſſert. 65.* & *D. Balthaſar. ad hunc tit. reſol. 5. n. 7.* firmiter exiſtimamus, quòd ejuſmodi promiſſori, ſe curaturum, &c. tenore articuli noſtri hæc obligatio non ſit remiſſa, quò minùs nihilominùs facere debeat, quod poſſibile eſt, ut creditori ſatisfiat. Ratio eſt clara, quia non promiſit factum alienum, ſed proprium, quod nullo jure prohibitum eſt, ergo tam diu ex promiſſione ſua tenebitur, quamdiu non probat, ſe omnem diligentiam adhibuiſſe, nec ei ullam culpam imputari poſſe: Si enim de negligentia, & culpa argui poteſt, ad intereſſe obligatur. Pulchrè de hoc caſu ſcribit *Kellenbenz. in tract. de renunt. ſucceſſ. quæſt. 11. n. 11.* Ubi dicit, ſi maritus promiſit, ſe effecturum, ut uxor renunciaret, non tenetur, quando fecit, quod potuit, uxore renunciationi perpetuò repugnante. Si autem appareat, quòd in caſum, quo apud mulierem nihil efficit, ſe nihilominùs obſtrictum eſſe voluerit, tenetur ad intereſſe: Factum enim alienum promittens, inquit, ad hoc ſolum obſtringitur, ut bona fide, & ſine fraude omnem adhibeat induſtriam, quo promiſſio exitum conſequatur, hoc ſi fecerit, licèt effectus non evenerit, promiſſor ſatisfeciſse ſuæ obligationi judicatur: Excuſat enim difficultas à mora. *l. 1.* §. *ſi frater. & l. ſi fundum. ff. de V. O.* Et hanc doctrinam *Covarruvias. loc. cit.* in tantum extendit, tametſi promiſſor dixerit, ſe cum effectu curaturum, & effecturum. V. G. Si verbis noſtri ar- 7
ticuli addiderit, **Er woll darob / vnnd daran ſeyn / daß die Schuld (gewiß / richtig / ſicherlich / vnd vnfehlbar) ſoll bezahlt werden /** nam non attentis ejuſmodi efficacibus terminis adhuc in plus obligatus non eſt, quàm ut adhibeat omnem diligentiam, & induſtriam, quæ poſſibilis eſt: Quod ſi fecit, legem adimplevit.

Aliud est, si se promissor specialiter obligaverit, quòd in casum, si omnis industriæ effectus non obtineatur, nihilominùs velit esse obligatus, tunc enim sibi imputare debet, quare tam duram, & insolitam clausulam suæ promissioni adjunxerit.

8 Illud autem adhuc superest, annon in hac obligatione, curaturū se, &c. tam efficacia, & prægnantia verba adhiberi possint, ut ex ijs ultra propriam industriam necessariò fortior, & efficacior obligatio, quàm nudæ curationis oriatur. V. G. Was an deß Schuldners Treu abgeht / soll jhme zugehn: Wann der Schuldner manquiert / woll er darumb stehn / woll er darumb guet seyn / & quæ sunt aliæ in conventionibus subinde mediatorum formulæ persuasoriæ, excessivæ, & insolitæ. Ita ut ad nudam curationem restringi non possint, sed potiùs promissionem indemnitatis importent, quorum dijudicationem cum DD. Consiliarijs ad hunc articulum prudentissimè

9 consulentibus arbitrio judicis relinquimus. An autem ejusmodi promissor pro facto tertio ad plus, quàm possibilem diligentiam, & industriam obligetur, quando promissioni suæ juramentum adjunxit. Videatur apud *Covarruviam. loc. cit.* & apud *Cævall. in pract. quæst. commun. contra commun. quæst. 846.*

10 Quid si autem talis promissor suæ obligationi pœnam adjunxerit: V. G. dicendo, Er woll darob / vnnd daran seyn / daß der Schuldner bezahle bey 100. Reichsthaller Straff / annè etiam à pœna liberetur, si fecit, quod potuit? *D. Rath. & Balthasar. loc. cit.* & cum ijs *Covar. loc. cit. n. 7. vers. 8.* putant, quòd pœna nihilominùs debeatur, tametsi fecit, quod potuit. Nam, cùm quis ad factum tertij se obligat, licèt de jure communi ad factum non obligetur, nihilominùs tamen, si quam pœnam adjunxit, ad pœnæ solutionem, & præstationem tenetur. §. *versa vice. Inst. de inut. stipul. l. stipulatio ista. 38. §. 2. ff. de V. O.* Ita similiter ejusmodi sponsorem, sive promissorem, qui factum proprium per verba, curaturum se, promisit, adjunctâ certâ, & determinatâ pœnâ, effectu curationis suæ non subsecuto, ad pœnam solvendam nihilominùs esse obligatum, non dubitant, quibus libenter assentimur, per rationem, quia pœna in primo casu accedit obligationi simpliciter nulli, cùm, ut diximus, nemo ad alienum factum se obligare possit: In secundo casu, accedit obligationi per se validæ, cùm promittens, se curaturum, promittat factum proprium, si ergò in primo casu, quando ex obligatione per se nulla alienum factum non præstatur, pœna tamen committitur, cur non etiam in obligatione licita, & valida super facto proprio, cujus effectum præstare non potest, pœna committatur?

Der Sechste Articul.

Wirdet ein Porg beklagt / vnd laugnet gleichwol der Porgschafft nit / spricht doch daß der Selbstgelter den Kläger gewehrt / vnd bezahlt hab / vnd begehrt deßhalben eines Tags zu dem Selbstgelter / den soll man jhm geben / vnd den Selbstgelter / wo er auch vnder desselben Richters Gericht-Zwang gesessen / erforderen / auff das nechst Recht. Was dann der Kläger dem Selbstgelter mit dem Rechten aberhält / darumb soll der Porg / wo der Selbstgelter die Bezahlung selbs nit thuet / stehn / vnd guet seyn. Wäre aber der Selbstgelter vnder deß Porgen Richters Gerichts-Zwang nit seßhafft / soll der Porg / wann er auch selbs Schuldner worden / die Bezahlung weisen / wie recht ist / also daß in solchem Fall der Kläger nit schuldig / mit

mit dem Selbstgelter in Stritt sich einzelassen / es wäre dann daß der Porg nicht Selbstschuldner worden / soll es gehalten werden / wie im ersten Articul geordnet ist.

SUMMARIA.

1. *An fidejussor ante debitorem principalem conventus, hunc ad judicium vocare possit, ut eum contra creditorem defendat?*
2. *An omnes exceptiones reales debitori principali competentes etiam competant fidejussoribus?*
3. *Quæ exceptiones dicantur reales?*
4. *Quando fidejussor se ut principalem constituit, an nihilominùs citationem debitoris ad assistendum in lite petere possit?*
5. *Quid si autem principalis debitor sub eodem judicio, ubi fidejussor convenitur, domicilium non habeat?*
6. *Quid si domicilium non extra Provinciam, sed tantùm in alia jurisdictione Bavarici territorij habeat?*
7. *Quare articulus iste duo requirat, ut se tanquam principalem constituat, & debitor alienæ jurisdictioni subsit?*
8. *An fidejussor, qui se ut principalem obligat, & condemnatus solvit, nihilominùs actionem mandati contrariam habeat?*
9. *Quæ sit differentia inter fidejussorem, qui se ut principalem constituit, & novatorem, seu expromissorem?*
10. *An fidejussor exceptiones reales etiam invito debitore principali opponere possit?*
11. *Quid dicendum de exceptionibus personalibus, & quales sint?*
12. *Quando fidejussori non datur actio mandati, an ei etiam denegetur exceptio realis, ut si animo donandi intercesserit?*

IN *Artic. 4. præced.* audivimus, quando fidejussor, & quibus in casibus 1 contraria mandati actione experiri possit, si pro debitore principali solvit, & ratione fidejussionis per solutionem debiti, vel alio modo damnum incurrit, nunc in hoc articulo proponitur casus, in quo fidejussor, qui fidejussionem fatetur, ante solutionem debitorem principalem compellare, & ejusdem citationem petere possit, **Wann er auff den Selbstgelter einen Tag begehren köndt** / qui est antiquus modus loquendi in Patria nostra, & designat citationem ad judicium, quæ certis, & determinatis diebus, maximè in inferioribus tribunalibus institui consueverunt, ut supra in *Processu Summario ad Tit. 3. & 4.* maximè *Art. 7. & 8. Tit. 4.* exsplicavimus: Quæritur igitur, si fidejussor à creditore conveniatur ante debitorem principalem, quid ipsi faciendum incumbat? Et respondet articulus noster, quòd ipsi liberum sit, ut, si malit jura intacta servare, quàm post solutionem primùm, quasi post causam vulneratam remedium quærere, faciat citari debitorem principalem ad se in judicio contra creditorem defendendum, sicut suprà ad *Tit. de emptione, & venditione* diximus, quòd emptor super re vendita conventus auctorem suum laudare, & illius citationem ad judicium suscipiendum, & se defendendum petere possit. Et hinc in *Reformatione de Anno 1588. Tit. 27.* duo articuli habentur, quorum primus hanc inscriptionem habet, **vmb Gwehren zustellen** / & secundus, **daß ein Selbstschuldner keinen Gwehren stellen mag** / ubi sub nomine, **Gwehren** / intelligitur principalis debitor, quasi ille fidejussori de evictione obligatus sit: Disponit igitur articulus noster, qui æquè ex *dict. Reform. de Anno 1588.* desumptus est, ut fidejussor conventus, antequàm solvat, possit, si velit, pro sistendo debitore principali diem judicialem petere, non quidem ad hunc effectum, ut contra ipsum actione mandati contraria experiatur, cùm ante solutionem regulariter hæc actio non competat, ut paulò post sequetur, sed ut debitor principalis suas exceptiones, quas contra creditorem habet, in medium producat, & se fidejussorem defendat. Notissimi enim juris est, si

ſi lis aliqua etiam tertium concernat, quòd reus petere poſſit, ut ille quoque ad judicium citetur. Imò judex ipſe, ſi animadvertat, in lite verſari alicujus tertij intereſſe, ex officio poteſt illi litem denunciare, vel partibus imponere, ut ipſi ejuſmodi tertium de lite certiorem faciant, & ſufficientia teſtimonia afferant, quòd lis cum ipſius præſcitu, & bona voluntate agitetur, ut latè exſplicavimus ad *Tit. 6. Art. 3. & ſeqq.* deß Summariſchen Proceß. Quòd autem lis cum fidejuſſore cœpta ipſum principalem debitorem attingat, nullum dubium eſſe poteſt, cùm fidejuſſor omne id, quod nomine principalis debitoris ſolvere, & præſtare debet, actione contraria mandati, vel etiam poſt ceſſionem à creditore factam ipſa originaria, & primæva actione repetere poſſit.

Si dicas, non opus eſſe, ut fidejuſſor citari faciat principalem debitorem, cùm ſe beneficio ordinis, & excuſſionis ab actione præmaturè contra ſe inſtituta liberare poſſit, juxta ea, quæ ad *Art. 1.* dicta ſunt, quòd creditor contra fidejuſſorem efficacem actionem non habeat, niſi priùs excuſſo debitore principali. Reſpondemus juxta ſuperiùs dicta, plurimos caſus eſſe, in quibus beneficium ordinis, & excuſſionis locum non habet, quorum Berlichius ferè centum enumerat, & nos potiores quoque ibidem dilucidavimus: In quibus omnibus fidejuſſor conventus actionem contra ſe inſtitutam ſubire tenetur, quia tamen excluſio beneficij ordinis, & excuſſionis non liberat debitorem principalem ab obligatione ſua, quò minùs poſt ſolutionem à fidejuſſore factam, vel actione primæva, & originaria à creditore ceſſa, vel actione mandati contraria ad omne damnum, & intereſſe conveniri poſſit, ideò rectiſſimè articulus noſter fidejuſſori illius citationem indulget, poteſt enim eſſe, ut creditor principalis tales exceptio-
2 nes habeat, quibus creditoris actionem elidere poſſit, jam verò exceptiones reales debitori principali competentes competunt etiam fidejuſſoribus. *l. exceptiones. 7. ff. de except. §. fin. Inſt. de replicat.* Per rationem, quæ ibidem redditur, quia, quod à fidejuſſoribus petitur, id ab ipſo debitore peti videtur, juſtiſſimè fidejuſſor conventus, cui exceptiones debitoris principalis ignotæ eſſe poſſunt, citationem illius exigit, ne per obliquum, & latus lædatur, qui directò, & per ſe ipſum lædi non poteſt: Exemplum ponit articulus in exceptione ſolutionis, ſi ſcilicet debitor principalis debiti, pro quo alius fidejuſſit, ſolutionem fecit: Nam, ſi creditor tam effrons ſit, ut nihilominùs ſolutionem etiam à fidejuſſore petat, ſibi fortè perſuadens, fidejuſſorem factæ ſolutionis ignarum eſſe, juſtiſſimè petit, ut principalis propter ſuum intereſſe citetur, ad ſolutionem probandam, & demonſtrandum, ut articulus noſter loquitur, Daß er den Kläger gewehrt / id eſt, bezahlt habe. Et licèt ipſe debitor principalis in judicio comparere noluerit, nihilominùs tamen fidejuſſor etiam invito, ac repugnante reo principali exceptione ſolutionis ſe tueri poteſt. *l. omnes exceptiones. 9. ff. de except. Gomez. de fidejuſſ. tom. 2. cap. 14. n. 9. Harprecht. ad §. fin. n. 6. Inſt. de replicat.* ubi *n. 7.* rationem annectit, quia utilius eſt fidejuſſori, non ſolvere, quàm ſolutum repetere, cùm multa intervenire poſſint, quæ actionē mandati contrariam efficiunt inanem, & alioquin propter moleſtias judicij, & incommoda alia minus ſit, actionem habere ad rem, quàm rem ipſam. *l. minus eſt. 204. ff. de R. J.*

Et hoc, quod exempli causâ juxta tenorem articuli noſtri diximus de exceptione ſolutionis, etiam locum habet in alijs exceptionibus realibus:
3 Dicuntur autem exceptiones reales, quæ rei, & obligationi cohærent, rem ipſam afficiunt, & ex ipſa re cauſam, & originem trahunt. *l. 7. in princ. ff. de except. Mynſing. ad §. fin. n. 4.* & *Harprecht. ibidem. n. 70. Inſt. de fidejuſſ. Gomez. dict. cap. 14. n. 9.* Et harum exceptionum præter exceptionem ſolutionis, novationis, delegationis, oblationis ſolennis, & judicialis, acce-

cepti-

ceptilationis, confusionis, &c. *Hering. de benef. fidejussor. part. 4. cap. 27. n. 16. & seqq.* adhuc viginti duas recenset; Nobis animus non est, singulas examinandi, ne opus nimium excrescat. Sufficit, hîc breviter admonere, quòd, sicut fidejussori convento liberum est, solutionem à debitore principali factam etiam illo invito, & resistente opponere, ita etiam in ejus voluntate, & potestate sit, reliquas omnes exceptiones reales principali competentes ad repellendum creditorem in medium adducere: Et tunc, ne ei culpa imputari possit, quòd ejusmodi exceptionem, quâ se, & debitorem principalem à solutione liberare potuisset, omiserit, secundùm articuli nostri dispositionem optimè facit, si pro citando, & sistendo debitore terminum postulet, Wann er auff den Selbstgelter einen Tag außbringt.

Insignem exceptionem hujus regulæ, quòd fidejussor conventus debitoris principalis citationem ad assistendum in lite petere possit, fecit *Art. 2. Tit. 27.* der Reformation, *de Anno 1588.* Si videlicet fidejussor se etiam obligaverit ut principalem, juxta verba. Wer vor dem Rechten wird angesprochen vmb Gelt / deß er Porg ist / gestehet er selb / daß er darzu Selbstschuldner vmb das Gelt seye / der mag keinen Gwehren darumb stellen. Et ratio hujus rei est, quia is, qui se ut principalem obligat, subintrat in locum primævi, & originarij debitoris principalis, sicut igitur ipse nullum auctorem laudare potest, qui ipsum defendere teneatur, ita nec talem fidejussorem, qui se principalem constituit, ejusmodi beneficio uti posse, antiquus articulus noster judicavit: Sed hæc exceptio videtur nobis in articulo nostro sublata, vel saltem notabiliter restricta esse, qui distinguit, an principalis debitor sub eodem judicio, ubi fidejussor convenitur, domicilium habeat, vel non? Si prius, articulus noster judici simpliciter imponit, ut illum citari faciat ad fidejussori assistendum, nec ullam distinctionem facit, an fidejussor conventus nudo fidejussorio nomine, vel etiam, ut principalis obligatus sit: Et rectè, nam, licèt fidejussor, qui se ut principalem obligat, juxta *Artic. 1. hujus Tit.* beneficio ordinis, & excussionis careat, & juxta *Art. 3.* etiam beneficio Epistolæ D. Adriani, sive divisionis, quando in specie dixit, Daß er nit allein Selbstschuldner seyn / sonder absonderlich vmb die gantze Schuld hafften wolle / nullibi tamen fidejussoribus, etiam ut principalibus obligatis, remedium actionis mandati contrariæ ademptum est, optimè proinde talis fidejussor, qui se etiam principaliter obligatum constituit, eum ad judicium secum cœptum citari facit, cùm dicti debitoris primarij, & originarij propterea intersit, quia, ut diximus, actioni mandati contrariæ in casum succumbentiæ subjacet. 4

Si verò ipse debitor principalis sub ea jurisdictione non sit, sub qua fidejussor conventus degit, tunc subdistinguendum est: An talis fidejussor se solùm fidejussorio nomine in subsidium obligaverit, vel se ut principalem constituerit? Si posterius, fidejussor petere non potest, ut actor, sive creditor sequatur forum debitoris principalis, & primarij: Et hinc talis fidejussor principaliter obligatus inutiliter petit, ut eidem, id est debitori originario dies juridicus ad comparendum, & se defendendum præfigatur, interim tamen fidejussor principaliter obligatus, & conventus exceptionem solutionis, quam principalis debitor originarius fecit, nihilominùs proprio suo nomine opponere, deducere, & probare potest: Per rationem in principio hujus articuli allegatam, quòd exceptiones reales etiam invito debitore principali originario prosint. Quando autem nudus fidejussor, qui se ut principalem non constituit, convenitur, & debitor principalis ad alienam jurisdictionem, sive judicium pertinet, remittitur casus ad dispositionem *Art. 1.* id est, ut fidejussor conventus dicere possit, excute tu priùs debitorem principalem, cùm actio tua contra me tanquam nu- 5

dum

dum fidejussorem in subsidium solummodò obligatum, locum non habeat; nisi excusso priùs debitore principali. Et ex his, quæ nunc dicimus, quædam notabilia deducuntur.

6 Primum est, verum esse, quod suprà ad *Artic. 1.* diximus, tametsi juxta *Auth. præsente. Cod. de fidejuss.* absentia rei principalis tollat beneficium ordinis, & excussionis, quam quidam ex Doctoribus ad solam judiciorum diversitatem restringunt, id secundùm magìs communem sententiam, & opinionem ad absentiam remotam sub diversa territoriali jurisdictione intelligendum esse, prout etiam *Art. 1.* de debitore principali loquitur, qui domicilium suum extra Provinciam transtulit, ut consequenter verbis articuli nostri præsentis, **Wäre aber derselb Gelter vnder deß Porgen Richters Gericht-Zwang nit:** addenda, vel tacitè subintelligenda sint sequentia, **sonderen vnder einem anderen Gerichts-Zwang im Land seßhafft /** quòd tunc, si se ut principalem non obligavit, gaudere possit beneficio ordinis, & excussionis, juxta dispositionem *Art. 1.* Nec obest, quòd creditor fortè aliquam incommoditatem habeat, debitorem principalem in alia jurisdictione Bavarici territorij domicilium habentem conveniendi, quia ea tanti momenti non est, ut beneficium ordinis, & excussionis tollere debeat, cùm in Patria nostra habeatur exacta justitia, & ejusmodi difficultati, sive incommoditati facilè per superiorem judicem remedium adhiberi possit.

7 Secundum est, ad hoc, ut fidejussor creditori agenti respondere teneatur, neque principalem debitorem pro evictione quasi, & defensione sistere possit, duo copulativè requiri 1. ut se tanquam principalem obligaverit. Et 2. ut debitor principalis alienæ jurisdictioni subsit, nam, si sub jurisdictione eadem tam debitor principalis, quàm ipse fidejussor domicilium habent, causa, quæ uno judicio terminari potest, dividi non debet, quæ videtur esse ratio hujus distinctionis, quam articulus noster contra antiquam Reformationem de Anno 1588. introduxit: Sicut enim fidejussor, qui se ut principalem constituit, creditori propter absentiam debitoris principalis actionem duriorem, & difficiliorem facere non debet, itaècontra creditori grave cadere non potest, si debitor principalis eidem jurisdictioni cum fidejussore subjectus, citari possit, ne lis ex lite oriatur, sed causa super exceptione solutionis tam debitori principali, quàm fidejussori communi uno quasi ictu, & sententiâ terminetur.

8 Tertium est, verum esse, quòd fidejussor, qui se ut principalem obligavit, nihilominùs in casu, quo condemnatus pro debitore primario solvit, actionem mandati contrariam pro repetitione illius, quod solvit, in salvo habeat: Deducitur id ex articulo nostro in verbis, **Was dann der Kläger /** id est creditor, **dem Selbstgelter mit dem Rechten aberhält / darumb soll der Porg / wo der Selbstgelter die Bezahlung selbst nit thuet / stehen / vnd guet seyn.** Præsupponit igitur articulus, **daß der Selbstgelter dannoch hafft / wann schon der Porg sich auch als Selbstgelter verschriben hat /** & hoc rationi juris convenit, quia, ut diximus, novatio nunquam præsumitur, licèt ergò fidejussor se ut principalem constituerit, veri principalis tamen, sive primarij debitoris obligatio non est sublata, sed eidem pro meliori securitate creditoris fidejussoris nova obligatio accessit.

9 Nisi pro quarto hoc expresè actum sit, ut debitoris primarij obligatio per fidejussoris se ut principalem constituentis interventionem novetur, quo in casu talis fidejussor, ut principalis obligatus propriè fidejussor non est, sed expromissor. *l. ult. ff. ad Maced. l. si mulier. 22. ff. ad Vellejan. l. 7. §. 4. ff. de dol. mal. l. 4. §. 1. ff. de re judicat. & alijs locis.* Modò talis novatio cum bona voluntate, & consensu creditoris facta fuerit, ut proinde inter fidejussorem, qui se principalem constituit, & inter talem novatorem magna differentia sit: Ille non liberat debitorem primarium, sed ejus obliga-

tioni

tioni duntaxat accedit: Et hinc dicitur adpromissor, hic verò, qui obligationem novat, priorem debitorem à sua obligatione exonerat, & hinc dicitur expromissor. Adpromissori sive fidejussori, etiam se ut principalem obliganti remanet actio mandati contraria contra debitorem primarium; expromissori verò nulla conceditur actio, quia sibi imputare debet, cur actionem primi debitoris per novationem in se transfuderit.

Denique quintò, quod hîc exempli causâ de exceptione solutionis dictum est, locum habet etiam in alijs exceptionibus realibus, prout antea monuimus, ita ut semper hæc distinctio, de qua articulus noster loquitur; cum his omnibus circumstantijs, quas in medium attulimus, non tantùm in exceptione solutionis, sed etiam quibuscunque realibus observanda sit, quod benevolus Lector in facti contingentia facilè applicare poterit. Et
hoc in tantum extenditur, ut fidejussor ejusmodi exceptiones, quoties suâ 10
interest, etiam invito debitore opponere possit, prout supra jam attigimus, nec debitori principali pœnitentiâ ducto liceat, hanc libertatem, & utilitatem fidejussori quocunque pacto aufferre. *l. ult. ff. de pactis. l. Uraneus, §. penult. ff. de fidejussor.* ut exemplificat *Harprecht. ad §. fin. n. 9. Inst. de replicat.* in debitore inope, qui comparet in judicio, & confitetur, pecuniam sibi numeratam esse, quæ tamen numerata non fuit, quoniam exceptio non numeratæ pecuniæ per confessionem debitoris contrariam fidejussori aufferri non potest: Nec obstat, tametsi fidejussor omni beneficio legum renunciâsset, quoniam talis renunciatio ad exceptiones reales debitori competentes non extenditur. *Hering. de fidejuss. cap. 27. n. 15.* Per rationem, quia renunciationes sunt stricti juris, nec in ijs veniunt, nisi quæ expressa sunt: Oportet igitur talem renunciationem accipere de ijs solummodò beneficijs, quæ fidejussoribus renunciantibus immediatè, non mediatè per personam alterius ex legis dispositione, vel etiam contractu competunt. *Zanger. de except. part. 3. cap. ult. n. 61. & 62.* Et nihil interest, sive ejusmodi exceptio realis jam tempore fidejussionis factæ extiterit, vel debitori primùm ex postfacto supervenerit. *l. defensiones. Cod. de fidejussor. l. si confidejussoribus. ff. eodem.*

Aliud est dicendum de exceptionibus personalibus, quæ non rem i- 11
psam afficiunt, sed personam ipsius debitoris principalis. *l. 7. in princ. ff. de except. Gomez. cit. cap. 14. n. 9.* Ut est exceptio cessionis. *§. fin. Inst. de replic.* Exceptio competentiæ, dict: *l. 7. ff. de except. & l. 24. ff. de re judic.* Exceptio restitutionis in integrum. *l. in causa 13. ff. de minor. l. 1. Cod. de fidejuss.* Exceptio pacti de non petendo, si illud debitor principalis ad suam solummodò personam restrinxerit. *l. nisi hoc. 22. ff. de pactis. l. idem. 25. §. personale. 1. ff. eod.* Si autem pactũ conceptũ fuerit in rem, etiam fidejussori, & omnibus prodest, quorum interest, obligationem dissolvi. *l. 5. §. 5. ff. eodem.*

Denique de his realibus exceptionibus quidam regulam universalem 12
statuunt, ut toties fidejussoribus non competant, quoties illis regressus contra debitorem principalem per contrariam mandati actionem non conceditur, per textum in *l. 32. ff. de pactis.* Ubi Paulus his verbis utitur, quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fidejussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur. Igitur, si mandati actio nulla sit, fortè, si donandi animo intercesserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fidejussori. Plures casus, ubi actio mandati contraria locum non habet, supra recensuimus, quò Lectorem remittimus.

Der Sibendte Articul.

DA ein Bauers-Mann oder ein gemainer schlechter Burger / für jemand Porg würdet / solche Porgschafft soll nichtig vnd krafftloß seyn / es seyen dann hierumben / da die Porgschafft wichtig / vor der Obrigkeit / vor welcher der Glaubiger / daß die Porgschafft soll auffgericht / gefertiget / oder eingeschriben werden / begehren thuet / ordentliche Porgschafft-Brieff auffgericht / Oder in ringschätzigen Sachen / die Porgschafft / mit genugsammer Erinnerung / wie vnnd was Gestalt einer Porg werden soll / in die Gerichts-Bücher mit allen Umbständen / vnd welcher massen die Porgschafft beschehen / eingeschriben. Da auch ein Porg sein Erb-Recht / Leib-Geding / oder andere Gerechtigkeit / die er bey einem Guet hätte / oder auch seinen Herrn-Gunst verpfänden/oder verschreiben wolte / soll er das mit Bewilligung seines Grund-Herrn thuen / ausser dessen Bewilligung sonsten / so vil solch Erb-Recht / oder andere Gerechtigkeit betrifft / die Porgschafften nit giltig seyn mögen. Und sollen die gedachte Persohnen von Bauren / vnd schlechten Burgern nit Macht haben / sich diser Einred / daß die Porgschafft vor Obrigkeit nit auffgericht / zuverzeyhen / oder zuversprechen / sich deren nit zugebrauchen. Wie dann solche Verzicht / vnd Versprechen vngiltig seyn / vnnd welcher Glaubiger sich solches Versprechens / oder Verzicht wolte wider den Porgen gebrauchen / derselb vmb so vil von der Obrigkeit gestrafft werden soll / als vmb wie vil die Porgschafft beschehen ist. Doch soll diser Articul auff die Porgschafften / so ausser Lands beschehen / nit gemaint seyn.

SUMMARIA.

1. *An mulieres fidejubere possint?*
2. *An coloni, & vulgares cives, sive plebei?*
3. *Quare isti in fidejussionibus ad certas solennitates adstringantur, & non in emptione, & venditione?*
4. *Quæ sit differentia inter intercessiones mulierum, & plebejorum hominũ, sive rusticorum?*
5. *Quinam vocentur rustici, & utrùm dentur rustici, qui simul sunt cives?*
6. *Quinam cives pro vulgaribus, & vilibus personis habendi?*
7. *An fidejussio rusticorum, & vulgarium civium debeat fieri judicialiter, & super ea instrumentum erigi, si summa notabilis sit?*
8. *Quæ summa dicatur considerabilis?*
9. *Coram quo judice instrumentorum erectio, & insinuatio fidejussionis ad protocollum facienda?*
10. *An sint actus meræ facultatis, & qui dicantur actus liberæ voluntatis?*
11. *Cùm plebei homines certiorandi sint, utrùm hoc à judice, & magistratu, vel alio fieri debeat?*
12. *Quæ in hanc certiorationem veniant?*
13. *An sit eadem certioratio, quæ necessaria est ad renunciationem beneficiorum fidejussoribus competentium?*
14. *Si non constet de certioratione ex protocollo, aut instrumento publico, an fidejussio sit invalida?*
15. *An bona emphyteutica sine consensu domini in contractu fidejussorio obligari, & utile dominium in executionem deduci possit?*
16. *Utrùm plebei homines dispositioni, & solennitatibus juris in favorem ipsorum introductis renunciare possint?*

17. Quid

17. Quid si tali renunciationi juramentum accedat?

18. & 21. An non de jure Bavarico creditor puniatur, si exigat, in tantum, quanta est summa fidejussionis cum renunciatione facta?

19. Cui cedat hæc pœna, fidejussori, vel fisco?

20. An non creditor fidejussorem nihilominùs vi juramenti ad solutionē compellere possit, licèt inde sibi nihil, sed fisco acquirat?

22. & 24. Quot adhuc sint casus, in quibus hæc dispositio juris extra renunciationem locum non habeat?

23. Fidejussio plebejorum hominum est ipso jure nulla, mulieris verò tantùm ope exceptionis, unde nec per geminationem corroborari potest.

25. An hæc dispositio etiam extendatur ad fidejussiones, quæ fiunt à plebeis extra provinciam?

26. Si pro rustico, vel plebejo extrajudicialiter fidejubente nobilis persona subfidejubeat, an gaudeat beneficio hujus constitutionis?

27. Quid dicendum de fidejussore indemnitatis?

28. Quid de subalterno? opinio D. Rath impugnatur.

29. Solvuntur objectiones.

30. An tali nobili subfidejussori, & subalterno detur actio mandati contraria?

31. Subfidejussori mulieris datur actio mandati contraria, cur non etiam subfidejussori plebei hominis?

SCimus, de jure communi mulieribus ex S. C. Vellejano hoc privilegium indultum esse, ut ex fidejussione, sive intercessione efficaciter non obligentur, sed à creditore conventæ se exceptione S. C. Vellejani defendere possint, *tot. tit. C. & ff. de S. C. Vellejano:* Idque propterea, ne propter imbecillitatem sexûs facilè decipiantur, & damnum incurrant. *l. 2. §. verba. ff. ad S. C. Vellejan. Wesenbec. in parat. ibidem. n. 2.* Nam, quia fœminarum consilium fragile, infirmum, & inconstans est. *l. si pater. 4. in fine. Cod. de sponsal. & l. si mulier. 12. Cod. ad S. C. Vellejan.* Ut plerumque contra propria commoda laborent, dict: *l. si pater. 4. Cod. de sponsal.* Et cùm sponsio, fidejussio, sive intercessio nudam voluntatem, nullam autem pecuniæ præstationem requirat, sibi imaginantur, periculum solutionis ad se tam facilè non deventurum, ideò jura nostra, ut infirmo muliebri animo succurrant, beneficium S. C. Vellejani excogitârunt, ut passim Doctores ad *tit. C. & ff. de S. C. Vellejano.* tradunt. Hanc igitur causam fuisse putat *D. Balthasar. ad hunc titulum. resol. 7. n. 4. & seqq.* quòd jura nostra statutaria etiam rusticis, & inferioris conditionis civibus tanquam hominibus vilibus, jurium imperitis, & idiotis, ut vocat, pro intercessione, & fidejussione certam legem præscripserint: Quæ causa nostra opinione sufficiens non est, cùm ex multis textibus statutorum nostrorum Provincialium doceri possit, quòd legislatoris intentio potiùs fuerit, ejusmodi restrictionem pro Reipublicæ bono, quàm privatorum commodo, & utilitate inducendi, ne scilicet uxores, liberi, & posteri per ejusmodi inconsideratas fidejussiones, & intercessiones ad incitas redigantur, & Reipublicæ oneri sint, sæpissimè etiam cum propriorum suorum creditorum detrimento, & interitu: Et hinc est, quòd ejusmodi plebei homines neque transigere, neque compromittere, neque pignora, aut hypothecas constituere, nec alios actus plures exercere possint, qui tamen mulieribus in proprijs suis bonis maximè receptitijs interdicti non sunt. Nullum igitur solidum fundamentum ex imbecillitate, & fragilitate muliebri ad cives, & rusticos deduci posse, ex sequentibus clarè patebit. 1

Est autem constitutio articuli nostri hujus tenoris: Si colonus, aut vulgaris, & vilis civis pro altero fidejubet, quòd talis fidejussio, sive intercessio nulla, & inefficax esse debeat, nisi fiat eo modo, quo paulò post sequetur. Loquitur igitur articulus noster de duplici genere hominum, 2

rusticorum, sive colonorum: Et civium vulgarium: Ex quo sequitur Primò, cùm contractus fidejussionis verbis, & nudo consensu constet, quòd nec rusticis, & plebeis hominibus quibuscunque de jure communi sit interdictus. *D. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 66.* modò illa observentur, de quibus in sequentibus plura dicemus.

3 Quare autem rustici, & plebei homines, in fidejussionibus, & intercessionibus ad certas leges, & solennitates adstringantur, & non in emptione, & venditione, ut exsplicavimus ad *Tit. 6. Art. 1. & 2.* der Land-Recht. Ratio desumi potest ex prohibita intercessione mulierum, cùm homines faciliores, & procliviores sint ad fidem suam in alieno contractu accessoriè, & in subsidium interponendam, quàm ad res suas proprio contractu alienandas, cùm semper spem foveant, nihil periculi ex alieno contractu ad se deventurum, donec tandem, ut in proverbio est, noxa præstò sit, jura autem ijs magìs subveniunt, ad quæ homines faciliores, & procliviores sunt.

4 Sequitur secundò, inter rusticorum, & plebejorum hominum, ac mulierum intercessiones, & fidejussiones differentiam apertam esse, cùm mulierum intercessiones ex S. C. Vellejano tantùm ope exceptionis infirmentur, rusticorum verò, & plebejorum hominum fidejussiones ipso jure sint nullæ, & invalidæ.

Deinde tertiò, quòd prohibitio intercessionis mulieribus facta tangat omnes cujuscunque conditionis sint, viles, aut plebejas, nobiles, aut illustres, quoniam in omnibus ijs eadem infirmitas, & fragilitas præsumitur, prohibitio verò, quæ sexui masculino fit, tantùm restringatur ad rusticos, & cives vulgares, adeóque ad solos plebejos homines.

5 Quinam autem quartò, vocentur rustici, exsplicatione non indiget, cùm definitionem suam ipsi rustici meliùs, quàm alij sciant, & coloni utique dicantur, qui terram colunt, vel ad terram colendam operas suas præstant, ut ita hoc vocabulum ad omnes ruri degentes extendere ridiculosum foret. Cùm non locus habitationis, sed status, & conditio hominis rusticum, & colonum faciat, sic absurdum non est, ut etiam rustici cives sint,& vice versa cives rustici. Notum enim est, quòd civitas Ingolstadiensis in suo districtu jurisdictionali aliquot pagos habeat, quorum incolæ Ingolstadij cives sunt, & hinc comunitas Ingolstadiensis solet scribere, wir Burger / vnnd Bauern zu Ingolstad / & in multis urbeculis parvis, & oppidis cives reperiuntur, qui verè rustici sunt, cùm de sola cultura agrorum vivant, subinde quidem propriâ, sæpissimè verò alienâ, cùm prædia, quæ possident, tantùm jure emphyteutico, vitalitico, vel simili habeant, directos dominos agnoscant, & annuas præstationes dominicas solvant.

6 Major quintò difficultas est, quinam cives pro vilibus, & vulgaribus personis habendi sint? Quod nos judicis arbitrio remittimus, & ultrò fatemur, certam regulam constitui non posse; Non ex divitijs, & opulentia eorum, cùm etiam locupletes sæpissimè ita imperiti, & idiotæ sint, ut à multis artificibus, & opificibus prudentiâ, judiciô, & rerum agendarum dexteritate, & peritiâ superentur: Sed neque respectum habendum esse ad solum judicium, aut dexteritatem horum hominum, hoc convincit, cùm aliàs etiam rusticis, & colonis aliquid singulare constituendum esset, cùm certè multos illorum invenerimus, in rebus, & processibus judiciarijs, civibus etiam opulentis peritiores, & magìs expertos, fortè, quia cum dominis suis frequentiores, & graviores processus habent, quàm cives vulgares inter se, utrumque igitur judex in considerationem ducat, tam opulentiam civium, quàm illorum judicium, & peritiam, & maximè, cujus famæ, & fidei sint, & utrùm communiter pro talibus habeantur, qui rebus suis prudenter superesse possunt, præsertim, cùm ratio prohibitionis, ut diximus,

ximus, non in sola privatorum hominum utilitate, sed etiam in reipublicæ bono, & commodo consistat, ne homines per inconsideratas intercessiones depauperentur, & familiæ suæ, ac in consequentiā Reipublicæ magìs ob, quàm prosint, quod de locupletibus non ita timendum est, quàm de pauperculis, qui subinde peritiæ, & prudentiæ suæ magìs fidunt, quàm, ut Justinianus loquitur, in ijs est; Requiritur autem ad hoc, ut fidejussio, sive 7
intercessio rusticorum, & civium vulgarium valeat, ut judicialiter fiat, cum hac distinctione, an summa, pro qua fidejussio interponitur, sit considerabilis, & momentosa, vel vilis, & exigua? In fidejussione considerabili debet à judice instrumenti erectio fieri, fidejussio verò super summa parva, & exigua debet inseri ad protocollum, prout in *Summario Processu ad Tit. 2. Art. 3. & Art. 5. de transact. & compromiss.* diximus.

Sed, quæ summa in hac materia fidejussionis dicatur considerabilis, 8
& momentosa, wichtig / vel parva, & exigua, ringschätzig / articulus noster non definit; Quia verò in *Processu Summario loc. cit.* expresse reperitur determinatum, quòd summa quinquaginta flor. vel supra habenda sit pro summa magni momenti, & summa, quæ est infra quinquaginta florenos, pro summa parvi momenti: Non dubitamus, intentioni legislatoris conforme esse, ut, quod ibidem statuitur de transactionibus, & compromissis, hîc quoque de fidejussionibus plebejorum hominum locum habeat, cùm una lex ex altera supplementum accipiat, præsertim, cùm nulla ratio appareat, quare in fidejussionibus plebejorum aliud, quàm in transactionibus, & compromissis statui debuisset, prout hanc interpretationem etiam applicavimus *Art. 12. Tit. 1.* der Land-Recht / & *D. Balthasar. ad hunc tit. resol. 7. n. 12.* sic judicatum esse affirmat.

Sed coram quo judice instrumentorum erectio, vel insinuatio ad pro- 9
tocollum super fidejussionibus rusticorū, & civium vulgarium facienda est? Nos ad dict: *Tit. 2. Artic. 3. & 5.* deß Summarischen Proceß / deduximus, quòd in transactionibus, & compromissis instrumentorum erectio, vel insinuatio ad protocollum necessariò fieri debeat coram ordinario magistratu, ergò hoc ipsum dicendum videtur etiam de fidejussionibus rusticorum, & vulgarium civium: Deinde expressus textus est, in der Lands- vnd Pollicey-Ordnung / *Lib. 1. Tit. 3. Art. 5.* Ubi in specie subditis ruralibus, & plebeis hominibus in civitatibus, & oppidis, qui jus sigillandi non habent, injungitur, ut super contractibus, & actibus suis coram ordinario magistratu instrumenta conficere curent, ergò id ipsum in fidejussionibus horum hominum ita observandum esse, rectè concluditur, quoniam fidejussio inter verbales obligationes numeratur, & verus contractus est, qui stipulatione perficitur: Sed his non attentis *D. Balthasar. loc. cit. num. 14.* concludit, quòd instrumentorum erectio, vel insinuatio coram quocunque judice, vel magistratu jurisdictionem habente fieri possit: Per rationem, quòd hi actus sint meræ facultatis, & voluntariæ jurisdictionis, proinde coram quocunque judice expediri possint, & confirmat hanc suam opinionem ex articulo nostro, in verbis: Vor der Obrigkeit / vor welcher der Glaubiger / daß die Porgschafft auffgericht / gefertiget / oder eingeschriben werden soll / begehren thuet. De quo tamen nos subsistimus, nam, quòd fidejubere, super fide- 10
jussione instrumenti erectionem procurare, vel protocollo insinuare, actus meræ, & liberæ voluntatis sint, id nullo modo admittere possumus, cùm actus meræ facultatis illi tantùm dicantur, qui in mero, & solo facto consistunt, & quos cuivis de jure naturali, & gentium pro arbitrio, & ex libera voluntate nulla necessitate cogente facere, vel omittere licet, ut exemplum est in §. *riparum. 4. & seqq. Instit. de R. D. l. nemo igitur. 4. & l. seq. ff. de rer. divis.* Si autem posteà dispositio juris accedat, ut talem actum meræ voluntatis in certos terminos, & cancellos restringat, at-

que coërceat, actus meræ, & liberæ facultatis ampliùs non est. *l. 1. ff. de legibus. Berlich. lib. 2. conclus. 3. num. 8. & seqq.* Sive, ut *D. Rath. in thes. de usuc. & præscript. cap. 4. thes. 6.* loquitur, id tantùm meræ facultatis dici, quod citra ullam obligationem, & conventionem jure naturæ, vel gentium cujuscunque arbitrio permittitur, quale reverà hæc dispositio de fidejussione rusticorum, & civium vulgarium, instrumentorúmque desuper facienda erectione, vel insinuatione ad protocollum non est; Nam, sicut emere, locare, permutare, donare, transigere, compromittere, &c. cuique de jure naturæ, & gentium liberum quidem est, & actus ex sua natura, & qualitate meræ facultatis, & voluntatis, si quis tamen ejusmodi actum celebrare velit, obligatur ad observanda, quæ ex dispositione, & beneficio juris pro actûs validitate requiruntur: Ut proinde talis actus meræ facultatis, & voluntariæ jurisdictionis esse neutiquam dici possit: Et certè, cùm jura nostra statutaria in omnibus contractibus, & actibus instrumentationem, & judicialem expeditionem fieri jubeant apud ordinarium magistratum, juxta citatum textum, in der Pollicey-Ordnung / & in simili dispositione circa transactiones, & compromissa verbis nimis expressis ordinarij magistratus interventum specialiter expostulent, cur in sola fidejussione contrarium statui debeat, non apparet ulla excogitabilis ratio: Præsertim, cùm eadem causa motiva in fidejussionibus plebejorum hominum militet, quæ militat in transactionibus, & compromissis, ne scilicet rudes, & imperiti homines facilè ad Reipublicæ perniciem in dispendium rerum suarum inducantur, ut ibi pluribus deduximus, cùm alienis judicibus, & magistratibus eorum conditio non ita, sicut ordinario magistratui possit esse cognita. Verba articuli nostri supra in contrarium allata, nostra opinione, nihil obstant; Nam, vel ita sunt intelligenda, ut, si debitor principalis, qui fidejussorem constituit, & ipse fidejussor sint diversi fori, quòd creditori liberum sit, fidejussionem, vel apud judicem debitoris principalis, vel apud judicem ipsius fidejussoris justificare, cùm quoad hunc actum quilibet dici possit judex ordinarius, prior, id est debitoris principalis, ratione loci contractûs, posterior nempe fidejussoris, ratione domicilij: Vel fortè talis fidejussor habet plures judices ordinarios, ex quibus electionem creditori competere, aliàs nullum dubium est; Quòd autem ad satisfactionem hujus articuli pro ejusmodi plebeis hominibus tam solliciti sufficiat quælibet, & corã quolibet magistratu nescio quali, vor einem jeden Baurn-Richter / facta insinuatio, & instrumentorum erectio, mihi planè nemo persuadebit, cùm textus, & rationes in contrarium adductæ nimis sint urgentes, & convincentes. Vid:, quid in simili scripserimus ad *Tit. 1. Artic. 1.* Vers: *Quæritur secundò.* der Land-Recht. Ubi fusè deduximus, etiam insinuationem donationis excessivæ de jure nostro statutario faciendam esse coram ordinario magistratu per rationes ibidem adductas, quæ omnes etiam in præsenti casu de insinuatione fidejussionis personarum vulgarium, & plebejarum locum habent.

11 Addit articulus, ejusmodi personas viles certiorandas esse. Duo igitur circa hanc certiorationem indaganda sunt: Primò, à quo illa fieri debeat. Et secundò, quid veniat in ejusmodi certiorationem? Quod attinet ad primum, putamus, intentionem legislatoris esse, quòd talis certioratio debeat fieri ab ipso judice, sive magistratu, coram quo fidejussio perficitur: Licèt enim in personis nobilibus fœminini sexus, *Art. 12. 13. & 14. Tit. 1.* der Land-Recht / officium proprij certioratoris admittat, illud tamen propterea tantùm fit, quia personæ nobiles suas fidejussiones non judicialiter, sed extrajudicialiter sub propria instrumentorum erectione, & sigillatione conficiunt, & proinde necesse est, ut adhibeant specialem personam, quæ munere certioratoris, eines Anweisers / fungatur. At, quia articulus noster

ſter de fidejuſſionibus plebejorum duntaxat hominum loquitur, quæ per priùs dicta judicialiter fieri debent, certioratio ipſi judici incumbit; Qui enim inſtrumenti erectionem habet, vel inſertionem ad protocollum judiciale, ipſe quoque curare debet, ut unum, & alterum legitimè fiat, legitimè autem neutrum fit, ſi certioratio fuerit intermiſſa: Et hinc eſt, quòd dictus *Art. 12. Tit. 1.* der Land-Recht / expreſsè ſtatuat, inter cives, & ruſticos, vnder Burgern / vnd Bauern / certiorationem fieri debere, vel in judicijs Provincialibus, vor den Gerichteren / vel in civitatibus, & oppidis coram magiſtratu civico, quod iterum argumentum præbet, ad ejuſmodi actus validitatem miniſterium proprij judicis neceſſarium eſſe, & alieni non ſufficere, qui de conditione, & ſtatu perſonarum intercedentium nullam cognitionem habet; Quomodò enim alienus judex examinare, & cognoſcere poterit, quæ in certioratione, ut paulò poſt ſequetur, requirantur, quando nec certiorandi perſonam, nec patrimonium ejus perſpectum habet? Putamus enim,

Ut ad ſecundum deveniamus, hoc vel maximè in hac certioratione e- 12
xaminandum eſſe, an fidejubens non aliàs ære alieno nimiùm gravatus ſit, quomodò vires patrimonij, & facultates ejus comparatæ ſint, & an pro fidejuſſione ſufficientes, an non fidejuſſio cedat in detrimentum uxoris, & liberorum fidejubentis, an talis plebejus fidejuſſor tam capax ſit, ut comprehendat virtutem, & efficaciam fidejuſſoriæ obligationis? Cùm, ut ſupra dictum, tales imperiti homines periculum, quod ex fidejuſſione incurrunt, vel raro intelligant, vel ſibi imaginentur, fidejuſſorem potiùs dicis, quàm obligationis causâ conſtitui, & quæ ſimilia ſunt, quæ prudens, & diſcretus judex monere debet, ne plebei ſua inconſiderata facilitate cum Reipublicæ damno, liberorum, & familiæ ſuæ interitu inducantur, quæ omnia ab alieno judice de fidejuſſoris perſona, & patrimonio nullam cognitionem habente, fieri, & obſervari non poſſunt.

Notandum tamen eſt, quòd hic articulus non loquatur de certioratio- 13
ne, quæ neceſſaria eſt ad renunciationem beneficiorum fidejuſſoribus competentium, id eſt, beneficij ordinis, & excuſſionis, beneficij diviſionis, & beneficij cedendarum actionum: Quoniam, ut in præcedentibus ſufficienter exſplicavimus, quoad renunciationem horum beneficiorum ſpecialis renunciatio requiritur, ſive fidejuſſio fiat ab hominibus magnæ conditionis, ſive vilis, & exiguæ: Hìc autem agitur de certioratione ſolummodò facienda perſonis plebeis, non in actu renunciationis, ſed in actu fidejuſſionis, ex quo clarè apparet, cùm pro perſonis dignioribus in actu fidejuſſionis nulla certioratio neceſſaria ſit, ſed tantùm pro perſonis communibus, & vulgaribus, quantam ſtatuta noſtra Bavarica pro gente, & plebe communi ſollicitudinem habuerint, ne in detrimentum Reipublicæ per inconſideratas interceſſiones perniciem rerum ſuarum incurrant. Ad hanc ergò præcavendam etiam in ipſo actu fidejuſſionis, certiorationis neceſſitatem induxerunt, quâ tamen plebei homines in alijs contractibus, & conventionibus ſubinde longè majoris momenti, id eſt in emptionibus, permutationibus, & ſimilibus opus non habent, repetimus igitur priorem noſtram opinionem, ut ſollicitudini legis ſatisfieri poſſit, celebrationem contractus fidejuſſorij, ejus inſertionem ad protocollum, vel inſtrumentorum erectionem non ad promiſcuum quemlibet judicem alienum, ſed ad ordinarium magiſtratum pertinere. Quod importat ipſum verbum, quo utuntur ſtatuta noſtra, der Obrigkeit / tametſi enim non addant, der ordentlichen Obrigkeit / tamen id ipſum ſic intelligi debet, Weil ein frembder Richter deß Porgen Obrigkeit nit iſt.

Quid ſi autem de fidejuſſione conſtet, & illa coram ordinario magiſtra- 14
tu, vel protocollo inſerta, vel deſuper publicum judiciale inſtrumentum

ere-

erectum fuerit, nihil autem de certioratione facta, aut ex protocollo, aut ex instrumento publico constiterit, anne propterea fidejussio erit nulla, & invalida? Et putamus, fidejussionem firmam, & utilem esse, cùm præsumptio sit, ea, quæ judicialiter acta sunt, & sic certiorationem eo modo, quo articulus requirit, intervenisse, quæ præsumptio nostra opinione pro ordinarijs benè constitutis judicijs, & tribunalibus facilè quidem admitti potest; sed non pro quolibet alieno, & nescio quo rusticali, & angusto jurisdictionis districtu. Ut semper tutius sit, hanc fidejussionis controversiam ad ordinarium magistratum restringere, quàm ludibrio cujuslibet jurisdictionis exponere.

15 Jam suprà aliquando diximus, fidejussionem dupliciter fieri posse, vel per nudam stipulationem, & verborum obligationem personalem: Vel etiam pro majori securitate creditoris, constituto pignore: Aut hypotheca generali, vel speciali, quod articulus noster omninò approbat, & ideò hanc clausulam addit, quòd, si fidejussor suum jus emphyteuticum, vitaliticum, vel simile, quod in bono, vel prædio suo habet, pro fidejussione obligare, & hypothecare velit, illud facere debeat cum consensu domini sui directi, extra cujus concessionem talis obligatio fidejussoria quoad jura fidejubentis emphyteutica, vitalitica, & similia inefficax, & invalida sit: Ratio est clara, quia neque in alijs contractibus realis obligatio talium bonorum sine consensu dominorum directorum admittitur: Interim tamen, cùm juxta ea, quæ diximus in *Summario Processu ad Art. 4. Tit. 11.* jura emphyteutica, vitalitica, & similia, die Erb-Recht / Leib-Recht / veranlaitte Frey-Stifft / oder Herrn-Gunst / in executionem deduci possunt, nullo modo dubitamus, quin eadem executio etiam sine consensu domini in debitis fidejussorijs locum habeat, cùm nulla subsit ratio, quare quilibet rusticus, & colonus ex contractu mutui, locati, empti, & venditi, permutationis, aut quolibet alio personalem obligationem etiam ad hunc effectum contrahere possit, ut executio in ejus dominio utili, in seiner Gerechtigkeit / non obstante domino fieri possit, quare non idem etiam in fidejussorio contractu locũ habeat? Verba igitur articuli nostri, daß die Porgschafften nit giltig seyn mögen / solummodò intelligenda sunt quoad realem pignoratitiam, aut hypothecariam obligationem, non verò quoad personalem, ut alibi hanc materiam ad sufficientiam declaravimus.

16 Verùm altior quæstio est, an rustici, & cives plebei, sive vulgares huic dispositioni in favorem illorum introductæ, quòd obligatio fidejussoria non teneat, nisi sit facta coram magistratu, & judice (ut nos interpretati sumus) ordinario renunciare possint? Quod attinet ad simplicem renunciationem, articulus noster clarus est, quòd tales personæ simplices, & vulgares potestatem non habeant renunciandi huic exceptioni, quòd fidejussio judicialiter facta non fuerit, juxta verba, Unnd sollen die gedachte Persohnen von Bauern / unnd Burgern nit Macht haben / sich diser Einred / daß die Porgschafft vor Obrigkeit nit auffgericht / zuverzeyhen / oder versprechen / sich deren nit zugebrauchen. Et hoc etiam juri communi conforme esse judicamus, cùm enim ejusmodi homines simplices, & imperiti eâdem facilitate ad renunciationem induci possint, quâ inducuntur ad fidejussionem, in eorum potestate esse non debet, saluberrimam juris dispositionem facto renunciationis statim iterum annullandi, & infirmandi, vel potiùs eludendi. *l. doli exceptio. §. si versum. ff. de novationibus*; Nec obstat, si dicas, hanc dispositionem in favorem talium personarum factam, & consequenter communi regulæ juris locum esse, quòd quilibet favori pro se introducto renunciare possit: Nam ad hoc respondetur, hanc dispositionem potiùs concernere favorem, & utilitatem Reipublicæ, ut præmisimus, quàm horum hominum privatorum, cùm Reipublicæ intersit, ne per inconsideratas

ratas ejusmodi fidejussiones ad inopiam inducantur : Deinde hæc dispositio, ut fidejussiones talium personarum simplicium judicialiter fiant, est quasi de substantiali, & essentiali solennitate actûs, cujus immutatio in potestate privatorum non est: *l. jus publicum. ff. de pactis. & l. nemo potest. ff. de legat. 1.* Maximè, cùm articulus noster actum fidejussionis ab hisce personis extrajudicialiter factum nullum, & invalidum declaret, quem nulla renunciatio convalidare potest. *Tyraquell. de primogen. quæst. 24. n. 6.* Vid. *Gomez. tom. 2. cap. 13. de fidejuss. n. 17.* Ubi hanc sententiam pluribus rationibus, & juribus confirmat. *Thesaurus. decis. 222. n. 2.*

Quid si autem ejusmodi renunciationi juramentum accedat? *D. Balthasar.* hanc quæstionem *resol. 7. n. 17.* in utramque partem latè disputat, & 17
tandem concludit, fidejussionem juratam de jure canonico sustinendam, & servandam esse, quod tamen dubio non caret, nam plerique Doctores hujus opinionis sunt, quòd actus in favorem publicum principaliter prohibitus juramento confirmari non possit, prout videre est apud *Covar. in cap. quamvis. part. 1. §. 1. per tot. de pactis. in 6.* hanc prohibitionem autem plebeis hominibus de non nisi judicialiter fidejubendo magìs in favorem Reipublicæ, quàm privatorum factam esse, jam aliquoties in præcedentibus innuimus, licèt in consequentiam etiam privatorum utilitatem concernat, Sed nobis videtur hæc disputatio inutilis esse, cùm articulus noster talem 18
clausulam annectat, quæ per obliquum creditoribus frœnum injicit, ne tam facilè renunciationem hujus beneficij sint desideraturi, aut petituri, cùm in Vers: Wie dann / præter nullitatem actûs renunciativi etiam hoc disponatur, ut creditor, qui ex tali renunciatione contra fidejussorem prætensionem facere præsumit, in tantum puniri debeat, quanta est summa, pro qua fidejussio cum renunciatione facta est. Ex qua dispositione quilibet prudens Lector facilè conjiciet, illam non nisi ad excludendam juramenti vim, & efficaciam appositam fuisse : Nam ad prohibendam simplicem renunciationem hujus clausulæ adjunctione opus non fuit, cùm in libero arbitrio cujuslibet legislatoris sæcularis sit, eam annullare, & invalidare, sed, cùm juramentum dispositioni sæcularis jurisdictionis non subjaceat, & proinde Canonistæ Statuta Hispaniæ, & Lusitaniæ, quæ continent, ut in his regnis contractus sub juramento facti nullius momenti sint, & tabellio conficiens instrumentum privetur officio, prorsùs infirma, & inutilia esse pronuncient, ut videre est apud *Arrium Pinell. ad l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 3. num. 11.* ideò Statuta nostra Bavarica hunc modum invenerunt, ut creditori, qui renunciationem quamcunque ab ejusmodi imperitis hominibus sibi procurat, & ejus beneficio uti desiderat, pro æquivalenti summa obligetur; Sive igitur renunciatio fiat simpliciter, sive cum jurejurando, creditor, qui ex illa emolumentum quærit, in effectu nihil consequitur, nisi jactum retis vacuum, & inanem, & hæc fuit prudentissima consultatio Consiliariorum Principis, & legislatoris, qui, ut effugerent difficultates circa illas quæstiones, an contractus jure civili nullus vi juramenti convalidari possit? Item, an statuto, vel consuetudine omnis jurata conventio tolli, & abrogari possit? Prudentissimè suaserunt, ut metu pœnæ potiùs, quàm potestate legislatoria non directa, sed per obliquum impediatur.

Tria tamen adhuc circa istam clausulam examinanda sunt. Primum 19
est, an hæc pœna cedat fidejussori, qui cum juramento renunciavit, vel fisco Principis? Quòd fidejussori cedat, propterea videtur probabile, cùm, ut diximus, legislatoris intentio sit, ne plebei homines per inconsideratas fidejussiones emungantur, & depauperentur. Verùm, nobis videtur verius esse, quòd cedat fisco Principis, non tantùm propterea, quod regulariter pœnarum emolumenta ad fiscum pertineant jure regalium, sed vel maximè ex hac causa, quòd fidejussor extrajudicialiter fidejubendo, & constitutio-

ni hujus articuli renunciando plus, quàm ipse creditor delinquat, ut proinde dignus non sit, qui ex suo delicto prœmium consequatur: Nec excusat illum imperitia, aut imbecillitas animi, & judicij, quia secundùm dispositionem nostri articuli de periculo judicialiter certiorari debet: Sibi igitur imputet, quare certiorationem non admiserit, & se studiosè periculo exposuerit. Certè, si legislatoris intentio fuisset, ut hæc pœna fidejussori cederet, uno verbo res fuisset expedita, dicendo, quòd fidejussor loco pœnæ creditori inflictæ ab obligatione liberetur, quod tamen factum non est.

20 Alterum est, an vi juramenti taliter renuncians ad solutionem nihilominùs compelli possit, tametsi creditori postmodùm aufferatur pecunia, quam fidejussor solvit, & fisco applicetur? Et Respondemus, in tali casu priùs decidendas esse istas duas quæstiones, an non obstantibus ijs, quæ diximus, hanc juris nostri statutarij dispositionem magis publici boni causâ, quàm privatorum introductam esse, nihilominùs jurata renunciatio subsistat? Et secundò, an jurata renunciatio statutum sæculare, actum, & contractum annihilans, convalidet? Utraque quæstio pateretur fusam discussionem, sed, quia nobis videtur, quòd legislator noster censuerit, nec utilitatem Reipublicæ, nec annullationem actûs, & contractûs sufficientem vim, & robur habere, ad juramenti vires elidendas, ideò necessariò asserendum est, quòd creditori jus competat, fidejussorem juratum exigendi: Tametsi enim ex tali exactione nullam utilitatem consequatur, eò quòd brevi manu fisco dare debeat, quod à fidejussore recipit, nihilominùs tamen hæc est malitia hominum, ut per invidiam ab alijs extorqueant, quod ipsi retinere non possunt, tantùm, ut alteri noceant, non sibi prosint. Rectiùs planè fuisset constitutum, si uterque tam creditor, quàm fidejussor æquali censura fuissent habiti, cùm uterque peccaverit, fidejussor contra prohibitionem legis renunciando; & creditor ex renunciatione prohibita lucrum captando, vel saltem se indemnem servando.

21 Tertium est, quòd hæc pœna creditori incumbat non ex procuratione prohibitæ renunciationis, sed prohibitæ exactionis, juxta verba articuli nostri, **Unnd welcher Glaubiger sich solches Versprechens / oder Verzichts wolte wider den Porgen gebrauchen:** Ex quibus apparet, actum renunciationis non esse causam pœnæ, sed actum exactionis, quamdiu igitur creditor fidejussorem pro solutione non interpellat, & judicialiter convenit, putamus, ipsum à præstatione pœnæ immunem esse: Imò nobis persuademus, quòd creditor semper à processu recedere, & pœnitentiâ ductus eidem renunciare possit, cùm videatur articuli nostri intentio esse, ut à creditore solùm aufferatur, quod ex tali fidejussione nulla consequitur, non ut aliàs satìs afflicto, utpote à fidejussionis beneficio prorsùs excluso per commissionem pœnæ nova addatur afflictio.

Interim notetur ex hoc articulo, quòd duplex nullitas in tali fidejussione plebejorum committatur. 1. Per ipsam fidejussionem extrajudicialem: Et 2. per renunciationem: Prima nullitas continetur in primis lineis articuli, & secunda in postremis.

22 Sed quid dicendum est, annon tales plebei homines hoc beneficium alijs modis extra renunciationem amittere possint? V. G. Ut habemus in *1. Tit.* **der Land-Recht** / *Art. 14.* si talis plebeja persona pecuniam, sive donationem pro fidejussione acceperit, vel se diversis temporibus duabus, vel pluribus vicibus pro unico debito obligaverit: Ratio dubitandi est, quia etiam fœmina in ejusmodi casibus fidejubendo efficaciter obligatur, hinc versiculi antiqui ita habent.

Casibus in denis mulier spondendo tenetur,
Pro libertate, pro dote renunciat; Etsi
Decipiat, pretium capiat, caveátque secundo

Deben-

Debenti, si succedit, si debita cœpit,
Si minor est credens, si commoda propria gessit.

Clariùs proponimus, si V. G. rusticus, aut civis in rem, & utilitatem suam se obliget: Si negotium, in quo intercessit, ipsum contingat: juxta *l. aliquando. 13. & l. si mulier. 36. ff. ad S. C. Vellejanum*: Si emat, permutet, aut alium contractum faciat, non tam pro sua, quàm alterius utilitate, eò quòd rem statim in tertium transferat: juxta *l. 4. & 5. ff. ad S. C. Vellejan.* Si decipiendi animo pro alio intercedat, cùm sciret, se non teneri: juxta *l. si decipiendi. 30. ff. eod. l. 2. & l. si mulier. 23. eod.* Si post bienniũ à prima intercessione iterũ se obstringat: juxta dict: *l. si mulier. 32. Cod. ad S. C. Vellejan.* Si pro fidejussione pretium acceperit: juxta *l. 23. Cod. ad S. C. Vellejan.* Si intercessit pro pretio libertatis, dando domino manumittenti: juxta *l. veterum. 24. Cod. eod.* Si pro dote fidejussit: juxta *l. si dotarem. 12. Cod. eodem.* Et quinam alij hujuscemodi casus esse possunt, in quibus examinandis benevolo Lectori exercitium remittimus. Interim hoc 23
singulariter observandum esse, jam supra attigimus, quòd inter fidejussionem mulieris, & fidejussionem plebei hominis magna differentia sit; Cùm mulier ex fidejussione ipso jure obligetur, & ope tantùm exceptionis S. C. Vellejani ab obligatione eximatur; Fidejussio verò plebei, & privati hominis sit ipso jure nulla: Sicut igitur fidejussio mulieris pro marito facta, quæ ipso jure nulla est, centena geminatione corroborari non potest. *Auth. si qua. Cod. ad S. C. Vellejan. Novell. 134. cap. 8.* ita etiam plebejorum hominum fidejussio, quæ ipso jure nulla est, per geminationem sæpiùs repetitam nullam firmitatem acquirit, & sic etiam de alijs casibus dicendum est, quamdiu enim non tollitur nullitas, & actui ex alio capite firmitas supervenit, tamdiu regula in hoc articulo posita, quòd fidejussio horum hominum extrajudicialis non valeat, manet inconcussa.

Quæres, quænam hujuscemodi actui firmitas accedere possit? Re- 24
spondemus, pro exemplo, si pecunia, pro qua plebeja persona fidejussit, in ejus utilitatem sit versa, dict: *Auth. si qua mulier. Cod. ad S. C. Vellejan.* Vel, si talis fidejussor fiat hæres debitoris principalis, quamvìs in his duobus casibus rectè dici debeat, quòd fidejussor potiùs obligetur proprio nomine, quàm accessoriè, & in subsidium, & consequenter hic casus ad articulum nostrum non pertineat.

Ultimò addit articulus noster, quòd dispositio illius ad fidejussiones 25
extendenda non sit, quæ à plebeis fiunt extra Provinciam. Ratio per se clara est, quia in omni actu, & contractu, quoad ejus validitatem observandæ sunt solennitates, quæ requiruntur in loco, ubi contractus celebratur. *Gail. 2. observ. 123. n. 2. & seq.* Sed ex hoc reciprocè sequitur, si extraneus fidejubeat in Bavaria, vel fidejussionem in Bavaria pro se procuret, quòd requisita articuli nostri exactè observare debeat.

Pro coronide *D. Rath. in contin. differ. Jur. civil. & Bavar. assert. 69.* 26
talem casum ponit, si pro rustico, vel cive vulgari extrajudicialiter fidejubente persona nobilis, aut civis melioris existimationis, fortunæ, & fidei, ein vornehmer Burger / fidem suam veluti subfidejussor interponat, an etiam ille beneficio hujus constitutionis gaudeat? Ad cujus quæstionis resolutionem animadvertendum est, quòd D. Rath loquatur de profidejussore, quem nos supra ad *Artic. 1. hujus Tit. Vers. ultimò denique. cum Hering. & alijs.* nominavimus fidejussorem subalternum, sive succedaneum: Nam, si nobilis persona, aut civis præcipuus, sive melioris conditionis, cum rustico, aut cive plebejo, & exiguæ conditionis in fidejussione concurrat, sive postmodùm simultaneè fidejusserit, id est uno tempore, sive ex postfacto eidem, ut æquè primarius accesserit, certum est, quòd beneficio hujus constitutionis non gaudeat, cùm utriúsque obligatio, nempe nobilis,

& plebei, aut civis melioris, & præstantis, & civis vilis, & exiguæ conditionis diversa sit, & nulla alteri subordinata. Tametsi igitur articulus noster fidejussionem plebei hominis infirmet, non tamen infirmatur fidejussio nobilis, aut civis præstantioris, si ambo confidejussores sint æquè principales, ut ita quæstio de subfidejussore primario, ac fidejussore subalterno, & succedaneo tantùm intelligenda sit, quæ certè non exiguam difficultatem patitur; Pro qua resolvenda benevolus Lector recurrat ad *cit. Art. 1. Vers. ultimò denique, cum seqq.* Ubi diximus, inter fidejussorem indemnitatis, & fidejussorem subalternum (quamvis ejusmodi termini apud plures auctores confundantur, & pro synonimis accipiantur) magnam differentiam esse; Fidejussor enim indemnitatis propriè est, qui se obligat ipsi fidejussori primario ad ipsum indemnem servandum, si loco debitoris principalis ratione fidejussionis suæ damnum incurrat, fidejussor autem subalternus obligat se creditori pro majori securitate, si principalem fidejussorem non solvendo esse contingat, qui communis modus est obligationis, der Ruck-Porgen.

27 Quod attinet ad fidejussorem indemnitatis, ipse beneficio hujus constitutionis opus non habet: Ratio per se patet, quia, cùm principalis fidejussor ex fidejussione sua extrajudiciali non teneatur, utique fidejussoris indemnitatis obligatio extincta est, vel meliùs dicendo, nunquam convalescere potest, cùm in effectu conditionalis sit, si principalis damnum patiatur, quod ex obligatione sua nulla, pati, aut incurrere non potest.

28 Aliud dicendum est de fidejussore subalterno, von einem Ruck-Porgen/ quia talis obligat se creditori, ut proinde justum esse videatur, tametsi obligatio primarij fidejussoris ob defectum solennitatum nulla sit, & deficiat, quòd nihilominùs obligatio nobilis, & civis præcipui, quæ defectum solennitatum non habet, sustinenda sit; Cujus contrariū *D. Rath*, & post eum *D. Balthasar. loc. cit.* per textum in *l. si mulier. 16. §. si ab ea. 1. ff. ad S. C. Vellejan.* resolvunt. Ubi verba sequentia habentur: Si ab ea muliere, quæ contra S. Consultum intercessisset, fidejussorem accepissem, Gajus Cassius respondit, ita demum fidejussori exceptionem dandam, si à muliere rogatus fuisset: Iulianus autem rectè putat, fidejussori exceptionem dandám, etiamsi mandati actionem adversùs mulierem non habeat, quia totam obligationem Senatus improbat: Nam, quod lex de mulieris fidejussore dicit, se totam ejus obligationem improbare, cur non idem, inquit D. Rath, de rusticorum fidejussione ex Jure Bavarico dici possit? Maximè ne aliàs per fidejussiones nobilium constitutio eludatur, & rusticis nihil prosit, ex intercessione non teneri, si actione mandati contraria à subfidejussoribus efficaciter possint conveniri. Sed certè huic argumento fortiter opponi potest, quòd propterea juxta *dict. l. 16.* fidejussio illius, qui pro mulieris intercessione fidem suam interposuit, non teneat, eò quòd Senatus totam obligationem improbet, atqui in articulo nostro nihil tale invenitur statutum, ex quo deduci possit, etiam in intercessionibus rusticorum, & plebejorum hominum, si qua valida fidejussio accesserit, totam obligationem, id est ipsius rustici, aut plebei hominis, & simul etiam fidejussoris legitimè accedentis improbari; Ergo: Imò contrarium videtur ex sequentibus convinci posse: Putamus enim, inprimis certum esse, quòd, licèt rustici, & civis vulgaris fidejussio non pariat civilem obligationem, lege illam penitùs infirmante, tamen ex consensu rustici, vel civis nascatur naturalis obligatio, regula autem à Doctoribus communis statuitur, quòd fidejussor non tantùm obligationi efficaci, sed etiam inefficaci, id est naturali accedere possit. V. G. Quando filius contrahit cum suo patre, vel servus cum suo domino, vel etiam cum alio extraneo, prout sunt textus expressi. *§. in omnibus. Inst. de fidejuss. l. 2. l. 6. §. 2. l. 16. §. 3. l. 60. l. 70. §. 3. ff. de fidejussoribus. l. 13. ff. de condict. indeb. l. 14. in fine. ff. de pign. l. 9. & l. 10.*

ff. de

ff. ad S. C. Macedon. & alijs locis. Ita ut in casu, quo quis pro filia apud patrem, vel pro servo apud dominum, & extraneum fidejussit, sive intercessit, efficaciter teneatur, & ad solutionem compelli possit. *l. cùm fidejubeat. 35. ff. de fidejussor. Laiman. de pact. & contract. cap. 29. n. 1. Harprecht. ad §. 1. n. 4. Inst. de fidejuss.* Et ratio est, quia talis fidejussor hoc ipso accipitur, ut obligationem, si fortè ea non satis firma sit, sua accessione muniat, & sua fide valere jubeat, cùm in sponsionibus hoc præcipuè agatur, ut, quod personæ unius deest, per alteram personam suppleatur, & hinc dicit *Harprecht. loc. cit. n. 5.* Quòd talis fidejussor propterea ad solutionem rectè compellatur, quia sibi imputare debet damnum, quod ex hac obligatione sentit, cùm fidejussione abstinere potuerit, & quia in filio, & servo est defectus personæ, quæ obligationem facit inefficacem, non autem in fidejussore, meritò fidejussori nullum defectum habenti solutio incumbit, quæ omnia ad propositum nostrum casum pulcherrimè quadrant, cùm defectus in rustico, & cive, qui facit obligationem inefficacem, sit defectus in persona (propter impetitiam enim, & imbecillitatem judicij eorum fidejussio annullatur) qui defectus non reperitur in persona nobili pro rustico, vel cive communi interveniente, ergò similiter dicendum est, quòd nobilis sibi imputare debeat, quòd alterius obligationem inefficacem per intercessionem suam in se receperit.

Dices, inter casum nostrum, & D. Rathij differentiam esse: Nos enim loquimur de fidejussore, qui accessit principali debitori, cùm ponamus, servum, vel filium se ut principales obligâsse: D. Rath autem loquitur de muliere intercedente, pro qua tertius profidejussor intervenit: Respondemus, id quidem verum esse, sed nos planè non invenimus ullam rationem, quare fidejussor, qui naturaliter obligato, tanquam principali accessit, teneatur efficaciter, & non etiam, qui accessit fidejussori inefficaciter obligato, cùm sciamus, quòd fidejussor non tantùm principali obligationi, sed etiam accessoriæ accedere possit: Adeóque, quòd possit dari fidejussor fidejussoris. *l. Græcè. 8. §. fin. & l. si plures. 27. §. ult. ff. de fidejuss. Schneidew. ad §. in omnibus. n. 6. Inst. eod.* Si igitur fidejussor pro tali principali, qui naturaliter tantùm obligatus est, efficaciter tenetur, cur non etiam ille, qui accedit pro accessoriè tantùm, sed inefficaciter obligato? E. C. Communiter dicunt, si pupillus, qui intelligit, quod agit, absque auctoritate tutoris contrahit, eum saltem naturaliter obligari, per text: in *l. si pupillus. 31. ff. ad l. Falcid. l. cùm illud. 25. §. 1. ff. quand. dies leg. ced.* ita ut tali obligationi fidejussor accedere possit. *l. Marcellus. 25. ff. de fidejuss.* qui efficaciter obligetur. *l. pupillus. 59. ff. de obligat. & act. l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indeb.* Cur igitur non idem dicendum est, quando talis pupillus non quidem principaliter contraxit, sed accessoriè intercessit, & pro sua intercessione fidejussorem efficaciter obligatum constituit? 29

Inquies ulteriùs, quòd fortè D. Rath, si adhuc in vivis esset, libenter concederet, illum, qui pro intercessione pupilli fidejubet, efficaciter obligatum esse, eò quòd talis subfidejussor contra pupillum contrariam actionem mandati habere non possit, cùm, ut notissimum est, omnis obligatio pupilli, sive principalis, sive accessoria, quomodocunque sine auctoritate tutoris contracta inutilis sit: Si ergò inutilis est omnis contractus, etiam inutilis erit contractus mandati, & ex illo descendens actio mandati contraria, de qua *D. Rath. loc. cit.* valdè sollicitus est, ne aliàs per subfidejussionem rusticorum (ut verba ejus sonant) constitutio eludatur, & nihil ijs prosit, ex intercessione non teneri, si actione mandati à subfidejussoribus efficaciter possint conveniri. In effectu hæc oppositio firmiter stringit, si supponas, quòd rusticus intercedens à nobili subfidejussore, sive subalterno, & succedaneo actione mandati contraria conveniri possit, quia reverà

eluderetur constitutio articuli nostri ex fundamento, cùm id, quod directò fieri non potest, per collusionem principalis debitoris, & subfidejussoris facillimè everti possit. Sed tibi benevole Lector dijudicandum relinquo, an non rectissimè dici possit, quòd nobilis subfidejussor vi hujus nostri articuli actionem contrariam mandati nullo modo habeat: Ratio videtur esse satìs plana, quia actio mandati contraria nasci non potest, ubi non nascitur obligatio mandati, quia obligatio mater actionis est, deficiente igitur matre, deficit etiam filia: Sed certissimum nobis videtur, eo ipso, quòd statuta nostra virtute hujus articuli prohibuerint rusticorum, & plebejorum hominum fidejussiones, & quidem ob bonum Reipublicæ, ne facilè in perniciem rerum suarum inducantur, multò magìs etiam prohibuisse mandatum ad fidejussionem ab alio suo nomine efficaciter interponendam: Ratio rationis est, nam rusticis prohibetur fidejussio propter imperitiam, quia non comprehendunt, se tam facilè ex fidejussione detrimentū, & jacturam rerum suarum incurrere posse; At multò minùs intelligunt, quòd per alterius substitutionem ad suo nomine fidejubendum per actionem mandati contrariam (quæ ipsis instar apocalypsis est) in eandem foveam incidere, & ad solutionem compelli possint.

31 Instabis, in cit: *l. si mulier. 16. §. si ab eo. 1. ff. ad S. C. Vellejan.* ex Gaij Cassij resolutione satìs apparere, quòd mulier, quæ pro intercessione sua subfidejussorem dedit, actione mandati contraria obligetur, si alterum rogavit, sive, quod idem est, mandaverit, ut pro se subfidejubendo interveniat, aliàs enim talis subfidejussor beneficio Vellejani opus non habuisset. Sed ad hoc Respondemus, inter subfidejussorem mulieris, & inter subfidejussorem rustici, aut, quod idem est, civis vulgaris magnam differentiam esse. Mulieris enim intercessio (saltem pro extraneo facta) ipso jure subsistit: At fidejussio rustici ipso jure nulla est, ergò rusticus alium rogare, aut, quod idem est, eidem mandare non potest, ut sua interventione actum nullum in præjudicium ejus, id est rustici, & boni publici corroboret, ne per obliquum permittatur, ut paulò antè dictum, quod directè prohibitum est. Interim viro tantæ auctoritatis, & quondam Professori meo venerando ad cujuslibet judicium me facilè submittam, certè, qui pro rustico fidejubente intercedit, cùm sciat, illius obligationem esse nullam, nobis donare videtur, ut ei ad illudendam constitutionem publicam contra rusticum nullus regressus concedi debeat: Sibi enim imputet, cùm fidejusserit,& nostra opinione donaverit, cùm abstinere facilè potuerit.

Ex his, quæ ad articulum nostrum fusè dicta sunt, quilibet facilè unam, vel alteram differentiam juris communis, & juris nostri statutarij hìc deducere poterit, cui laborem libenter cedimus.

Diff.

Der Achte Articul.

Wirdet jemand Porg / der mag den Schuldner für den er Porg worden / nit zu jederzeit beklagen / daß er jhne der Porgschafft wider ledig mache / sonder er soll ein gebührende Zeit (wo keine bestimbt worden) nach Ermässigung deß Richters in der Porgschafft stehen vnd bleiben. Wo aber der Schuldner in der Zeit / die bestimbt worden / die Schuld nit bezahlte / oder zum Verderben hausete / oder der Porg eine lange Zeit in der Porgschafft gestanden / alsdañ mag der Porg jhne wol beklagen / daß er jhne von der Porgschafft ledig mache.

SUM-

SUMMARIA.

1. & 10. Quando fidejussio ipso jure exspiret, & quid si de certo tempore conventum, vel fidejussio sub conditione, aut ad diem inita fuerit?

2. Quid si nullum tempus præfixum sit, quamdiu duret?

3. Qui diu stat in fidejussione, an possit petere liberationem?

4. An non aliud sit, diu stetisse in promissione, & diu stetisse in obligatione?

5. An fidejussores officialis Electoralis teneantur, in fidejussione tamdiu stare, donec officialis moriatur, vel officio decedat?

6. Quid si debitor bona sua incipiat dilapidare, ita ut fidejussori periculum immineat?

7. Vel ex quibus adhuc alijs causis fidejussor liberationem à fidejussione petere possit?

8. Quid si fidejussor peregrè proficisci velit?

9. Aut inter illum, & debitorem inimicitiæ capitales oriantur?

11. Utrùm fidejussori necessaria sit actio ad liberationem, quando obligatio fidejussoria per solutionem, compensationem, delegationem, vel successionem fuerit sublata?

12. An fidejussor ad se liberandum necesse habeat, ut debitor principalis ipsi pecuniam subministret?

13. Si plures sint fidejussores, an liberatio ab uno petita etiam prosit reliquis?

14. Si fidejussor intercessit pro duobus correis, an possit agere ad liberationem contra utrumque, quando unus incipit bona sua dilapidare?

INter cœtera in præcedentibus de actione mandati contraria in medium allata dictum fuit, quòd fidejussor agere non possit adversùs debitorem principalem, antequàm creditori solvat, vel alio modo satisfaciat, & debitorem liberet. *l. si pro ea. 10. Cod. mandati. l. 14. in princ. l. 22. in princ. & §. 1. ff. mandati. Gail. 2. observ. 29. in princ. & seqq. Gomez. var. resol. lib. 2. cap. 13. num. 10.* Ne decipiatur debitor, si pro arbitrio fidejussoris nondum à creditore interpellati ad liberationem conveniri posset, & damno afficeretur, eò quòd alium fidejussorem tam citò, & commodè invenire non posset. *Gail. loc. cit. n. 1.* & *Manz. de fidejuss. cap. 6. n. 142.* Plures quidem hujus regulæ exceptiones DD. enumerant, noster autem articulus tres, vel quatuor, quos breviter examinabimus, & aliquas frequentiores superaddemus.

Prima est, si in fidejussione conventum fuerit, ut non diutiùs, quàm ad certum, & præfinitum tempus valeat. *Gail. loc. cit. vers. 4. fallit. Gomez. loc. cit. n. 10. vers. quartus:* Ratio est, quia pacta servanda sunt, & hoc in casu, fidejussor actione contraria mandati ad petendum, se à fidejussione liberari, opus non habet, cùm finito tempore fidejussio ipso jure exspiret: Videantur, quæ dicantur infra ad *Art. ult. hujus Tit.* Idem est, si fidejussio facta sit sub conditione, vel ad diem, tunc enim fidejussor liberationem petere non potest, quia ante eventum conditionis, aut existentiam diei nulla obligatio orta fuit, ubi autem nulla obligatio est, ibi nulla liberatio, sive exoneratio locum habere potest, debitor enim conditionalis, debitor non est, nec creditor conditionalis propriè creditor dici potest. *l. debitor. ff. de V. S. Gail. loc. cit. n. 7.* Quamvìs hæc inter utramque obligationem differentia sit, ut conditionis eventus sit prorsùs incertus, existentia verò diei certa, de quo paulò post ulteriùs dicemus. 1

Quando autem secundò, nullus terminus obligationi fidejussoriæ præfixus est, non est in arbitrio fidejubentis, ut à fidejussione statim iterum resilire, & ad liberationem agere possit, sed eidem incumbit, ut certo tempore in fidejussione duret, & persistat, quod articulus noster judicis ar- 2

bitrio

bitrio relinquit, ipſe enim conſideratis omnibus circumſtantijs congruum tempus moderari, & definire neceſſe habet, quo nec præcipitetur debitor principalis ad alium fidejuſſorem inquirendum, & ſubſtituendum, nec conqueri poſſit fidejuſſor, quòd ex diutiore fidejuſſionis protractione in rebus proprijs gravius incommodum, aut periculum patiatur. Ad hoc quidam biennium ſufficere autumant: Alij verò decennium requirunt, cùm hæc in alijs actibus habeatur pro meta longi temporis.

Et hinc tertiò, noſter articulus cum jure communi convenit, ut quis non teneatur perpetuò in fidejuſſione hærere, ſed liberationem petere poſſit, quando debitor ſolutionem nimis diu protraxit. *l. Lucius. 38. §. 1. ff.*
3 *mandati. Gail. loc. cit. num. 2.* Et hoc ſignificat diu ſtare in fidejuſſione, quando debitor ſolutionem de die in diem, & de anno in annum procraſtinat. *Afflict. in deciſ. Neap. deciſ. 241. n. 4.* Ubi dicit, illud diu non eſſe æſtimandum à diuturnitate obligationis, ſed ex mora principalis debitoris,
4 ſolutionem procraſtinantis. Et hinc etiam aliud eſt, diu ſtetiſſe in promiſſione, & diu ſtetiſſe in obligatione: V. G. Si quis pro evictione fidejuſſit, re nondum evicta, ad liberationem agere non poteſt, quamvìs fidejuſſio diu duraverit: *Gail. loc. cit. num. 7.* & *Gomez. dict. num. 10. verſ. ſecundò infero.* Quia talis promiſſio conditionalis eſt, ſcilicet, ſi res evincatur, undè tametſi fidejuſſor re nondum evicta diu dicatur in promiſſione ſtare, non tamen dici poteſt, diu ſtetiſſe in obligatione, cùm obligatio primùm ab evictione tanquam conditionis eventu dependeat: Sic, ſi quis pro tutore, vel curatore interceſſerit, non niſi finitâ tutelâ, vel curâ pro liberatione rectè agit, cùm primùm poſitis rationibus appareat, an tutor, vel curator pupillo, vel minorenni obligatus ſit, adeóque an fidejuſſor ſteterit tantùm in promiſſione, vel obligatione. *Gomez. loc. cit. verſ. tertiò infero.* Idem dicendum eſt de fidejuſſoribus Electoralium officialium noſtrorum: Notum enim eſt, quòd nemo ad officium qualecunque admittatur, niſi pro adminiſtratione ſua duos, vel plures fidejuſſores idoneos conſtituat, qui ſubinde uſque ad officialis obitum in fidejuſſione permanere compelluntur, eò quòd ante mortem officialium vix unquam ſciri poſſit, an reliquatores ſint, vel non, cùm dextrè rationes inter ſe commiſcere poſſint, novis ſemper reditibus antiquas reſtantias tegendo, vel occultando; Quam palliationem Electoralis Camera tam facilè non deprehendit, donec larvâ per mortem detractâ, univerſali calculatione per bilancem patefiat ulcus, ita ut non ſolùm miſera turba uxoris, & liberorum, ſed etiam fidejuſſorum, manus ſuper capita complodant, & genua Principis fatigent, ut aliquando in Conſilio Aulico dubitatum fuerit, cùm tali modo fidejuſſores in obligationem ignoranter incurrant, maximè, quando officialibus ſingulis annis, ut fieri conſuevit, de rationibus fideliter præſtitis, & reſiduo in contanti ſoluto, quietantiæ impertiantur, anné teneantur in fidejuſſione perſiſtere, donec
5 officialis officio decedat, vel moriatur? Vel annon ex hac ipſa cauſa, quòd per reliquorum ſuppreſſiones tot fraudes comittantur, fidejuſſores, qui ſatìs longo tempore, V. G. decem annorum ſpatio in fidejuſſione ſteterunt, juſtè liberationem, & exonerationem petere poſſint? Præſertim, quia articulus noſter utitur verbis, quòd is exonerationem petere poſſit, **Der lang in der Porgſchafft geſtanden** / quæ verba videntur importare, ſufficere longum tempus à tempore promiſſionis (ipſa enim fidejuſſio, promiſſio eſt) & non à tempore obligationis, ſive patefactæ reliquationis. Quid enim proderit tunc actio ad liberationem à fidejuſſione, quando fiſcus cum ſacco paratus venit, & à fidejuſſore officiali fortè ſolvendo non exiſtente, ut ſæpiùs vidimus, à fidejuſſoribus ſolutionem extorquet? His tamen non obſtantibus, 12. Febr. 1661. in Conſilio Aulico concluſum fuit, fidejuſſores non eſſe audiendos, qui ad exonerationem à fidejuſſione provocârunt eo

tem-

tempore, quo officialis nondum ut reliquator deprehensus, & condemnatus fuit, ex præcedente ratione, quòd talis fidejussio sit conditionalis, & proinde maneat tamdiu suspensa, donec officialis reliquator fiat, cùm ex conditionali fidejussione actio ad liberandum ex solo cursu temporis etiam longissimi non concedatur. *Gail. 2. observ. 29. n. 7. Mant. de tac. & ambig. convent. lib. 16. tit. 22. n. 27. Menoch. de arbitrar. jud. lib. 2. cent. 1. cas. 41. Gomez. loc. cit. cap. 13. n. 10. Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 546. n. 8.* Quod nobis satìs durum esse videtur, sed nihil ulteriùs addimus, cùm hodierno tempore fidejussiones omnes sublatæ sint, & quilibet officialis loco securitatis Principi certam, & determinatam pecuniæ summam solvere teneatur, quam ipse ab officio decedendo, vel ejus hæredes post mortem ab officiali successore recipiunt, intermedio verò tempore de reditibus officij sui sibi de legitimis usuris, sive censibus quinque per centum satisfaciunt, quæ dispositio æquissima foret, si non per obliquum pauperes, qui in fidelitate locupletioribus subinde non cedunt, ex defectu pecuniæ ab officijs excluderentur, vel certè ansam acciperent, à pauperculis rusticis, & subditis id, quod fidejussionis nomine Principi solverunt, per illicitas concussiones extorquendi.

Quarta exceptio est, si debitor principalis paulatim incipiat, non solvendo esse, vel bona sua dilapidet, & in talem prodigalitatem incidat, ut fidejussori periculum immineat. *l. 30. Cod. mandati. l. Lucius. 38 in fine. ff. eod. Gail. dict. observ. 29. n. 7. Gomez. loc. cit. n. 10. vers. tertius casus.* Ne fidejussori officium suum damnosum existat, cùm non teneatur, tantisper exspectare, donec omnia debitoris bona consumpta, & in fumum cinerémque redacta sint: Ut inquit *And. Gail. loc. cit. n. 8.* Non tamen quælibet modica, & parva prodigalitas, sive dilapidatio ad liberationem petendam statim sufficiens est, sed, ut diximus, talis, ex qua fidejussori periculum imminet. Idem *Gail. loc. cit.* Et si debitor principalis jam tempore fidejussionis dilapidator fuit, vel prodigus, fidejussori non succurritur, sed sibi imputare debet, quòd sciens, prudénsque pro tali decoctore intercesserit, & se ultrò necessitati exposuerit. Qui igitur ad liberationem à fidejussione agere vult, vel probare debet, prodigalitatem, & dilapidationem primùm post fidejussionem supervenisse, vel ab initio fuisse modicam, & ex postfacto ad exorbitantiam erupisse. Idem *D. Gail. loc. cit. n. 11. Manz. de fidejuss. cap. 6. n. 160. & seqq.* Quemadmodùm etiam, si dilapidator post modicam dilapidationem ad frugem redierit, periculo fidejussoris cessante, etiam cessat actio ad petendam liberationem à fidejussione, prout contra *Hering. de fidejuss. cap. 25. n. 64. Mant. de ambig. & tacit. convent. dict. lib. 16. tit. 22. n. 20. Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 1. cas. 41. n. 16.* benè concludunt, modò resipiscentia sit seria, & durabilis. 6

His tamen superadduntur etiam aliæ, utpote quintò, si fidejussor à creditore fuerit conventus, & ad solutionem condemnatus. *l. si pro ea. 10. Cod. mandati. cap. ult. x. de fidejuss. l. si fidejussor. 45. ff eod. l. si mandatur. 45. §. sed si. 4. ff. mandati. Gail. loc. cit. n. 12.* Idem dicendum, si debitor principalis fuerit conventus, & ad solutionem per sententiam condemnatus, in utroque enim casu imminet fidejussori periculum, cujus intuitu adversùs debitorem ad liberationem agere potest. *Gomez. loc. cit. n. 10. vers. secundus casus.* Item, si fidejussor ob moram rei principalis in carcerem missus fuit: Ratio est, quia detrusio in carcerem, species executionis est; Si igitur nudè condemnatus per sententiam actionem habet pro liberatione à fidejussione adversùs debitorem principalem, multò magis habebit actuali executioni subjectus. *Manz. loc. cit. num. 171.* Similiter, si quis non fuerit condemnatus, sed de proximo condemnandus, ut puta, si in causa jam fuit conclusum, & ad sententiam submissum, quia etiam tunc periculum fidejus- 7

jussori imminet, quod ei licentiam facit, debitorem principalem pro liberatione conveniendi. Idem *Gail. loc. cit. n. 13. Mant. de tacit. & ambig. convent. lib. 16. tit. 22. n. 11.* Idem esse volunt, quando fidejussor, vel etiam ipse debitor principalis instrumento quarentigiato, vel aliàs ex statuto paratam executionem habente conveniri potest. *Gail. loc. cit. n. 12. Gomez. loc. cit. n. 10. vers. ex supra dictis. Mant. loc. cit. n. 10.* Quamvìs id ab alijs non admittatur, quia fidejussor, si vel ipse quarentigiatam obligationem fidejussoriam in se receperit, sive debitori principali per quarentigium obligato accesserit, à principio scire potuit, processum ab executione incipi posse. *Manz. loc. cit. n. 167.* Et hinc etiam in fidejussore, qui de judicio sisti, & judicatum solvi obligatus est, actionem pro liberatione nullum locum habere, quidam existimant, utpote, quòd talis fidejussor scire potuerit, & debuerit, separatæ executioni subjectum esse. Idem *Manz. loc. cit. n. 170.* Vid: tamen, quid de fidejussore pro judicio sisti, & judicatum solvi interveniente ad *Art. 1. hujus Tit.* diximus. Si verò fidejussor fuerit conventus, & condemnatus, sed à sententia appellaverit, pro liberatione agere non potest, eò quòd in effectu non habeatur pro condemnato, cùm appellatio vires sententiæ suspendat. Idem *Manz. loc. cit. num. 12.*

8 Sextò, si fidejussor peregrè proficisci velit, & negotiorum causâ diu absfuturus est, hæc enim justa causa reputatur, ut ad exonerationem fidejussionis proclamare possit, ne intermedio tempore periculum incurrat. Idem *Gail. loc. cit. n. 15. Manz. n. 173.* Quod etiam in studioso obtinet, qui ad universitatem studiorum causâ proficiscitur. *Gail. ibidem. n. 15.* & in alio quovis fidejussore, cui ex necessaria, vel utili causa longinquum iter incumbit. *Manz. loc. cit. n. 176.*

9 Septimò, si inter debitorem principalem, & fidejussorem graves, & capitales inimicitiæ sine culpa fidejubentis oriantur; Talis enim fidejussor justam habet causam metuendi, ne ex debitoris facto detrimentum patiatur. Idem *Manz. loc. cit. n. 77.* Diximus, sine culpa fidejubentis, nam, si illi inimicitiarum causa imputari possit, per delictum suum conditionē suam meliorem facere non meretur.

10 Octavò, sicut supra diximus, fidejussionem extingui, quando determinata fuit ad certum tempus, ita, si inter debitorem principalem, & fidejussorem conventum fuerit, ut fidejussor ex nullo prætextu liberationem petere possit, sed in obligatione stare debeat, quoad usque debitum à debitore principali fuerit solutum, tunc actio ad liberationem non conceditur. *l. si pro ea. 10. Cod. mandati.* Quod nos intelligimus tantùm de hac articuli nostri dispositione, quæ loquitur de diuturna permansione, sive statione in fidejussoria obligatione. Ex hoc enim capite nostra opinione actio ad liberationem non competit, si in principio fidejussionis modo dicto aliud convenerit. At si debitor principalis ad petendam dissolutionem obligationis ex propria culpa, vel delicto causam dederit: V. G. si contra innocentem fidejussorem capitales inimicitias moverit, si exorbitantem dilapidationem, & prodigalitatem exercuerit, vel simile quid commiserit, quo se pacti primitùs initi indignum reddidit, nullo modo nobis congruum esse videtur, ut fidejussor à provocatione ad exonerationem à fidejussione impediatur, & malitiosus debitor ex delicto suo sublevetur.

11 Nonò, extinguitur ipso jure actio ad liberationem adversùs debitorem principalem, quando fidejussor solvit, vel pecuniam debitam judicialiter deposuit, vel cum consensu creditoris alium suo nomine delegavit, quamvìs minùs idoneum, & in effectu fidejussoriam obligationem novavit, vel debitum fidejussorium cum creditore compensavit: Ratio est, quia in his casibus, ut supra exsplicavimus, fidejussori competit actio mandati contraria,

ut

ut actio ad liberationem à fidejussione necessaria non sit. *l. accepta. Cod. de usuris. l. obsignata. Cod. de solut. Franc. de fidejuss. cap. 5. n. 593. & 594.* Similiter, si res in obligationem deducta interierit. *l. Stichus. 33. ff. de V. O. l. si certus. 37. ff. de solut.* Item per confusionem, quando creditor, & debitor sibi invicem, vel unus utrique succedit. *l. Granius. 71. ff. de fidejussor. l. debitori 7. Cod. de pactis. l. debitori. 50. ff. de fidejuss.* Si tamen successio creditoris sit permansura, & restitutioni non obnoxia. *l. non videtur. 31. ff. de R. J.* Et universalis, nam particularis successio confusionem non facit in totum, sed tantùm pro parte, pro qua quis hæres existit. Idem est, si tertius, ut dictum, creditori & debitori simul non ut hæres, sed alio modo successerit: V. G. si utriúsque bona fuerint confiscata. *l. Uraneus. 21. ff. de fidejuss. §. si sic itaque. 15. Inst. de action.* quia nemo sibi ipsi debere, aut obligatus esse potest. Item, si creditor fidejussori hæres existat, vel fidejussor creditori, nam per confusionem tollitur quidem obligatio fidejussoria, non verò principalis adversùs debitorem principalem. *l. generaliter. 5. ff. de fidejussoribus. l. si duo. 93. §. fin. ff. de solut.* Item donatio, præscriptio, eventus diei, vel conditionis, & alij modi, qui videri possunt apud DD. passim, maximè *ad principium tit. Instit. quib. mod. toll. oblig.* & apud *Gomez. tom. 2. cap. 13. n. 20.*

Actio autem, de qua loquimur, competens pro exoneratione à fidejussione non sic debet institui, ut debitor principalis fidejussori pecuniam subministret ad creditori satisfaciendum, quia plures alij modi sunt liberationis in debitoris principalis voluntate, & potestate constituti, V. G. alium fidejussorem surrogando, expromissorem constituendo, pignora dando, & similes. Petat igitur simpliciter liberationem, & curam relinquat debitori, & creditori ratione modi liberationis, quia ipsius interest fidejussoris, ut liberetur, nihil autem ipsius interest, quomodò liberetur: Hoc tamen certum est, si debitor trahat moram inutiliter, quòd ad liberationem condemnatus teneatur etiam de interesse moræ: Ratio est, quòd actio mandati contraria per ejusmodi condemnationem fidejussori oriatur, in quam venit, ut supra diximus, omne damnum, & interesse. *l. si quis ab alio. §. ult. ff. de re judicata. l. qui patitur. ff. mandati.* 12

Ad finem hujus articuli quæritur, si plures sint fidejussores, qui tamen non omnes ad liberationem agunt, sed solùm unus. V. G. Qui animadvertit, debitorem principalem per prodigalitatem, vel dilapidationem strenuè ad inopiam vergere, an sententia pro ipso lata etiam prosit cœteris fidejussoribus? Ad quod respondet *Hering. de fidejussor. cap. 25. n. 41.* quòd talis exemptio, sive liberatio soli petenti, non etiam ipsius confidejussoribus prosit, per text: in *l. fidejussor. 23. ff. de pactis.* Ubi Paulus apertè dicit, quòd fidejussoris conventio reliquis confidejussoribus nil opituletur, per rationem, quòd jura vigilantibus scripta sint, nec quidquam obesse dicit, tametsi videatur, confidejussorum interesse, ne alter per liberationem se à communi obligatione eximat, per rationem, quòd id sibi de jure licitum sit, qui autem utitur jure suo, nemini facit injuriam, & qui potest stare certò, rectè facit, si non stet in incerto. Maximè autem hæc sententia procedit, si plures confidejussores beneficio divisionis renunciârunt, tunc enim omninò cessat interesse, quod confidejussores ex comuni obligatione prætendere possunt. Idem *Hering. loc. cit. circa finem. n. 41.* 13

Quid si autem ècontra unus fidejussor intercesserit pro duobus correis principaliter obligatis, an, si unus correorum prodigaliter vivat, & ad inopiam vergat, fidejussor contra utrumque ad liberationem agere possit? Ita resolvit *P. Ludov. Molin. de contract. tract. 2. disput. 546. n. 10.* Ubi dicit, si aliquis fidejussor pro duobus correis debendi existat, & unus eorum incipiat, bona sua dilapidare, quòd possit agere contra utrumque, 14

ut ipsum liberent à fidejussione: Addit tamen, id verum esse, quando fidejussori exinde periculum immineret: Quid si enim alter ex debitoribus frugaliter vivat, & locuplex sit, ita ut fidejussor per beneficium excussionis se indemnem servare possit? Non videtur ei concedenda actio adversùs correum frugaliter viventem, & solvendo existentem.

Der Neundte Articul.

OB gleich ein Selbstschuldner / auff ein gewise Zeit zubezahlen schuldig ist / vnnd der Glaubiger jhme länger Zahlungs-Fristen gibt ohne Vorwissen deß Porgens / so ist doch der Porg seiner Porgschafft deßhalben nit ledig / Es hätte dann der Porg in seiner Porgschafft außgetragen / daß nach Erscheinung der gesetzten Zeit / der Glaubiger die Schuld einforderen / vnnd länger nit warten soll / dann er gedencke alsdann nit länger Porg zebleiben; In solchem Fall / wo der Glaubiger länger Fristen gibt / ist die Porgschafft erloschen.

SUMMARIA.

1. *An fidejussores à fidejussione liberentur per prorogationem termini ad solutionem constituti à creditore factam sine illorum consensu?*
2. *Quid de jure Bavarico circa istam quæstionem statuatur?*
3. *Si creditor debitori expresse denunciet, quòd illi ulteriorem fidem habere nolit, posteà novam dilationem concedat, an non censeatur facta novatio?*
4. *An fidejussor etiam teneatur ad usuras in termino prorogato decursas?*
5. *Si quis pro officiali Principis ad certum tempus fidejusserit, an liberetur ab obligatione elapso termino, licèt administratio officij in plures annos prorogata fuerit?*
6. *Quid dicendum, si quis fidejusserit pro publicanis, sive octavarijs?*
7. *Quid si pro conductore privato?*
8. *Quando fidejussor novæ prorogationi præsens est, & non contradicit, licèt antea protestatus fuerit, se post lapsum termini ampliùs obligatum esse nolle, an non censeatur refidejussisse?*

AUdivimus in præcedenti articulo plures casus, in quibus fidejussio, vel ipso jure extinguitur, vel certè fidejussori, tametsi creditori non satisfecerit, actio ad impetrandam liberationem à fidejussione competit:
1 Nunc in hoc ultimo articulo famosa illa, & inter DD. maximè controversa quæstio tangitur, an prorogatione termini ad solutionẽ constituti à creditore facta, sine fidejussorum consensu, illi à fidejussione liberentur? Circa quam tot reperiuntur opiniones, & distinctiones, quot ferè sunt capita, ita ut vix unum ex auctoribus aperuerim, in quo non diversam sententiam, sicut in polybo, aut in stellione diversum colorem invenerim. D. Balthasar principaliter ad tres classes reducit. Affirmantium, qui per prorogationem debitori principali factam sine consensu fidejussorum, liberationem contingere autumant, inter quos est principalis *D. Gail. lib. 1. observ. 91. n. 22.* Ubi regulam generalem ponit, quòd tempus prorogatum non possit dici idem tempus, quando de præjudicio tertij agitur. Negantium, quòd scilicet fidejussores per prorogationem termini nullo modo liberentur, sed nihilominùs etiam post lapsum primi termini tamdiu maneant obligati, donec creditori plenariè fuerit satisfactum. *Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 13. num. 19. Gabriel. commun conclus. lib. 3. de fidejussor. conclus. 3.* Et denique distinguentium: An scilicet fidejussor ab initio absque certi temporis deter-

terminatione simpliciter datus sit, vel utrùm se tantùm ad certum, & determinatum tempus: V. G. anni, biennij, obligaverit. *Mynsing. cent. 6. observ. 35. Fachin. controv. jur. lib. 2. cap. 88. Berlich. part. 2. concl. 25. n. 18.* Textus juris, & rationes singularum opinionum diligenter examinat *Dom. Balthasar. loc. cit. resol. 9. per tot.* quò Lectorem remittimus, ne crambem bis coquamus. Superest igitur solummodò hoc, ut examinemus, quid hac de re articulus noster statuat.

Et inprimis dubium nullum est, quin articulus noster negativam opinionem apprehendat, quòd scilicet is, qui pro debitore ad certum tempus duntaxat obligato simpliciter intercedit, non liberetur, tametsi creditor post terminum finitum eidem debitori inscio fidejussore ulteriorem prorogationem concedit, cujus rei tres rationes assignat *D. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Bavar. assert. 70.* Prima est, quòd in confesso sit, fidejussorem simpliciter datum ad omnem causam, & casum obligari, donec creditori plenè satisfiat. *l. quaero. 54. ff. locati.* & *l. si quis. 36. §. si nummos. ff. de fidejuss.* Secunda ratio est, quòd prorogatio termini, quae à creditore debitori principali conceditur, non debeat extendi ultra intentionem concedentis, concedentis autem intentio fuit, soli debitori moram indulgendi, non fidejussorem ab obligatione sua liberandi. Tertia ratio est, quòd hodierno jure novatio ampliùs non inducatur, nisi partes id apertè expresserint. *l. fin. Cod. de novat.* Quae expressio in praesenti controversia non praesupponitur. Addit D. Rath adhuc quartam rationem subtilem, dicendo, quòd fidejussor pro debitore ad certum tempus, & pro certa quantitate obligato, duo in effectu promittat, nempè, quòd velit esse obligatus ad solutionem debitae quantitatis, & secundò, ad solutionem in termino praefixo faciendam; Tametsi igitur creditor prorogando terminum debitori, fidejussorem ab obligatione, quam priùs pro certo termino ad solutionem habuit, liberet, cùm beneficium ipsi principali debitori indultum regulariter etiam in fidejussorem redundet, non tamen liberatur ab obligatione, quam ex fidejussione ad solutionem certae quantitatis contraxit: Sed, ut verum fateamur, haec ratio non videtur multùm stringere, si cum plurimis DD. dicamus, quòd primus terminus limitandae, tollendae, aut finiendae obligationis causâ adjectus fuerit, tunc enim ista separatio, quam D. Rath inter obligationem ad solutionem, & obligationem ad termini observationem facit, inutilis est, cùm post lapsum termini tota obligatio fidejussoria extinguatur: 2

Tota igitur substantia dependet ex hoc, ut cognoscatur, an prior terminus tollendae obligationis causâ adjectus, & pro taliter adjecto à fidejussore habitus fuerit, vel non? In quo indagando DD. se multùm fatigant: Rem autem articulus noster claram, & expeditam facit, dum expresse disponit, fidejussorem simpliciter accedentem etiam pro termino prorogato teneri, nisi fidejussioni suae hanc declarationem expresse adjunxerit, quòd post illud tempus ampliùs teneri nolit. Es hätte dann der Porg außgefragen / daß er nach Verscheinung der gesetzten Zeit / nit länger Porg zubleiben gedencke. Ex quo deducimus, quòd tali declaratione deficiente fidejussor habeatur pro simpliciter obligato, ita ut per prorogationem à creditore principali debitori factam fidejussor maneat obligatus: Et hujus opinionis videntur esse *Mynsing. cent. 6. observ. 53. Hartman. Hartm. lib. 2. tit. 30. observ. 6. n. 4. & seqq. Fachin. lib. 2. cont. cap. 88.* Ut proinde semper praesumptio sit adversùs fidejussorem, qui intercedendo obligationi suae apertiorem legem non dixit, quòd usque ad plenam solutionem, & satisfactionem creditoris in obligatione manere voluerit.

Et hoc in tantum extenditur, tametsi creditor debitori expresse denunciaverit, quòd illi ulteriorem fidem habere nolit, Hat jhme das Gelt 3

auffgekündt / vnd sagen lassen / daß er jhme nit weiters porgen wolle. Quamvis enim per ejusmodi denunciationem antiqua obligatio magis videatur esse finita, & per concessionem novæ dilationis ad preces debitoris nova etiam obligatio introducta, tamen, cùm novatio, ut paulò antè diximus, non præsumatur, dici debet antiqua obligatio remanere, nisi expresè inter partes actum, & conventum sit, ut antiqua obligatio habeatur pro extincta, & per prorogationem inducatur novatio. *Gail. lib. 2. observ. 30. n. 4.* Ubi hoc quoque addit, quòd, si in prima obligatione dati fuerint fidejussores, & in secunda obligationis renovatione iterum alij de novo superadditi, quòd utrique sint obligati, & hoc in praxi diligenter observandum esse monet, eò quòd multi fidejussores opinione factæ novationis miserè impingant, & decipiantur. Vid. etiam *Thesaur. decis. 125. in fine.*

4 Illud autem nullam difficultatem habet, si obligatio fidejussoris se extendit ad terminum debitori principali ad solutionem indultum, quòd illa non solùm comprehendat summam capitalem, sed etiam usuras tam in primo termino, quàm in termino prorogato decursas: Ratio est, quia idem juris est de accessorio, quod statuimus de principali. *D. Rath. loc. cit. ass. 70.* Sicut ècontra fidejussor, qui obligationẽ suam ad terminum debitoris principalis primævum expresè restrinxit, nec ulteriùs se obligatum fore professus est, tam quoad sortem principalem, quàm quoad usuras, & præstationes futuras immunis est, licèt à præteriti temporis pensionibus non liberetur, eò quòd hæ jam semel cesserint, & quidem intrà illud tempus, ad quod fidejussor se simpliciter obligâsse præsupponitur. Ratio est, quia singulorum annorum præstationes separata sunt debita, quæ ergò decursæ sunt intrà terminum præstitutum, fidejussori incumbunt, non quæ post terminum ulteriùs cedunt. *Manz. loc. cit. n. 113.*

5 Pulchram hîc D. Balthasar occasionaliter annectit quæstionem de officialibus Principum, & eorum fidejussoribus; Diximus enim supra ad *Art. præced.* quòd fidejussor alicujus officialis liberationem à fidejussione petere non possit ex eo capite, quòd diu in fidejussione steterit, eò quòd fidejussio talis in effectu sit conditionalis, si scilicet positis rationibus officialis inveniatur reliquator, & Principi ex administratione sua obligatus; Hîc autem *n. 7.* D. Balthasar videtur concludere, quòd, si quis pro officiali ad quinquennium obligato fidejusserit, fidejussoris obligatio post lapsum quinquennij exspiret, quod prioribus principijs nostris expresè contrarium esse apparet. Quid si intrà quinquennium non fuerit reliquator, annon exspirat obligatio fidejussoris, antequàm incipiat? Et quare fidejussorio nomine pro privato ad certum terminum obligatus tenetur ad prorogationem termini, & non etiam fidejussor officialis, cui à Principe prorogatio officij facta est? Cùm utique fidejussiones privatorum non debeant esse favorabiliores, quàm fidejussiones rerum publicarum. Allegat quidem *D. Balthasar. Colerum de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 352.* qui ibidem exemplum de se ipso adfert, quòd pro alicujus officialis rationibus spoponderit ad tempus anni, & dicit, post lapsum hujus termini fidejussionem fuisse finitam, ita ut eam post prorogationem officij repetere debuerit, addens rationem, quòd tempus anni non fuerit præfixum ad differendam solutionem, sed ad finiendam obligationem. Sed, cùm vi articuli nostri terminus finiendæ obligationis causâ nunquam præsumatur appositus, nisi fidejussor ad certum, & determinatum tempus, V. G. annum, vel biennium, se solummodò obligaverit cum declaratione, quòd post illud tempus ampliùs teneri nolit, Colerus autem de tali declaratione in sua facti specie nihil meminerit, ideò hîc officialibus nihil speciale attribuimus: Sed putamus, si quis pro officiali ad certum tempus, V. C. ad annum, vel biennium fidejusserit, cui deinde administratio officij in plures annos prorogata est, quòd fide-

jussor

jussor ab obligatione sua non liberetur, nisi in prima fidejussione expressè protestatus fuerit, quòd post finitum primum terminum unius anni, vel biennij ampliùs obligatus esse nolit, & proinde omissa hac protestatione, sive declaratione repetitio fidejussionis necessaria non sit: Regula enim articuli nostri universalis est pro omnibus fidejussionibus, & propterea nostra opinione ad hunc finem posita, ut Doctorum contentiones, & tricæ uno ictu rescindantur: Quam pragmaticam sanctionem Patriæ nostræ sapientissimi legislatoris consilio datam jam dudum desideravit *Joan. Köppen. decis. 40. num. 3. post principium.* Hæc autem, quæ de officialibus Principis diximus, intelligenda non sunt de Publicanis, sive Octavarijs, ut vocantur in *l. si cùm Hermes. 7. Cod. de locato, & cond.* qui plerumque reditus gabellarum, & vectigalium in certos annos pro certa quantitate pecuniæ conducunt, & pro servando contractu conductionis fidejussores præstant: Prout ante paucos annos in Patria nostra omnia vectigalia terrestria, & aquatica plus offerentibus pro annua certa pensione, sive mercede locata fuerunt, talis enim conductor, si pro uno, duobus, vel pluribus annis determinatis fidejussores constituerit, sub supradicta regula articuli nostri non comprehenditur, juxta dict: *l. si cùm Hermes. 7.* Ubi hæc verba habentur, si, cùm Hermes vectigal octavarum conduceret in quinquennium, fidem tuam obligâsti, posteàque spatio ejusdem temporis expleto, cùm idem Hermes in conductione, ut idoneus detineretur, non consensisti, sed cautionem tibi reddi postulâsti: Non oportere, te de posterioris temporis periculo adstringi, competens judex non ignorabit. Si *D. Balthasar.* & *Colerus. loc. cit.* de ejusmodi officiali conductore loquuntur, nihil contradicimus, cùm textus allegatus sit per se clarus, cujus decisionis etiam ratio est, quia in tali conductione tot sunt quodammodò obligationes, quot sunt anni numero distincti: Non est igitur mirum, si fidejussor pro certo numero annorum obligatus, illis elapsis ampliùs non teneatur, quia in singulos annos quasi nova reconductio facta fuisse videtur: Et hinc, quod in dict: *l. si cùm Hermes. 7. Cod. locati.* de Octavario, sive Publicano disponitur, in *l. item quæritur. 13. §. qui impleto. 11. ff. locati.* invenitur etiam dispositum de privato conductore, qui remanet in possessione, quia talis reconduxisse præsumitur, & consequenter ejus nova obligatio ad priora pignora, & fidejussores non extenditur. *D. Rath. loc. cit. assert. 72.* Aliud dicendum est de officiali, cui officium non ex locato, sed ex mandato committitur: Tametsi enim ab initio tantùm restrictum fuerit ad certum tempus, si tamen fidejussor in obligatione sua non expressè se declaraverit, quòd ultra illud tempus noluerit esse obligatus, obligatio fidejussoria manet, cùm lapsus solius temporis illam non perimat, nisi hac protestatione, & declaratione ab initio obligationis adjuncta.

6

7

8 Sed quid si fidejussor officialis, vel alicujus privati, quando conceditur debitori, sive reo principali post priorem terminum elapsum nova prorogatio, fuerit præsens, & non contradixerit, annè propterea censetur refidejussisse, sive fidejussionem suam prorogâsse, tametsi priùs expressè protestatus fuerit, se post lapsum termini ampliùs obligatum esse nolle? Et ex eadem ratione dicimus, quòd non: Cùm prorogatio faciat in effectu novam obligationem, cui fidejussor sine sua voluntate ulteriùs implicari non potest: Nec quidquam prodest, si dicas, cur fidejussor non contradixerit, cùm sua contradictione actum facilè impedire potuerit. Nam ad hoc Respondetur, quòd actum inter creditorem, & debitorem prorogatione renovatum, fidejussor nec tacendo, nec contradicendo impedire potuerit: Tamdiu igitur non tenetur ampliùs, quamdiu pro illius securitate per expressum novam voluntatem, & stipulationem non intercesserit.

Inte-

Interim hoc verum est, si debitor principalis jam ante lapsum primi termini inidoneus, & non solvendo factus esse legitimè probetur, quòd fidejussor per concessam ulteriorem prorogationem à fidejussione non liberetur, juxta ea, quæ priùs diximus, cùm in effectu obligatio fidejussoris ad solvendum jam cœperit eo tempore, quo adhuc in obligatione stetit.

Deß XV. Tituls

Von Pfandung / vnnd Pfand-Recht.

Erster Articul.

Es soll kein Richter/ noch Beambter/ auch weder Schergen/ noch ander jhre Diener jemand pfänden/ noch pfänden haissen/ es sey dann erthailt/ oder mit dem Gericht also ferr kommen/ daß der/ den Mann zu pfänden begehrt/ der Schuld bekändtlich/ oder wissentlich schuldig worden sey.

SUMMARIA.

1. *Qualis sit constitutio Imperialis pignorationis?*
2. *Quotuplex sit species pignorationis usitatæ in Patria nostra?*
3. *Quotuplicis generis sint subditi?*
4. *Qualis differentia sit inter pignorationem, quæ fit à judice pro executione, & illam, quæ fit à privato pro tuitione juris sui?*
5. *An pro debito confessato, liquido, & notorio detur pignoratio judicialis de jure Bavarico?*
6. *An detur ante litem motam?*
7. *In quo differant pignoratio, & arrestum?*
8. *An hæc pignoratio jus reale, & hypothecæ tribuat?*
9. *Utrùm servi judiciarij possint pignorationem facere propria auctoritate, vel tantùm ad jussum judicis?*
10. *Si judex pignorationem injustam faciat, annon committat spolium?*
11. *An pignoratio tantùm possit fieri in debito confessato, & notorio, vel etiam in alijs?*

INscribitur hic titulus de juribus pignorationum, & pignorum, sive hypothecarum, von Pfandungen / vnnd Pfand-Rechten. De constitutione
1 pignorationis Imperiali nobis hic sermo non est, cùm ea tantùm locum habeat inter Principes, ordines, sive Status, & Nobiles Imperio immediatè, & principaliter subjectos, qui plerumque ob turbatam jurisdictionem, vel possessionem alicujus juris, V. G. piscandi, venandi, aucupandi, &c. coadunatis hominibus ad arma convolant, & pacem publicam turbant, pro qua conservanda quidem plura remedia in constitutionibus Imperialibus adinventa, & introducta sunt, maximè autem hæc constitutio, quæ vocatur pignorationis, de qua integrum tractatum scripsit And: Gail, qui, si Le-
2 ctori placet, videri potest. In nostra Patria hæc constitutio necessaria non est, ob suprematum Principis ejusmodi exorbitantias inter subditos Provinciales quoscunque severissimè prohibentis: Sed aliæ in Patria nostra, & præcipuè duæ species sunt pignorationis consuetæ, & usitatæ. Prima est, quæ fit plerumque à rusticis, & oppidanis, quando vicini sibi invicem per omnis generis pecudes, armenta, & equitia in hortis, pratis, agris, vel etiam per vecturas, & plaustra, vel simili modo damna inferunt, tunc enim pars læsa pro signo damni dati unum, vel alterum ex noxijs animalibus, vel aliquid de plaustro, sive vectura apprehendit, & ad judicium defert,

fert; ubi pars rea condemnatur in id, quod partis læsæ intereſt, & ad arbitrium judicis pro qualitate temeritatis, & aliarum circumſtantiarum eidem congrua pœna infligitur. De quo in ſubſequentibus plura videbimus, maximè ad *Tit. 27. Art. 7. & 8.* der Land-Recht.

Altera ſpecies pignorationis eſt, quæ competit dominis in ſubditos ſuos. 3
Subditi autem, de quibus hîc loquimur, ſunt duplicis generis: Utpote 1. qui alterius juriſdictioni ſimplici, ſive baſſæ ſubjecti ſunt: Et 2. qui ratione juriſdictionis dominis ſuis emphyteuticis, & ſimilibus non ſubjacent, ſed ratione tantùm bonorum ſuorum, quæ poſſident. Qui alterius dominus juriſdictionalis eſt, ſubditos ſuos refractarios, & contumaces per modum pignorationis, & arreſtationis ad ſervitia, & alias præſtationes debitas coercere, & ad obedientiam compellere poteſt: Et hæc pignoratio in effectu modus eſt executionis. Tametſi autem alteri dominorum generi, qui juriſdictionem non habent, ſed ratione prædiorum, quæ alijs colenda concedunt, pro diverſitate jurium dominj directi emphyteuticarij, vitalitici, cum vel ſine modificatione, ſuperficiarij, & alijs ejuſcemodi nominibus appellantur, nulla juriſdictio in ſubditos ſuos, id eſt prædiorum poſſeſſores competat, & conſequenter nullum actum executionis exercere poſſint, nihilominùs tamen ex antiqua conſuetudine Patriæ noſtræ talibus dominis directis, denen Sack-vnnd Grund-Herrn / hoc indultum eſt, ut ſubditos ſuos pro quantitate præſtationum dominicalium pignorare poſſint: De quo præcipuè agit *Artic. 40. & ult. part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit / & *Artic. 2. & 3. hujus Tit.* Alia pignoratio etiam dicitur, ein Pfandung/ quando pro executione rei debitæ à judice pignora capiuntur. Et hæ pignorationes à prioribus multùm differunt, cùm per has eo modo, quo ſequitur, jura pignoratitiæ obligationis realis inducantur, in prioribus autem non niſi jus cuſtodiæ, & ſecuritatis acquiratur. Et hinc eſt, quòd inſcriptio articuli 4
noſtri bimembris ſit, von Pfandungen / vnnd Pfand-Rechten. Pignorationes, die Pfandungen / propriè ſunt illæ apprehenſiones, quæ fiunt pro tuitione juris alicujus, & nullum jus reale inducunt. E. C. *Si* quis ruſticus pecora nociva in pratis, & hortis capiat, & detineat, ſi aurigæ inſolitam viam ſuper fundo ſuo uſurpanti manus injiciat, & non dimittat, donec de plauſtro, ſive vectura aliquid pro ſigno damnificationis relinquat, quo in judicio damnificationem verificare poſſit, &c. tales enim apprehenſiones pignoranti nullum jus reale conſtituunt, ſed damnificantem ſolumodò obligant, ut coram ordinario magiſtratu loci comparere, & pro qualitate culpæ mulctam, & intereſſe ſolvere debeat: Aliud eſt in pignoratione, quæ à judice fit, pro executione rei judicatæ, vel debiti liquidi, quoniam talis pignoratio jus reale hypothecæ parit, ut ad *Art. fin. hujus Tit.* plura dicemus, & potiora jam de ſpeciebus pignorum, & hypothecarum in exſplicatione Proceſsûs Edictalis exſplicavimus: Erit igitur nobis exſplicatio hujus tituli brevior, & pro meliori intellectu ſingulos articulos ordine percurremus.

Ad primum igitur articulum apparet, ibidem ſermonem eſſe de pignoratione vera, & judiciali, quæ à judice, & magiſtratu ordinario fit per ſatellites, & ſervos judiciarios ad executionem rei judicatæ, vel certè debiti liquidi, notorij, vel confeſſati, quæ verba formalia ſunt articuli noſtri. Tametſi enim de jure communi ab executione nunquam incipiendum ſit. *l. 1. Cod. de execut. rei judic. l. ne quidquam. §. ubi decretum. ff. de re judicata.* Adeò ut, tametſi cognitio ſuper re litigioſa jam præceſſerit, ſed lis adhuc pendens, aut ſententia per appellationem ſuſpenſa ſit, omnia debeant in priore ſtatu relinqui, nec quidquam innovari poſſit. *l. un. ff. nihil nova. appell. & l. un. Cod. in integ. reſtit. poſtul. ne quid. &c.* Articulus tamen noſter pignorationem admittit, quando res in judicio eò devenit, ut reus con- 5

ventus debitum confiteatur, vel illud aliàs liquidum, & notorium existat, quæ circa jus commune, & jus nostrum statutarium notabilis differentia est. *Diff.*

Ex hoc tamen articulo pauca notanda sunt. Primum est, quòd ille loquatur de pignoratione judiciali, in quo hæc pignoratio differt à pignoratione, quæ fit à rusticis, & privatis hominibus ex alijs causis, ut supra diximus, propter damnificationes in hortis, pratis, agris, segetibus, pascuis, &c. commissas; In itinere, via, vel alia servitute injustè usurpata, &c. & quæ fit à dominis contra refractarios, contumaces, inobedientes subditos, canonum, & aliarum præstationum dominicalium reliquatores, &c. quoniam plerumque ille modus procedendi non est judicialis.

6 Secundò, quòd articulus præsupponat, litem jam fuisse cœptam, ex quo deducitur, quòd ante motum litis pignoratio fieri non debeat, in quo altera est differentia inter pignorationes rusticorum, de quibus antè diximus, & pignorationes has judiciales, quia rustici, & privati homines pignorationem faciunt ad fundandum judicium, ne damnum inferentes se jurisdictioni, ubi deliquerunt, subdolè subducant, & petitores eludant, hîc autem per pignorationem agitur de auctoritate judicij, ut executioni demandari possit, quod dijudicationi subjacet.

Et hinc tertiò, pignoratio fieri prohibetur, nisi litigium jam sit in eo statu, ut de debito liquido, notorio, vel confessato constet.

7 In quo quartò inter pignorationem, & arrestum differentia est, cùm pignoratio fieri non possit, nisi in debitis liquidis, notorijs, & confessatis, arrestum verò etiam in illiquidis, & à debitoribus nondum confessis, modò actor verisimilem prætensionis suæ speciem faciat, **Da der Kläger einen glaubwürdigen Schein / vnd Anzaig seiner Anforderung macht** / juxta *Tit. 19. Artic. 8.*

Et hæc ipsa, pro quinta observatione, causa fuit, quòd in *Processu Edictali Tit. 2. ad Artic. 24.* arrestis nullum jus reale pignoris, & hypothecæ tribuerimus, quamvìs ea pignoribus judicialibus suo modo non denegaverimus: Ratio est, quòd arresta decernantur etiam in illiquidis, ut ad *Tit. 19. Art. 8.* pluribus dicemus, juxta articulum verò nostrum pignorationes admitti non possint, nisi in liquidis, notorijs, & confessatis.

8 Dices pro sexto, ex ijs, quæ diximus ad *Tit. 2. Art. 24. Processûs Edictalis*, quidem clarum esse, quòd pignora, quæ pro executione rei judicatæ capiuntur, jus reale hypothecæ tribuant, quia verò articulus noster non loquitur de pignoratione, quæ fit in causam judicati, sed tantùm quæ fit lite adhuc pendente, videtur talis pignoratio potiùs fieri custodiæ, & securitatis, quàm acquirendi juris pignoratitij, sive hypothecarij causâ, prout ibidem de immissis ex primo decreto diximus, & pluribus deduximus in *semicent. 1. controv. 17. per totum.* Sed Respondemus, nobis nullum dubium esse, quin talia pignora, de quibus articulus noster loquitur, tribuant verum jus reale pignoris, & hypothecæ: Licèt enim articulus præsupponat, tempore capti pignoris litem nondum fuisse finitam, nihilominùs tamen ad hoc, ut captio pignoris durante processu fieri possit, expressè requiritur, ut debitum sit notorium, vel confessatum: In notorijs autem, & judicialiter confessis nullæ aliæ partes judicis sunt, quàm in condemnando, & exequendo, hinc rectè dicimus, quòd per talem pignorum apprehensionem creditori acquiratur verum jus reale, & hypothecarium, tanquam si in causam judicati pignus captum esset.

9 Quæres septimò, an satellitibus, vel famulis judiciarijs, **den Schergen / Ambtleuthen / Fronbotten** / licitum sit, ejusmodi pignorationes propria auctoritate, & inscio judice facere? Ratio dubitandi est, quia articu-

lus

lus loquitur disiunctivè, vel de pignoratione judicum, vel de pignoratione satellitum, & aliorum servorum judicialium: Quod videtur esse absurdum, ut ejusmodi minister judiciarius alteri fortè creditori personali in præjudicium aliorum similium creditorum, jus hypothecæ, sive pignoris reale, facto suo procurare possit. Et Respondemus, hunc non esse sensum articuli nostri, ut pignoratio ejusmodi vilibus personis pro lubitu concedatur, sed ut judex possit apprehensionem, sive pignorationem per servos judiciarios procurare, cùm hoc illorum officium sit, ut judicialia mandata, & decreta executioni mandent, quod enim quis per servum judiciarium facit, ipse fecisse videtur. Et hinc articulus loquitur solummodò de ministris judiciarijs, qui pignorationem faciunt ex jussu judicis, auß Haissen der Obrigkeit.

Si autem octavò ipse judex pignorationem injustam fecerit, vel fieri jusserit, spolium committit, uti habetur in der Heil. Reichs-Pfand-Ordnung / de Anno 1442. Et si quæ pignorationes à privatis fiunt, illæ de jure communi tam odiosæ sunt, ut puniantur restitutione quadrupli, & amissione actionis: Juxta *Auth. ut non fiant pignorationes. in princip. Novell. 52.* 10

Quæres ultimò, an pignoratio simpliciter tantùm in eo casu locum habeat, quando debitum est liquidum, notorium, & confessatum, vel etiam in alijs? Ratio dubitandi est, quia articulus noster disiunctivè duos casus ponit, in quibus ad pignorationem proceditur. 1. Wann es also erthailt: Oder 2. der Beklagte der Schuld bekänntlich / oder wissentlich schuldig ist / qui videntur diversi casus esse: Sed Respondemus, hæc verba, Es seye dann erthailt / intelligenda esse de re judicata, id est, nisi pro debito fuerit judicatum: Si igitur pignoratio fieri potest, quando debitum est notorium, vel confessatum, multò magìs fieri poterit, quando debitum est judicatum, quia sententia notorium facit, ut ita in effectu idem sit, acsi articulus diceret, pignorationem nunquam fieri debere, nisi in debito judicato, vel confesso, vel aliàs notorio. 11

Der Andere Articul.

Doch sollen die Burger / Stätt / vnd Märckt / die auß altem Gebrauch ihre Pfändter haben / dieselb in allen den Rechten / als sie die bißher gehabt / füran auch haben.

SUMMARIA.

1. *Quale privilegium sit, quod Otto Ungariæ Rex statibus Bavariæ, & civitatibus de jure pignorationis dedit?*
2. *Quid civitas Monacensis speciale habeat circa hanc pignorationem?*
3. *Utrùm hoc privilegium tantùm intelligatur de pignoratione in debito liquido, confessato, & notorio?*
4. & 5. *An hoc privilegium civitatibus pro civibus tantùm datum sit, vel etiam pro incolis, aut extraneis?*
5. *An Nobiles, Landsassij, & officiales Principis ab hac pignoratione non eximantur?*

AD hujus articuli intellectum sciendum est, quòd inter cœtera privilegia, quæ ab Ottone Rege Ungariæ in Anno 1311. statibus Bavariæ concessa sunt, etiam hoc contineatur, quod quibusdam civitatibus, & oppidis jure pignorationis datum est, his verbis formalibus, quamvis obscuris ob antiquitatem, sed valdè prægnantibus comprehensum: Wir wollen auch / inquit textus, ob jemand in vnseren Ban-Stätten / oder Märckten einen Bur- 1

 ger

ger jetzt gelten solle / der soll seinen Botten mit unsers Richters Botten zu demselben senden / und sein Gelt forderen. Stehet er jhm dann deß Gelts on laugnen / so soll er jhn seines Gelts in 14. Tagen verrichten / thät er das nicht / so soll er jhm Pfand geben / unnd antworten von seinem Underthan / wo jhn das der Burger weiset. Thät er das nicht / so soll jhm unser Vicedomb / oder Richter einem Pfänder geben / der jhm Pfand geb für sein Gelt. Laugnet man aber dem Burger der Gelt / so soll jhm der Mann einen unverzognen Tag geben auff 14. Tag / unnd auff den Tag ein unverzogen Recht thuen. Geschech deß nicht / so mag aber unser Vicedomb / oder Richter demselben Pfand haissen antworten für sein Gelt. Et hæc est prima clausula privilegij Ottoniani quoad cives in civitatibus, & oppidis commorantes, ex cujus tenore apparet, quàm exactam, vel expeditam justitiam Princeps civibus promiserit, qui à subditis Provincialibus ad Principem territorij pertinentibus aliquid prætendendum, vel exigendum habent, ut scilicet in debito confessato, vel probato statim ad solutionem, vel pignorationem deveniri, in debito verò controverso intrà 14. dies justitia administrari debeat, quod nostra opinione justissimũ est, & multùm laudabile foret, si adhuc hodierno jure observaretur, quo processus etiam summarij in multos annos excrescunt.

Altera clausula est, Wann ein Burger klagt umb sein Gelt hinter einen Dienst-Mann / oder einem anderen Edel-Mann / die sollen darumb das Recht vor uns thuen / oder an den Stätten / da sie es vor haben gethan. Quod per se satìs clarum est, ut scilicet cives, qui prætensionem quandam, & exactionem adversùs nobilem, vel officialem habent, eum convenire debeant coram ipso Principe, vel in eo loco, ubi ab antiquo forum sortiti sunt, V. G. in Regiminibus, quæ personam Principis repræsentant, de quo paulò post.

Tertia clausula est, Wann der Burger seinen Gelter in der Statt findet / daß er jhn darinn umb sein Gelt wol verbietten mög: Et hæc clausula propiùs accedit ad articulum nostrum, si hoc verbum, Verbietten / accipias de pignoratione, quamvìs illud potiùs intelligendum sit de arrestatione.

Quarta clausula est, Es sollen auch zween Auß-Mann / der einer dem anderen gelten soll / die nit Burger seyn / einer dem anderen in der Statt nit verbietten / und sollen das Recht nemmen / da die es von Recht dulten sollen. Quæ est exceptio ad priorem clausulam tertiam, id est, quòd in casibus, qui ipsos cives non concernunt, sed extraneos, jus arrestationis, sive pignorationis, der Verbiettung / in civitatibus, & oppidis locum habere non debeat. Et ex hoc privilegio Ottoniano successu temporis invaluit, ut principaliores civitates sibi constituerint proprios pignoratores, aigne Pfänder / qui debitores civium extraneos in civitatibus deprehensos pignoratione, vel arrestatione tam diu detinerent, donec creditoribus suis satisfactionem darent. Imò legimus in ordinat: pignorat: Monacensi, quòd hæc civitas jus
2 habuerit, pro civium suorum debitis non solùm exteros in civitate deprehensos pignorandi, sed etiam pignoratores suos, jhre Pfänder / mittendi extra civitatem in præfecturas Provinciales, Hoffmarchias, & quælibet alia dominia pro capiendis pignoribus, quæ ad civium satisfactiones erant necessaria, ita ut, licèt privilegium Ottonianum per expressum personas nobiles exciperet, ordinatio tamen Monacensis ex antiquissimis privilegijs extracta, etiam ipsos nobiles pignorationi subjiceret, quæ consuetudo procul dubio in desuetudinem abijt, cùm, ut paulò post dicemus, contrarium in der erklärten Lands-Freyheit / per expressum statuatur. Et quamvìs DD. Consiliarij Serenissimum Legislatorem optimè monuerint, cùm tot abusus in quibusdam locis circa ejusmodi pignorationes, & arrestationes irrepserint, consultum fore, si civitatum, & oppidorum privilegia avocentur,

exa-

examinentur, & ad justitiæ Cynosuram reducantur. Tamen Serenissimus Princeps non assensit, sed articulum de hoc jure in antiqua Reformatione de Anno 1588. comprehensum de verbo ad verbum in hanc novam editionem transtulit, cujus rei utique hæc ratio fuit, quòd hac in parte circa diversa loca diversæ etiam consuetudines, & observantiæ legitimè potuerint esse introductæ, quæ ipsi Principi, vel etiam superioribus tribunalibus adhuc semper examinandæ, & corrigendæ supersunt.

Idem articulus, de quo hîc agimus, reperitur jam in *Libello constitut. Bavar. de Anno 1384. cap. 17.* Vers: Von den Pfanden zu München. Ubi dicitur, Wir wollen auch / daß die Burger zu München / vnnd die Statt jhren Pfänder haben sollen / in allem dem Rechten / als sie jhn bißher gehabt haben. Ex quo apparet, licèt privilegium Ottonianum tantùm datum sit statibus Inferioris Bavariæ, qui Regi Ottoni ad expeditionem Hungaricam insignem collectam contulerunt, quòd tamen civitas Monacensis hoc privilegium pignorationis jam etiam illo tempore, quo ab Ottone civitatibus tributū est, in longè pinguiori forma habuerit, quod successu temporis proculdubio etiam ad reliquas civitates Superioris Bavariæ pervenit, sicut reliqua Ottoniana privilegia devenisse, alibi diximus, & probavimus.

Hoc tamen certum esse putamus, tametsi civitatibus, & oppidis hoc 3
privilegium pignorationis confirmatum sit, quòd nihilominùs civitatenses in pignorationibus ad constitutionem, quæ in primo articulo continetur, obligati sint, id est, ut pignorationem exercere non possint, nisi in debitis liquidis, confessis, notorijs, & judicatis: Ratio est, quia privilegium hac in parte civitatibus, & oppidis non plus juris concedit, quàm quod ordinario magistratui competit, ordinario autem magistratui pignoratio licita non est, nisi in debitis judicatis, confessis, & notorijs, adeóque in liquidis, ergò nec aliter civitatibus, & oppidis licita esse potest, privilegia enim non dantur, ut alijs in injuriam cedant, sed ut fundentur in æquitate, & justitia; Principale enim fundamentum hujus privilegij civibus gratiosè concessi hoc fuit, ne cives abstrahantur ab opificijs suis, si pro quolibet exiguo debito exteros coram competente suo judice persequi deberent, præsertim, cùm homines rurales civium operis ferè quotidiè opus habeant, & proinde durum foret, si pro singulis mercedibus foras excurrere, singulorum rusticorum judicia interpellare, sua domi negligere, & inutiles expensas judiciales facere deberent; Non igitur improbanda est hæc consuetudo, quâ civitatibus, & oppidis permittitur, ut pro civium debitis, & prætensionibus extraneos in civitatibus, & oppidis deprehensos, & res eorum detinere, & pignorare possint.

Diximus, pro civium debitis, nam, si duo extranei adversùs se invi- 4
cem prætensionem habeant, detentio sive pignoratio in civitatibus, & oppidis locum non habet, juxta expressa verba privilegij Ottoniani, Es sollen auch zween Auß-Mann / ꝛc. sed actor tenetur sequi forum rei, ne aliàs omnis ordo judiciarius inverteretur. Sub verbo autem, der Auß-Männer extraneorum, prout nos vocavimus, non comprehenduntur, qui extra Provinciam domicilium habent, die Außländer / oder Gäst / prout vocantur in *Art. 6. Tit. 19.* nam illi, ut ibidem videbimus, in Provincia deprehensi non tantùm in civitatibus, & oppidis, sed etiam coram quocunque alio judice detineri, arrestari, & pignorari possunt.

Singulariter autem personæ Nobiles, Landsassij, & Officiales, sive Mi- 5
nistri Principis tam quoad suam personam, quàm quoad eorum res, & bona à detentione, arrestatione, sive pignoratione civica immunes sunt, juxta *Art. 7. Tit. 19.* der Land-Recht. Cùm ejusmodi personæ privilegiatæ alium judicem non sortiantur, nisi Principem, vel subordinata ejus Regimina, juxta *Art. 7. part. 1.* der erklärten Lands-Freyheit.

 An

6 An autem hoc privilegium civitatibus, & oppidis pro civibus datum, etiam incolis, den Inſässen / qui jura civitatis non habent, competat, dubium esse potest? Articulus noster, & *Art. 7. Tit. 19.* der Land-Recht / videtur rem ad antiquam observantiã remittere, certè sæpissimè vidimus, ejusmodi arrestationes, & pignorationes non tantùm in favorem civium, sed etiam aliorum incolarum, Consiliariorum scilicet factas esse, ita ut potiùs privilegium locale, quàm privilegium personale ad solos cives restrictum dici debeat, tametsi, ut verum fateamur, in ordinatione Monacensi de pignoratione pro debitis incolarum nihil invenerimus, sed tantùm de debitis civium, ut ita, quod in favorem civium statutum est, etiam in favorem incolarum nostra opinione facilè extendi non possit, si tamen consuetudo se etiam ad incolas, jura civium non habentes extendat, improbare non auderemus, juxta ea, quæ habet *Georg. Everhard. vol. 1. cons. oct. per totum.* Ulteriora videantur ad *Art. 7. Tit. 19.* der Land-Recht.

Der Dritte Articul.

Es soll auch ein jeglicher Grund-Herr / auß den dreyen Ständten / Macht haben / auff seinem Guet / oder umb sein Gült / sie sey ein oder mehr Jahr angestanden/ oder umb seins Guts Recht / ohne Fronbotten zu pfänden / vermög der Lands-Freyheit. Und die Pfand über die Land-Gerichtische Gründ führen oder tragen lassen / jhme selbs ohne Nachthail und Schaden.

SUMMARIA.

1. *Quibus jus pignorationis concedatur, an domino directo,* dem Grund-Herrn?
2. *An clerici sæculares, Ecclesiæ, hospitalia, &c. qui status Provinciales non sunt, privilegium pignorationis habeant?*
3. *An nobiles, qui privilegijs nobilitatis,* den 60.igsten Frey-Brieffs / *capaces non sunt?*
4. *An civitates, & oppida,* welche keine Ban-Märckt / oder Ban-Stätt seynd?
5. *Quid si per legitimam consuetudinẽ, & observantiam jus pignorationis acquisiverint?*
6. *An singuli cives pro dominicalibus suis præstationibus hoc jure gaudeant?*
7. *An pignoratio locum habeat pro solo canone, vel omnibus alijs dominicalibus prætensionibus?*
8. *Quid sub nomine,* deß Guets Berichts / *contineatur?*
9. *Debent autem istæ prætensiones esse liquidæ.*
10. *An hæc pignoratio privilegiata competat solumodò pro canone unius anni, vel plurium annorum?*
11. *Debet talis pignoratio commensurari debito.*
12. *An dominus directus, qui jurisdictionem non habet, possit pignorationem facere per servos domesticos, vel an debeat fieri per ministros judicis?*
13. *An pignus captum possit super alterius districtum jurisdictionis transferre?*
14. *Utrùm non sit in libertate, & facultate domini directi, an velit uti pignoratione, vel judicem ordinarium implorare?*
15. *Quid si viam judiciarij processus elegerit, an post litis contestationẽ possit pœnitere?*
16. *An dominus directus per non usum amittat hoc privilegium?*

ARticulus iste tam in rubro, quàm nigro multùm immutatus existit ab illo, qui fuit in Reformatione de Anno 1588. Ibi enim cuilibet domino pro juribus suis dominicalibus jus pignorationis concessum fuit, ex hoc

hoc autem nostro articulo multæ restrictiones accedunt, quas ordine breviter exponemus.

Prima restrictio est, quòd antiquitùs cuilibet domino, ut dictum, einem jeden Herrn / jus pignorationis permissum fuerit: In nostro autem articulo conceditur tantùm dominis jus reale habentibus, den Grund-Herrn: Ex quo sequitur, quòd illi, qui ex alio capite jus dominij habent, privilegio pignorationis non gaudeant. Si igitur ponas, alium rem tuam, cujus revera dominus es, injusto titulo detinere, jus tibi non est, eam apprehendendi, & pignorandi sine crimine spolij, & violentiæ, sic qui jus pignoris, vel hypothecæ, usum, vel usumfructum, aut quodcunque aliud jus, sive servitutē in re aliena habet, cùm dominus directus, ein Grund-Herr / non sit, pignoratione sibi vigilare non potest: Sic nudo locatori, commodanti, deponenti, &c. tametsi plenissimus dominus sit, pro consecutione rei suæ pignoratio non permittitur, quia hoc privilegium soli domino directo, dem Grund-Herrn / pro præstationibus suis dominicalibus, ut paulò post sequetur, non pro oblationibus personalibus conceditur, prout plura exempla adduci possent. 1

Secunda restrictio est, ut jus pignorationis non omni domino directo, prout *Artic. 3. Reform. de Anno 1588.* videtur admittere, sed solis dominis directis, qui tribus Statibus Provincialibus Prælatorum nempè, Nobilium, & Civium incorporati sunt, juxta verba, Ein jedlicher Grund-Herr auß den dreyen Ständten: Ex quo sequitur, quòd Clerici sæculares, Parochi, Ecclesiæ, Hospitalia, & aliæ piæ causæ, quæ in Provincia plurima bona emphyteutica, & similia habent, item ipsi Officiales, qui statibus Provincialibus non annumerantur, rustici, aut alij privati, tametsi bona jure dominij directi ad se pertinentia possideant, pro dominicalibus suis prætensionibus pignorationem facere non possint, cùm hæc potestas solis statibus Provincialibus communicata sit, & proinde necesse, ut deficiente hac qualitate exactio dominicalium prætensionum ordinariâ viâ juris fieri debeat, prout in præfecturis Provincialibus nulli processus his frequentiores sunt. 2

Restringit tertiò D. Balthasar hoc privilegium tantùm ad illos Nobiles, & Landsassios, qui privilegijs Nobilitatis capaces sunt. *Vid. resol. 1. ad tit. 15. n. 20. circa finem.* In quo mihi vir bonus halucinari videtur, cùm articulus noster de hac restrictione nihil dicat, sed solummodò de tribus statibus Provincialibus loquatur, quibus etiam Nobiles, & Landsassij annumerantur, tametsi privilegio Nobilitatis, der Edelmanns-Freyheit / ut suo loco dicemus, incapaces sint: Non minùs enim ejusmodi Nobiles, & Landsassij ad comitia Provincialia vocantur, & homagium præstant, quàm reliqui Nobiles, ut reverà status Provinciales dici possint, nec quidquam obest, quòd in subditos suos separatos, auff jhren ainschichtigen Underthanen / in Provincialibus districtibus sitos ex defectu privilegij sexagesimi, deß 60. Frey-Brieffs / nullam jurisdictionem habeant, ut alibi fusiùs exsplicabimus, hic tamen defectus ijs jus pignorationis non adimit, cùm etiam prælati, & cives pro dominicalibus suis prætensionibus pignorationem facere possint, quamvìs in ejusmodi bonis, auff dergleichen ainschichtigen Güteren / nullam prorsùs jurisdictionis speciem habeant, cùm pignoratio hæc privilegiata non sit effectus jurisdictionis, sonderen der Lands-Ständerey / quæ, ut diximus, Landsassijs etiam privilegij sexagesimi incapacibus denegari non potest. 3

Restringitur hoc privilegium quartò, ut tantùm competat civitatibus, & oppidis jus Landstendariæ (ut ita dicam) habentibus, den Ban-Stätten / vnnd Ban-Märckten. Ad quod intelligendum, sciendum est, quasdam Illustres familias, imò etiam Prælatos, & Monasteria habere loca, 4

ut antiqua privilegia loquuntur, inforata, id est jura oppidorum habentia, ita ut incolæ vocentur cives, & suum civicum magistratum teneant, aliquam umbram suppedaneæ antiquæ jurisdictionis habentem, pro diversitate locorum in actibus exiguis, reliqua jurisdictione apud dominum loci permanente: Hi certè cives pro debitis suis emphyteuticarijs, & dominicalibus jus pignorandi non habent, cùm talia oppida statibus Provincialibus non aggregentur, sed in omnibus juribus à dominis suis eximantur, werden von ihren Herzschafften vertretten / prout etiam in Imperio contingit, ubi plurimi potentiores status reliquos suppresserunt, & ab im̄edietate Imperiali eximerunt, quorum litium suprema dicasteria Imperialia scatent; Cùm igitur tales cives nomen civium non mereantur, nec ad status Provinciales vocentur, aut immediatè quidquam conferant, hoc privilegio ad solos status Provinciales restricto gaudere non possunt.

5 Et hinc pro quinta restrictione notandum est, inter pignorationem, quæ conceditur vi articuli præcedentis, & quæ conceditur ex hoc nostro articulo, magnam differentiam esse: Prior fundatur in antiqua consuetudine, altera verò in privilegio statibus Provincialibus singulariter concesso: In priori pignoratione locum habet regula, ut tantum dicatur præscriptũ, quantum possessum: Nihil igitur impedit, quin etiam oppidum aliquod, ut vocant, dominicale, id est non incorporatum cum statibus Provincialibus, sed singulari domino immediatè subjectum, possit ex antiqua consuetudine jus pignorationis obtinuisse: Ex illo tamen non sequitur, quòd ejusmodi oppidani, secundùm tenorem præsentis articuli, pro dominicalibus suis prætensionibus, vmb ihre Grund-herzliche Sprüch / vnnd Forderungen / jus pignorandi habeant: Ratio est, quia hæc pignoratio descendit ex privilegio personali, statibus singulariter indulto, cujus tales oppidani, utpote in effectu rustici, & coloni qualitate status Provincialis destituti incapaces sunt. Et hinc ad priorem articulum libenter admisimus, quòd in uno, vel altero loco legitima consuetudine, vel observantia introduci possit, ut jus pignorationis in illo loco non tantùm pro subditis, sed etiam pro extraneis, & forensibus competat, & in effectu jus sit locale potiùs, quàm inhabitantium subditorum proprium. At pro privilegio hujus pignorationis, de quo agit articulus præsens, requiritur personalis hæc qualitas, ut incolæ loci cum statibus Provincialibus sint incorporati.

6 Quæras, an ergò in civitatibus, & oppidis Provincialem statum repræsentantibus singulis civibus inibi habitantibus jus pignorationis pro dominicalibus suis prætensionibus concessum esse intelligatur? Ratio dubitandi est, quia ipsa civitas, sive oppidum videtur repræsentare statum, non singuli cives, ut proinde civitatibus, & oppidis quidem in communi in prædijs ad civitatem, vel oppidum, sive communitatem pertinentibus, non verò in prædijs singulorum civium hoc privilegium concessum esse videatur. Sed usus est in contrarium, ita ut singula membra civium de statu Provinciali civico sint, & propterea hujus privilegij capaces: Ut autem illud etiam reliquis in civitatibus, & oppidis habitantibus, V. G. Consiliarijs, officialibus Principis, & ejuscemodi personis communicare possint, ratio non patitur, quia, ut dictum, personale est, & personas ad statum civicum pertinentes non egreditur.

His declarationibus, & restrictionibus nunc præsuppositis, reliqua, quæ potiùs ampliationis causâ veniunt, breviter expediemus: Primum est,
7 quòd hoc jus pignorationis non tantùm locum habeat in ipso canone, sed etiam in omnibus alijs dominicalibus prætensionibus, ut dicitur in *Art. 40. Part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit. Umb allen Guets Bericht. Quid autem sub nomine, deß Guets Bericht / contineatur, habetur *Tit. 21. Artic. 1.* der Land-Recht.

Et

Et licet secundò in modò *cit. Artic. 1.* In specie nihil dicatur, von dem Anfall / Abfarth / vnd Abschleiff / quia tamen juxta *Artic. 11. Tit. 21.* etiam hæc jura sub verbo deß Guets Recht / oder Guets Bericht / comprehenduntur, & in *Processu Edictali*, juxta *Art. 9. Tit. 2.* præ reliquis jus prælationis habent, dubium nullum esse videtur, quin dominus directus etiam pro his prætensionibus jus pignorandi habeat, præsupponendo, quòd pignorans uni ex statibus Provincialibus incorporatus sit. 8

Oportet tamen tertiò canonem, sive quamcunque aliam ejusmodi dominicam præstationem esse certam, & liquidam, dict: *Art. 40. Part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit / juxta verba, Umb ihr vnlaugbar Gült: Ratio est, quia in omni pignoratione, ut ad *Artic. 1. hujus Tit.* diximus, requiritur, ut debitum sit liquidum, confessum, judicatum, vel aliàs notorium, cùm sit species quasi executionis, quæ semper liquidum præsupponit. 9

Quartò, pignoratio hæc privilegiata locum habet non tantùm pro canone unius anni, sed etiam plurium annorum restantibus, juxta verba, Sie seyen ain/ oder mehr Jahr angestanden / sive, ut *Art. 40. Part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit/ adhuc prægnantioribus verbis exprimit: Sie seyn ain/ oder mehr Jahr / vil/ oder mehr angestanden. 10

Ex hoc autem quintò exoritur notabilis controversia, an hoc ita simpliciter, & sine omni exceptione quoad omnes extantes canones, & præstationes dominicas intelligendum sit? Ratio dubitandi hæc est, quia in *Artic. 9. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / §. Doch wofern / expresè disponitur, quòd quilibet dominus directus, qui sine legitima, & sufficienti causa annuos canones ultra tres annos neglexit exigere, privilegium canonis amittat, ita ut pro privilegiato creditore non nisi pro unius anni canone habeatur, in reliquis verò restantijs pro privato. Atqui ex supra dictis certum est, quòd domino directo pro privatis debitis, V. G. si rustico suo pecuniam, frumentum, vel quid simile mutuaverit, jus pignorationis non competat, ergò nec in istis restantijs, quæ, ut ibidem in Processu Edictali exsplicavimus, per patientiam triennalem brevi manu transierunt in creditum. Si dicas, dictum articulum in dem Gandt-Proceß / intelligendum esse solummodò de privilegio prælationis, non pignorationis amittendo. Respondemus, id valdè nobis dubium videri, cùm articulus in specie dicat, Daß er sein Freyheit auff die übrige Jahrs-Gülten verlohren: Si igitur ampliùs pro præstationibus dominicis non agnoscuntur, etiam quoad pignorationem pro privilegiatis ampliùs haberi non possunt. Nobis hac in parte videtur distinctio adhibenda esse, an talis subditus emphyteuticus, in quem pignoratio desumitur, jam processui edictali subjectus fuerit, vel non? Si processui edictali subjectus non est, fortè quia alios creditores non habet, nisi dominum suum directum, nobis certum esse videtur, domino jus pignorationis competere, tametsi canones pluribus annis non exegerit, at quando subdito depauperato, & ære alieno gravato, jàmque subhastationi subjecto, ultra tres annos patientiam habuit, nobis videtur, privilegium prælationis, & pignorationis amisisse: Ratio differentiæ inter utrumque casum clarum est, quia in primo de nullius præjudicio agitur, nulla ergò causa subest, quare domino tanquam statui Provinciali privilegium suum infirmetur. In altero verò casu agitur de præjudicio concreditorum, quibus dominus per pignorationem ampliùs jus suum intervertere non potest. Audivi ab aliquo, sic in Regimine Burghusiano judicatum esse, sed de veritate judicaturæ mihi non constat.

Sextò, debet talis pignoratio commensurari debitò, V. G. si rusticus ad annuum canonem decem florenorum, vel decem scapharum frumenti sit obligatus, pignoratio ad majorem quantitatem non est extendenda: Ra- 11

Ratio per se patet, cùm nec executio fieri possit, nisi pro modo, & quantitate debiti.

12 Septimò, dubium esse potuit, an non quilibet dominus directus, qui jurisdictionem non habet, teneatur, pignorationem facere per satellites, & famulos judiciarios illius judicis, sub cujus districtu prædium emphyteuticum, vel simile situm est; Sed articulus noster resolvit, quòd satellitibus, & ministris judicialibus opus non sit, sed Prælatus, vel alius dominus directus statui Provinciali addictus, tametsi omni jurisdictione careat, pignorationem, vel per se, & proprio nomine, vel per servos suos domesticos, & familiares facere possit, ut rectè exsplicat *D. Rath. loc. cit. ass. 74.* idque virtute privilegij, quod ratione dominij potiùs jus aliquod retentionis, quàm executionis concedit.

13 Nec octavò impediri potest, quin pignus suum captum super alterius cujuscunque jurisdictionis districtum, & territorium transferre possit, cùm non ferat alienum, sed proprium, ut mox sequetur.

Loquitur quidem articulus tantùm de jurisdictione Provinciali, über die Land-Gerichtischen Jurisdiction / sed non videmus, quare non idem de districtibus jurisdictionalibus Statuum dicendum sit, ex eadem ratione, quòd talis pignorator utatur jure suo, & proinde nemini faciat injuriam, aut præjudicium.

14 Quid si autem ponamus, aliquem ex ejusmodi privilegiatis dominis directis jure suo pignorationis non fuisse usum, sed subditum suum emphyteuticum pro canone, & alijs suis dominicalibus præstationibus coram ordinario judice convenisse? Et Respondemus, hoc privilegium pignorationis statibus concessum esse de genere illorum, quibus facultas aliquid faciendi confertur in arbitrium privilegiati, ut eo uti possit, vel non. Deducitur hoc ex inscriptione articuli nostri, daß ein Grund-Herr auff seinem Guet pfänden mög / ubi notetur verbum mög / quod designat liberum arbitrium, item ex verbis articuli, Es soll ein jedwederer Grund-Herr Macht haben / id est, potestatem, & licentiam habere pro prætensionibus suis pignorandi. Idem habetur in *Art. 40. Part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit / ubi dicitur, daß die Pfändung jhnen vergunnet worden. In illorum itaque voluntate, & facultate est, an jure suo uti, vel ordinariæ jurisdictioni insistere velint, quia per se clarum est, quòd ordinario magistratui per hanc privilegiatam concessionem ordinaria jurisdictio non sit adempta: Et ex hoc

15 Sequitur primò, si quis ex statibus Provincialibus neglectâ viâ pignorationis privilegiatæ ad viam judiciarij processus devenerit, quòd postmodùm ampliùs pœnitere non possit, juxta commune procardicum, quòd unâ viâ electâ, non detur regressus ad aliam, maximè, quando privilegiatus dominus directus cum subdito suo litem contestatus est, quia per litis contestationem inter partes litigantes quasi contrahitur.

16 Sequitur secundò, tamesi talis status Provincialis per longum, vel longissimum tempus, hoc jure pignorationis contra subditos suos nunquam usus fuerit, quòd tamen dici non possit, privilegium hoc per non usum amisisse, quia tali facultati nunquam præscribitur, ut tradit *Gail. lib. 2. observ. 60. num. 9.*

Nisi tertiò judex ordinarius per prohibitionem, & status Provincialis acquiescentiam, & patientiam in quasi possessione fuisset constitutus, & accedente longissimo tempore 30. vel 40. annorum legitimè præscripsisset, prout de his longiùs discurrit *D. Balthasar. cit. resol. 1. num. 27. & seqq.* quò Lectorem remittimus.

Der

Der Vierdte Articul.

Es soll kein Herrschafft seinen Bau-Mann / Freysässen / oder der auff der Vogtey gesessen / höcher / oder vmb mehrer pfänden / noch nöthen / dann vngefährlich vmb so vil er / jhme dem Herrn / zu rechter Herrn-Gült schuldig ist / vnnd auff das Zihl / darauff er zahlen soll / Und mit den Pfanden soll er gefaren allermassen in folgenden zehenden / ailfften / vnnd zwölfften Articuln / der Pfand halben so durch Gerichts-Hand genommen werden / geordnet ist / Doch wann der Herr last außtröschen / so vil als sein Traidt-Gült / der Meiserey nach / treffen thuet / vnd zwischen jhnen richtig ist / soll es für kein Pfand gehalten werden / noch der Grund-Herr schuldig seyn / solch Getraidt für Gericht zebringen / vnnd als ein Pfand zu rechtfertigen.

SUMMARIA.

1. *Annon pignoratio sit species executionis?*
2. *Quotuplicis generis subditi sint, & qui dicantur* Bau-Männer / Freysässen / vnnd Schutz-vnnd Schirms-Verwandte?
3. *Cur domini, qui jure pignorationis utuntur, ad tria teneantur?*
4. *Qualis sit differentia inter pignorationem domini jurisdictionalis, & emphyteuticarij?*
5. *An dominus emphyteuticarius teneatur, pignus captum ad magistratum ordinarium deferre, ut æstimetur, & plus licitanti vendatur?*
6. *Quid de domino jurisdictionali dicendum?*
7. *Utrùm dominus jurisdictionalis uti emphyteuticarius tantum frumenti in solutum capere possit sine venditione publica, quantum ipsi debetur pro canone jurisdictionali*, für den Vogtheyhabern?
8. *Quid si ambo domini concurrant, quis alteri cedere debeat?*

SI unus ex articulis nostris antiquis ex Reform: de Anno 1588. in novas constitutiones nostras Bavaricas translatis obscurus est, certè iste inter principales numerari potest, cùm illa, quæ addita sunt, rem obscuriorem faciant, quàm antè fuerit. In multa indagatione fundamentum non reperi, in quo firmum pedem figere potuerim. Dicam tamen, quæ mihi videbuntur verisimilia, cuilibet liberum judicium relinquens.

Ex prædictis igitur præsupponendum est, pignorationem dupliciter fieri posse, vel jure magistratus ordinarij, de quo agit *Art. 1.* Vel ex privilegio civitatibus, & oppidis pro civibus suis competente, de quo agit *Art. 2.* Vel denique de privilegio statibus Provincialibus ratione canonis, & aliarum prætensionum judicialium indulto, de quo agitur in *3. Art.* Hæc omnia videntur nobis in hoc quarto articulo inter se confusa, quorum digestionem D. Rath, & D. Balthasar intermiserunt.

Quo præsupposito, dicimus primò, in omni pignoratione, sive jure magistratûs ordinarij, sive jure cujuscunque privilegij fiat, semper hunc modum observandum esse, ut quantitas pignoris quantitatem debiti non excedat: Ratio est, quam supra adduximus, quòd pignoratio semper sit species aliqua executionis, executio autem ultra modum, & quantitatem debiti nunquam rectè fiat. 1

Dicimus secundò, ex ipsa inscriptione rubri palàm esse, quòd articulus noster non tantùm loquatur de puris subditis emphyteuticis, & similibus, 2

bus, von den blossen Grund-Underthanen / cùm utatur verbo, der Hindersäs-sen / quod propriè designat subditos, qui jurisdictioni alicujus subjecti sunt, seu subditi. *Wehner. in verbo.* Underthan/ *& verbo.* Hindersässen / *ex Gilman. tom. 1. symphor. part. 2. vot. 6. n. 102.* Confirmantur hæc ex nigro articuli, ubi reperitur verbum, Herrschafft / quod tam dominum jurisdictionalem, quàm dominum emphyteuticum,& similem comprehendit, eò quidem magìs hîc loci, cùm tria genera subditorum simul conjungantur, die Bau-Männer / id est subditi emphyteutici, & similes, die Freysässen / qui propriè sunt, ac dicuntur incolæ precarij, tuitionem à magistratu, non jus civitatis habentes: Communiter autem vocantur, die Schutz-Verwandte. Vid. *Besold. in Thesaur. pract. verbo.* Schutz-unnd Schirms-Verwandte / unnd die Vogtey-Underthanen / qui propriè domino jurisdictionis subjecti sunt.

3 Omnes igitur tertiò domini jure pignorationis gaudentes obligantur ad tria: Primò, ut illorum prætensio sit vera, & justa, juxta verba, zu rechter Herrn-Gült. Vel, ut *Art. 40. Part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit / ait, umb jhr unlaugbare Gült. Secundò, ut ejusmodi præstatio jam sit cessa, juxta verba, Unnd auff das Zihl / darauff er zahlen soll. Et tertiò, ne pignoratio quantitatem debiti excedat: Ratio tam secundi, quàm tertij requisiti hæc est, cùm pluris petitiones tam re, quàm tempore improbentur. *tot. tit. Inst. de plus petit.*

4 Dicimus ulteriùs quartò, quòd inter pignorationem domini jurisdictionalis, & domini emphyteuticarij differentia esse videatur, Dum enim articulus de domino jurisdictionali pignorante loqui videtur, expresè addit, quòd justificatio pignorationis fieri debeat secundùm *Artic. 10. 11. & 12.* Id est, ut capta pignora, nisi intrà 14. dies præstita cautione, vel satisfactione liberentur, per processum edictalem plus licitanti vendantur: Aliter disponitur de domino directo pignorante pro canone suo, aljisque dominicalibus prætensionibus, ipse enim potest coloni sui horreum intrare, & mercenarios constituere, qui tantundem de frumento coloni triturando accipiant, quantum colonus domino suo pro canone frumentario notoriè debet: Rationem adjungit articulus, quòd talis apprehensio pro pignoratione habenda non sit, cùm dominus accipiendo, quod sibi debetur, censeatur, magìs in solutum accipere, quàm jure pignorationis, quod etiam sine crimine violentiæ facere potest, cùm id statibus Provincialibus ex speciali privilegio permissum sit. Et hunc sensum esse hujus articuli, quondam unus ex collegis meis non improbabiliter existimavit. Nostra tamen opinione articulus noster aliter intelligendus est, & quidem cum hac distinctione, an quis status Provincialis pro canone, aljisque juribus dominicalibus pignorare velit rem ipsam, quæ sibi à subdito debetur, vel in defectu ejus rem aliam? V. G. Rusticus pro canone debet domino suo decem scaphas frumenti, si dominus ipsum frumentum pignoraverit, non facit in effectu, ut articulus dicit, pignorationem, sed accipit rem sibi debitam in solutum, & proinde frumentum non tenetur ad ordinarium magistratum deferre, ut deficiente reluitione subhastetur, & plus licitanti vendatur.

5 Si verò rusticus, ut sæpissimè fit, priùs horreum evacuaverit, antequàm dominus directus ad pignorationem accesserit, potest quidem dominus pro canone, & alijs suis prætensionibus unum, vel alterum pecus pignoris loco accipere, sed id tenetur ad magistratum ordinarium deferre, ut juxta supra allegatos articulos super justificatione pignoris, & ejus venditione procedatur: Ratio per se clara est, ne subdito per pignorationem damnum, & injuria inferatur: Quando enim dominus frumentum pignorat, pretium ad ipsum pertinet, quanticunque vendi possit: Non est igitur necesse, ut subhastetur frumentum, & plus licitanti vendatur. At quando alia res

res loco frumenti pignori capitur, dum res non sit in obligatione, justissimum est, ut calori licitantium exponatur, & publicè venumdetur, ut ex pretio redacto solvatur domino directo justa æstimatio frumenti, reliquum verò restituatur subdito: Licèt enim statuta nostra statibus Provincialibus pignorationem concedant, non tamen concedunt rei æstimationem, ne, ut est in Æsopi fabulis, *Lupus integrum vitulum in suum commodum obulo taxet.* Et hic modus à statibus Provincialibus in alijs dominicalibus præstationibus, quæ consistunt iu pecunia parata, observandus est. V. G. Titius mihi debet laudemium 50. florenorum, sed pecuniam non habet, vel habere dissimulat (prout hoc hominum genus ad occultandas pecunias suas astutissimum est, ut mille inventuras perficere debeas, donec de parata pecunia unum numisma invenias) non est dubium, quin ego possim pro his quinquaginta florenis alia pignora capere, sistenda tamen ordinario magistratui, ut in defectum reluitionis plus licitantibus venalia proponantur.

Nec hac in parte melius jus habent domini jurisdictionales, si enim 6
supponas, subditum jurisdictionis pro annuis angarijs, für die Jährliche Scharwerch / ex pacto domino debere octo florenos, qui est in Patria nostra ferè communis æstimationis terminus, potest dominus jurisdictionalis, der Vogt-Herr / pignus capere in defectu pecuniariæ solutionis, sed revera in hujus pignoris justificatione, cùm præsupponatur subditi ordinarius judex, sive magistratus esse, procedere debet secundùm præscripta in tribus supra allegatis articulis, cùm hac in parte melioris conditionis non sit, quàm status Provincialis, qui pro canone suo rem alienam pignoravit.

Sed quid dicendum est, si dominus jurisdictionalis, ut pluribus in lo- 7
cis usus obtinet, à tali subdito jurisdictionali, qui alium dominum directum ex statibus Provincialibus habet, etiam petere possit canonem jurisdictionalem, ein Vogtey-Gült / in frumento consistentem, plerumque, einen Vogtey-Habern / annè etiam, prout de domino directo diximus, sibi per pignorationem in frumento satisfactionem facere possit, ita ut potiùs censeatur, frumentum in solutum accepisse, quàm pignorâsse? Ratio dubitandi est, quia articulus videtur hoc privilegium solis dominis directis, den Grund-Herrn / concedere, sed planè idem etiam domino jurisdictionali concedendum esse, vix potest esse ambiguum. Per rationem: Primò, quòd talis canon, der Vogtey-Gült / vocetur etiam, ein Herrn-Gült / Gandt-Proceß / *Tit. 2. Art. 9. & hoc Art.* Secundò, quòd utique dominus jurisdictionalis, qui jus pignorationis habet, ex intentione juris non pejoris conditionis esse debeat, quàm dominus directus, cui jus pignorationis solummodò competit ex privilegio. Tertiò, quia similiter pignoratio, quæ fit ob canonem jurisdictionalem, wegen einer Vogtey-Gült / est potiùs in solutum acceptio, quàm compensatio. Denique quartò, quia debetur domino jurisdictionali frumentum, der Herrn / oder Vogtey-Gült / quanticunque vendi possit: Non est igitur necessarium, ut publicæ subhastationi supponatur, cùm ipse dominus frumentum retinere possit, nec ad illud vendendum ullam obligationem habeat.

Quid si autem dominus proprietarius, der Grund-Herr / & dominus 8
jurisdictionalis, der Vogt-Herr / in pignoratione concurrant, quisnam alteri cedere debet? Ad hoc est decisio in dict: *Tit. 2. Art. 9* Vers: die Vogtey-Gült / deß Gandt-Proceß. Ubi in casu, quo utrique satisfieri non potest, domino proprietario præ domino jurisdictionali prærogativa conceditur, quò Lectorem remittimus.

Der Fünffte Articul.

Wer aigen / oder Lehen innhat / vnd wirdet darumb angesprochen / er aber sagt / daß es seyn Pfand seye / hat er Brieff/oder Handvest darumb / oder kan mit zweyen beweisen/ daß es sein Pfand seye / so mag er damit gefahren / wie recht ist. Hat aber jemand anderer zu demselbigen Pfand auch Gerechtigkeit / vnd begehrt von dem Innhaber deß Pfands die Summa / darumb jhm solches Pfand gesetzt / zu benennen / das soll der Innhaber zethuen schuldig seyn.

SUMMARIA.

1. *Si quis rem litigiosam probet pignus esse, an non obstante oppositione alterius cum pignore procedere possit, prout juris est?*
2. *Debet ergò constare de titulo pignoris per testes, vel instrumenta, licèt de jure communi pignus solo consensu constituatur.*
3. *Testes autem, & instrumenta non requiruntur ad substantiam pignoris, sed tantùm ad ejus probationem.*
4. *Si quis eandem rem duobus pignori dederit, an posteriori creditori liberum sit, priori debitum offerre, & rem pignoratam ad se recipere, & an teneatur prior creditor quantitatem debiti specificare?*
5. *Quando primus creditor solutionem recusat, an non posterior pecuniam deponere, & sic sibi pignus acquirere possit?*
6. *Quid si autem prior in possessione pignoris sit?*
7. *An quilibet extraneus possessor creditorem hypothecarium repellere possit, si ei realem, & actualem satisfactionem offerat?*
8. *Quid si eadem res duobus uno eodémque tempore, & non diversis temporibus fuerit obligata?*
9. *Quid si autem unus ex simultaneis creditoribus rem totam possideat, an non offerendo solutionem rem à pignore liberet?*
10. *Quando cuilibet creditori res in solidum est obligata, an non ille potior sit, qui priùs egerit, & pignus consecutus fuerit?*
11. *In quo jus pignoris firmius sit, quàm hypothecæ?*
12. *An solummodò posterior creditor pignoratitius, vel quicunque alius, qui jus aliquod in tali re prætendit, offerendo solutionem præferatur?*
13. *Utrùm etiam nudus creditor chyrographarius hoc jus habeat?*
14. *Si dominus feudalis, vel emphyteuticarius directum dominium jure pignoris, vel hypothecæ obligat, an vasallus, vel emphyteuta offerendo solutionem creditorem hypothecarium expellere possit?*
15. *Et quid dicendum de usufructuario, vel usuario?*

IN principio hujus articuli ad exsplicationem rubri diximus, duo in hoc articulo conjungi, jus pignorationis, & jura pignoris, die Pfandung / vnnd Pfand-Recht: In præcedentibus quatuor articulis jura pignorationum pro necessitate Patriæ nostræ satìs exsplicavimus: Nunc persequitur articulus jura pignorum, die Pfand-Recht / quæ est altera pars rubri tam fusa, & intricata, ut præclarissimi DD. non tantùm de tota hujus rei substantia, sed etiam de qualibet parte integros tractatus conscripserint, utpote de pignoribus, & hypothecis, iisque tacitis, & expressis, prætorijs, judicialibus, & conventionalibus, item, quæ res pignori dari possint: Quibus casibus pignus tacitè contrahatur: Quænam veniant in generali pignoris obligatione: In quibus casibus principali obligatione sublata pignus tamen remaneat, &ècontra. Quibus casibus pignus liberetur, remanente toto debito principali: Quis alteri in pignore, vel hypotheca præferatur:

Quan-

Quando creditor pignus vendere possit, & similia ? A quibus omnibus manum abstinebimus, nisi in quantum series articulorum nostrorum nobis materiam suppeditabit, & ad exsplicationem obligabit.

Cæterùm hic articulus proponit unum casum singularem : Si scilicet quis rem allodialem, vel feudalem possideat, & alius eidem difficultatem moveat, possessor verò opponat, rem sibi jure pignoris obligatam esse, an se propterea ab alterius molestia liberare possit ? Et respondet articulus, si instrumentis, aut duobus testibus probare possit, rem litigiosam pignus suum esse, quòd non obstante alterius oppositione cum pignore procedere possit, prout juris est. Ex quibus verbis aliqua necessariò deducenda sunt. 1

Primum est, quòd is, qui rem alienam titulo pignoris se possidere dicit, ante omnia ad probationem sui tituli obligatus sit. 2

Quod secundò maximè verum est, quando de dominio alterius liquidò constat, cùm enim jus dominij omni alio jure fortius sit, utique cedere debet ille, qui nudo titulo pignoris possidet, quando illum legitimis probationibus demonstrare non potest.

Deducitur tertiò, in tali casu incumbere jus pignoris alleganti, ut ejus constitutionem, prout juris est, vel documentis, vel testibus liquidò probet.

Diximus quartò, per documenta, aut testes, ex quo sequitur, utrúmque probationis genus sufficiens esse, prout etiam *Dñs. Rath. in diss. jur. de contin. controv. Jur. Commun. & Bavar. assert 75.* hujus opinionis est, de jure communi solo consensu ad constitutionem pignoris opus esse, sive pignus pro hypotheca acceptum nudo consensu contrahatur, sive per realem traditionem consumetur. *l. 1. in princ. & l. si rem alienam. 9. §. 2. ff. de pignor. act.* de quo tamen in continenti

Objicies, in articulo sequenti expresse statutum esse, quòd nulla hypotheca erigi possit, nisi sub fide instrumentorum, ut paulò post fusiùs exsplicabimus : In ipso pignore verò traditio, & possessio pignoris, loco instrumenti est, ut dicitur in *Artic. 3. Tit. subseq. 16.* Antequàm Respondeamus ad hoc propositum argumentum, supponendum est, articulum nostrum inter hypothecam, & pignus distinctionem facere, ut hypotheca propriè sit, quando alteri res quædam immobilis, vel mobilis (quia in hoc nulla distinctio est) nexu reali pignoris obligatur, creditori tamen pro securitate in manus suas non extraditur, sed à debitore apud se retinetur, sicut vicissim pignus est, quando res immobilis, vel mobilis alteri pro securitate in possessionem conceditur, tametsi communiter pignus in re mobili solùm consistere existiment. Respondemus igitur nunc, verissimam esse dispositionem *Art. 3. seq. Tit.* ut in hypotheca pro substantia, & validitate ejus scriptura requiratur, ut mox audiemus, in pignore verò traditio sit loco scripturæ : In hoc autem articulo non agimus, quid requiratur ad substantiam contractûs hypothecarij, vel pignoratitij, sed solummodò, quomodò uterque probetur, & hinc uterque modus probationis per instrumenta, & testes rectè admittitur, si enim præsupponas, super constitutione hypothecæ instrumentum erectum, sed posteà deperditum esse, nullum dubium est, quin hoc ipsum per testes probari possit, ut de pignore procedendi juxta articulum nostrum omni jure licentia sit, sicut ècontra, si quis sine legitimo instrumento nudo consensu, & traditione pignus constituerit, pignus accipiens, legitimus quidem possessor est, cùm nullo instrumento opus habeat, nihilominùs tamen ad contradictionem partis adversæ hoc ipsum, quòd ex pignorationis contractu realem traditionem acceperit, probare debet, & hoc quidem per litteraria documenta, vel testes legiti-

gitimos : Et ita intelligendus eſt hic paſſus articuli noſtri. Quando ſcilicet poſſeſſori pignoris ipſum jus pignoris litigioſum fit.

4 Sed ad alterum caput hujus articuli deveniendo quæritur, ſi poſſeſſori pignoris, non ipſum jus pignoris litigioſum reddatur, ſed alius ſuperveniens in eadem re pignorata jus aliquod prætendat, & proinde petat, ut poſſeſſor ſummam, pro qua ſibi res pignori data fuit, ſignificet, an ille ad ſpecificandam pignoris quantitatem obligatus ſit ? Et Reſpondet articulus, quòd ſic. Ad quod meliùs intelligendum, videtur nobis hæc eſſe materia *l. ſi pignus. 1. & l. prior. 5. Cod. qui pot. in pign.* Ex quibus conſtat, quòd, ſi quis eandem rem duobus pignori dederit, poſteriori creditori liberum ſit, priori debitum offerre, & rem pignoratam ad ſe recipere, juxta verba *l. 1.* qui pignus ſecundo loco accepit, ita jus ſuum confirmare poteſt, ſi priori creditori debitam ſummam ſolverit, aut, cùm obtuliſſet, iſque accipere noluiſſet, eam obſignavit, & depoſuit, nec in uſus ſuos convertit. Eadem ferè verba habet *l. 5.* quæ dicit : Prior quidem creditor compelli non poteſt, tibi, qui poſteriore loco pignus accepiſti, debitum offerre, ſed, ſi tu illi id omne, quod debetur, ſolveris, pignoris tuæ cauſa firmabitur. Licèt enim articulus loquatur de caſu, quo alius apud pignus tuum etiam jus aliquod prætendit, da ein anderer bey deinem Pfand auch ein Gerechtigkeit hat. Et ſic in ſpecie de duobus in eadem re diverſo tempore jus pignoris acquirentibus mentionem non faciat, tamen ſatìs veriſimile eſt, hanc legislatoris intentionem fuiſſe, cùm verba non loquantur de tertio in eadem re jus habente, ſed jus habente in eodem pignore, quod aliud eſſe non poteſt, niſi jus pignoris, quod in eadem re pluribus conſtitui poteſt ; Et ita intellexerunt articulum hunc jam in antiqua reformatione comprehenſum, licèt non ita fusè extenſum, Conſiliarij Principis ad examinationem novarum conſtitutionum conſtituti.

Hæc res tamen aliquas limitationes patitur, quas ad hujus loci intellectum oportet paucis exſplicare : Dicimus ergò primò, ex duabus dictis legibus certum eſſe, creditorem poſteriorem jus habere, priorem creditorem per ſolutionem à pignore, vel hypotheca ſua removendi : Licèt enim, ſi diverſis temporibus ſeparatim res fuerit pluribus obligata, potior ſit ille, qui priùs credidit pecuniam, & jus ſuum cum effectu acquiſivit. *l. 2. 7. & 8. Cod. qui pot. in pign. &c.* tamen ſecundo creditori hoc indulgetur privilegium, ut primo creditori ſatisfactionem præſtando pignus ſibi ſoli acquirere, & jus ſuum, ut prædicti textus loquuntur, confirmare poſſit.

5 Nec intereſt ſecundò, ſi primus creditor pignoratitius ſolutionem accipere recuſet, quia in ejus poteſtate non eſt, per ſuam recuſationem ſolutionem impediendi, ſed poteſt poſterior creditor pecuniam judicialiter deponere, & ſic prius pignus, ſive priorem hypothecam ſibi acquirere, ut jus ſuum in re pignorata, ſive hypothecata firmius reddatur, & hinc juxta articulum noſtrum juſtè petit à priore creditore, ſibi quantitatem crediti ſui fideliter denunciari.

6 Hoc tamen tertiò ita demum verum eſt, ſi neuter ex duobus creditoribus pignoratitijs, & hypothecarijs in poſſeſſione ſit, nam, ſi primus fortè creditor hypothecarius, ſive pignoratitius ipſam rem ſibi pignori, vel hypothecæ nexam poſſideat, in ipſius poteſtate eſt (ſi velit,) poſteriori creditori ſatisfactionem dandi, & rem pignoratam ab ejus prætenſione liberandi, dicta *l. prior. 5. Cod. qui pot. in pign.*

7 Et hoc quartò mirũ non eſt, cùm etiam quilibet alius extraneus poſſeſſor creditorem hypothecarium repellere poſſit, ſi eidem actualem, & realem ſatisfactionem offerat. *l. Paulus reſpondit. §. qui pignoris jure ✓. ff. quib. mod. pign. vel. hypoth. ſolvant.* Ubi expreſsè dicitur, qui pignoris jure rem perſequitur, à vindicatione rei eum removeri debere, ſi qualiſcunque poſ-

ſeſſor

ſeſſor offerre vellet ; Rationem addit , neque enim debet quæri de jure poſſeſſoris , cùm jus petitoris removeatur ſoluto pignore.

Diximus quintò ſupra , de re duobus diverſis temporibus obligatâ : Quid ſi autem duobus fuerit obligata uno eodémque tempore ? Videntur ſinguli concurſu ſuo pignus pro cujuſque parte diviſiſſe : Et hinc cujuslibet hypotheca ſpecialis , & ſeparata eſt, & neutri parti licet, per ſolutionis oblationem alteri jus ſuum invertere. 8

Niſi fortè ſextò unus ex his ſimultaneis creditoribus rem totam poſſideat , tunc enim alteri ſolutionem offerendo rem ab illius obligatione pignoratitia liberat , ſi enim hoc extraneus quilibet poſſeſſor poteſt , dict: *l. Paulus.* cur non etiam ille , qui in re poſſeſſa pro parte , licèt ſeparata jus pignoris habet ? 9

Vel ſeptimò ab initio inter partes convenerit , ut cuilibet pignoratitio creditori res in ſolidum ſit obligata ; Nam hoc in caſu , uterque creditor pignoratitius adversùs debitorem , & adversùs extraneum poſſeſſorem pro avocanda rei pignoratæ poſſeſſione actionem realem habet , inter ipſos creditores verò actio hypothecaria non datur : Et hinc, ſi unus ex ijs priùs egerit , & poſſeſſionem à debitore , vel extraneo conſecutus fuerit , altero eo modo, quo ſequitur, potior eſt, cùm conditio poſſidentis ſemper ſit melior. *Perez. ad tit. Cod. qui pot. in pign. n. 1. & ſeqq.* Ubi hanc materiam fuſiùs exſplicat. 10

Et ex his , quæ nunc diximus, octavò apparet, jus pignoris , quod traditione rei contrahitur , firmius eſſe jure hypothecæ , quod conſtituitur re hypothecata in manibus debitoris remanente , non quidem ad hunc effectum , ut pignoratitius creditor , qui rei poſſeſſionem habet , ſi poſterior ſit , præferatur hypothecario creditori poſſeſſione rei deſtituto, cùm, qui prior eſt tempore , ſemper etiam prior ſit jure , ut ad ſequentem articulum dicemus : Sed ad hunc effectum , ut pignoratitius creditor rem poſſidens alterum hypothecarium creditorem priorem, offerendo debiti quantitatem, per ſolutionem , vel depoſitionem repellere , & jus ſuum pignoris confirmare poſſit, tametſi ultrò fateamur, juniori creditori pignoratitio , ſive hypothecario etiam hoc jus competere, quamvìs poſſeſſionē rei conſecutus non fuerit , ut probavimus ex *l. 1. & l. 5. Cod. qui pot. in pign.* 11

Si dicas, articulum noſtrum non eſſe intelligendum ſolummodò de ſecundo creditore pignoratitio , vel hypothecario , ſed etiam de quocunque alio , qui in tali re pignori data jus aliquod juſtè prætendit , cùm articulus utatur verbo generali , Hat aber jemand zu demſelbigen Pfand auch Gerechtigkeit / und begehrt von dem Innhaber deß Pfands die Summa / darumb jhme ſolches Pfand geſetzt / zu benennen / daß ſoll der Innhaber zuthun ſchuldig ſeyn / Tecum non multùm litigabo , ſi tertium tale jus habere præſupponas , quo alterius hypothecam poſſit excludere : E. C. ſi quis in re alteri obligata , ſive hypothecata habeat jus dominij , talis enim rem ſuam propriam alteri hypothecatam vindicare poteſt , cùm res aliena nec obligari , nec pignori dari poſſit. *tot. tit. Cod. ſi aliena res pignori data ſit. l. qui filios. Cod. quæ res pign. &c. Mozz. de pign. & hypoth. col. 2. n. 2. & ſeqq.* Et actio rei vindicatoria ſit ante omnes alias actiones tam reales , quàm perſonales : Nec talis opus habet , petere , ut ſibi quantitas debiti hypothecarij ſignificetur , cùm rem ſuam ſine ulla pretij reſtitutione recipiat , & creditorem hypothecarium pro indemnitate ad debitorem remittat. Deinde , ſi ponas, aliquem tertium in eadem re jam priùs ex quacunque legitima cauſa poſſeſſionem adeptum fuiſſe , certè talis , tametſi creditor hypothecarius non ſit , jus habet, quantitatem,pro qua alteri poſtmodùm hypothecata eſt, indagandi , cùm illi jure poſſeſſionis , & retentionis facultas concedatur , hypothecario creditori pecuniam debitam offerendi, & ſic poſſeſſionem ſuam firmandi , dict: 12

l. Paulus respondit. 12. §. qui pignoris jure. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth &c. l. mulier. 12. ff. qui pot. in pign. Ubi dicitur, quòd justus possessor rei alteri oppignoratæ possit eidem pecuniam creditam offerre, & cessionem actionis impetrare. Similis textus est in *l. si fundus. 16. §. in vindicatione pignoris. 2. ff. de pig. & hypoth.* Ubi dicitur, quòd actio hypothecaria contra tertium rei possessorem disiunctivè detur, ut rem restituat, aut pecuniam solvat. Justè igitur quilibet possessor quantitatem debiti indagat, ut deliberare possit, an velit actioni cedere, & rem restituere, vel potiùs offerendo pecuniam debitam, possessionem suam firmare.

13 Si autem ponas, nudum creditorem chyrographarium Titij ab ejus creditore hypothecario scire velle quantitatem summæ pignoratitiæ, nullam id faciendi necessitatem invenimus: Per rationem, quia, ut diximus, prætensionem non habet, qua creditori pignoratitio jus suum intervertere possit, nam simplex chyrographarius non poterit sibi, offerendo creditori hypothecario solutionem, jus suum confirmare, neque in locum ejus succedere, nisi inter ipsum chyrographarium creditorem, & debitorem principalem, vel hypothecarium creditorem nominatim, & specialiter conventum sit, ut hypothecario, cui solvit, in pignus succedat. *l. 1. Cod. de his qui in prior. credit. &c.* vel tempore solutionis officio judicis obtinuerit, ut in locum hypothecarij, cui solutio facta est, substituatur. *l. 2. Cod. eodem. & l. 11. Cod. de fidejuss.*

14 Sed quid dicendum est, si E. C. alius in re tertio pignori data aliud quoddam jus obtineat, quod constitutioni pignoris nihil officit: E. C. quidam feudalis dominus, emphyteuticarius, vitaliticus, & similis, &c. obligat directum dominium suum jure pignoris, aut hypothecæ, quod sine dubio facere potest, juxta ea, quæ tradit *Mozz. ad tit. de pign. & hypoth. col. 2. n. 26.* Annè vasallus, vel emphyteuta, offerendo solutionem, creditorem hypothecarium expungere potest? Ratio dubitandi hæc est, quia creditor secundus, qui posteriorem hypothecam acquirit, per solutionem primò creditori hypothecario factam ipsum dimittere potest; Ergò multò magìs vasallus, vel emphyteuta, quoniam ipse in re feudali, vel emphyteuticaria videtur potius jus habere, quàm secundus creditor hypothecarius; Ipse enim non nisi jus reale hypothecæ, & pignoris, hic autem jus dominij utile habet, quod utique fortius, & majoris efficaciæ esse debet. Sed nobis videtur, nec vasallo, nec emphyteutæ jus esse, ut secundùm dispositionem articuli nostri ab hypothecario, & pignoratitio creditore designationem debiti sui petere, aut ipsum contra voluntatem per oblationem, & solutionem paratæ pecuniæ ad cessionem juris sui hypothecarij, & pignoratitij adigere possint, Ratio patet ex supra dictis, quia dominium directum, & dominium utile inter se diversa sunt; Et licèt neque vasallus, neque emphyteuta jus suum sine consensu domini directi saltem ex constitutione Statutorum nostrorum Provincialium oppignorare possint, tamen domino semper liberum est, jus suum directi dominij sine ulla dependentia à vasalli, vel emphyteutæ voluntate quocunque titulo alienandi, vel gravandi. Et, quia directi dominij alienatio, vel oneratio vasallo, aut emphyteutæ tanquam res prorsùs separata nullum præjudicium parit, nec ipsi jus suum magìs confirmat, aut infirmat, non videmus, illis jus, aut facultatem esse, per oblationem solutionis, factum domini sui sine quasi injuria infirmandi.

15 Idem dicendum est de illo, qui in fundo alieno usumfructum, usum, & habitationem, vel aliud jus reale habet, nam ejusmodi juribus non obstantibus, dominus proprietarius rem suam alienandi, & obligandi liberam potestatem habet, quam usufructuarius, aut usuarius impedire non potest, nec invenio ullibi dispositum, quòd usufructuarius, vel usuarius hypothe-

ca-

carium creditorem proprietatis per oblationem pecuniæ creditæ à jure suo dimittere possit: Ratio semper eadem est, quia jus proprietatis, & jus ususfructûs, sive usûs diversa sunt, jus autem dimissionis non competit creditoribus in rebus diversis, sed in re una, eadémque, & ut articulus dicit: Wann jemand zu demselbigen Pfand auch Gerechtigkeit hat.

An autem usufructuarius, & usuarius jus suum alteri pignori dare possint, vel potiùs commoditatem juris, vid. apud *Mozz. loc. cit.* Nostra intentio non est, hac in parte ulteriùs exspatiandi.

Quatenus autem, & in quantum ille, cujus pecuniâ antiquior creditor hypothecarius dimissus est, in ejus locum succedat, exsplicavimus ad *Tit. 2. Artic. 19.* Vers: *item* widerumb / deß Gandt-Proceß / quò Lectorem remittimus.

Der Sechste Articul.

Versetzt jemand dem anderen zu einem sonderbahren oder Special-Pfand ein Guet / das aigen oder Lehen ist / vnd dasselbig Pfand dannoch in seiner Gwalt behält / vnd jenem / dem er es versetzt hat / allein mit Geding / vnnd nit mit würcklicher Einantwortung vnderthänig gemacht / dem soll der Verpfänder / oder Versetzer / glaubwürdig Brieff vnd Urkundt darumb geben / vnd sonsten die Verpfändung nit kräfftig seyn. Da er auch hernach solch Pfand verkauffte / soll er es deme / welchem er es verschriben hat / daß ers verkaufft hab / zu kundt thuen / auch mit dem Kauffer handlen / deme welcher das Underpfand auff dem Guet hat / einen Schein zegeben / daß er die Schuld / darumb das Guet verpfänd ist / auff sich genommen hab / vnd dasselb noch fürterhin / wie zuvor / ohne Neuerung / vnd daß darumb der erste Haubt-Schuldner / der Schuld / ehe sie würcklich bezahlt / nicht ledig seye / sein deß Glaubigers Underpfand seyn / vnd bleiben soll; Dergestalt / wo der Glaubiger alsbalden auff das Pfand klagen wolte / der Innhaber jhne nicht möge zuvor an den Verkauffer weisen; Thäte er aber solches nit / soll er deßhalben der Gebühr nach gestrafft werden / vnd darzu dem / welchem das Guet versetzt ist / allen Schaden / da er deßhalben einen erlitten / erstatten.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit differentia inter pignus, & hypothecam?*
2. *An ad constituendam hypothecam de Jure Bavar: pro forma, & solennitate actûs requiratur scriptura?*
3. *Quæ scripturæ, & litteræ dicantur authenticæ?*
4. *Si quis ante longum tempus hypothecam constituit, sed primùm hodiè instrumentum erigi curavit, an cedere debeat omnibus hypothecis intermedio tempore constitutis?*
5. *An præferantur hypothecarij creditores intermedij à domino constituti primo tantùm constituto à procuratore, vel mandatario, etsi subsequatur ratificatio domini?*
6. *Utrùm in hypothecatione feudi, vel emphyteusis requiratur præter consensum etiam domini directi instrumentatio?*
7. *An hypotheca sine scriptura ante constitutiones Bavaricas constituta valeat?*
8. *Quando maritus sub hypotheca suorum bonorum dotem assecurat, an dotalitiũ pro valore hypothecæ sufficiens instrumentum sit?*

9. An hypothecatio civium in pactis dotalibus facta cedere debeat hypothecariis instrumentis judicialiter erectis?

10. & 20. Utrùm instrumentum æquè requiratur in hypotheca generali, sicut speciali?

11. Debitor potest vendere hypothecam, ita tamen, ut res transeat cum onere, sive creditor alienationi consentiat, vel non, & hoc de jure communi.

12. An non de Jure Bavarico aliud sit statutum, & quid?

13. Si debitor creditori non denunciaverit alienationem, an alienatio sit nulla?

14. In quam pœnam incidat debitor, si denunciationem negligat?

15. Quid si debitor rem hypothecâ nexam pro libera vendat?

16. Quando sine præscitu creditoris alienatio rei specialiter hypothecatæ fit, an novo possessori beneficium excussionis, & ordinis denegetur?

17. & 18. Sed quid si creditor consentiat ad alienationem, & quidem formaliter?

19. An in alienatione hypothecæ generalis etiam creditoris denunciatio, & consensus requiratur, adhoc, ut novus possessor exceptionem ordinis opponere possit?

DIximus hactenus, quomodò jus pignoris, & hypothecæ instrumentis, & testibus probari possit, & debeat: Nunc in hoc articulo agitur de constitutione pignoris, & hypothecæ, inter quæ duo, ut in præcedenti articulo sufficienter exsplicavimus, magna differentia est, cùm utique aliud sit, probare pignus, vel hypothecam, & probare cujúsque constitutionem legitimè factam.

1 Ante omnia autem prior distinctio inter pignus, & hypothecam, vnder einem Pfand/vnd Underpfand / hîc repetenda est, pignus, sive ein Pfand / dicitur, quod creditori ad manus traditur, hypotheca verò, sive ein Underpfand / dicitur, quando res onere hypothecæ affecta retinetur in possessione, & manibus debitoris.

De pignoribus, von den Pfanden / agitur in sequentibus, & maximè *Tit. 16.* De constitutione hypothecæ verò in præsenti articulo, in quo regula ponitur, tametsi de jure communi ad constitutionem hypothecæ scriptura neutiquam requiratur, sed illa nudo consensu contrahi possit. *l. 1. in princ. & l. si rem alienam. 9. §. 2. ff. de pignor. act. l. contrahitur. ff. de pignor. & hypoth. Mozz. de contract. tit. de pign. rubr. de substan. n. 6. Rath. in contin. differ. Jur. Commun. & Statut. assert. 75. litt. A.* De jure tamen Ba-
2 varico, si quis alteri bonum allodiale, vel feudale pro speciali hypotheca obligat, nihilominùs tamen illud in sua potestate retinet, & alteri, cui obligavit, tantùm ex conventione, ut articulus dicit, mit Geding / & non actuali traditione subjectum facit, vnd nit mit der Einantwortung vnderthänig macht / talis hypothecarius debitor creditori authenticas litteras, & instrumenta desuper erigere debet, aliàs constitutio hypothecæ inefficax est. Requiritur ergò scripturæ erectio pro forma, ac solennitate actûs, quâ non adhibitâ constitutio hypothecæ nulla, & invalida est. Confirmatur hoc in *Art. 20. & 21. Tit. 2.* deß Gand-Proceß. Ubi similiter dicitur, quòd hypothecariæ constitutiones, quæ non sunt factæ secundùm formam, & modum ibi præscriptum, sovil das verschribene Underpfand betrifft / gantz vnd gar vngiltig / vnnd ohn alle Freyheit eines Underpfands seyn sollen. Id est, quòd penitùs sint invalidæ, & privilegio hypothecæ destitutæ. Ad hoc
3 autem exsplicandum, quæ litteræ, sive scripturæ dicantur authenticæ, glaubwürdig / recursus sumendus est ad ea, quæ diximus ad citatum *Art. 20. & 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Ubi 1. statuitur, quòd rusticorum, & ruralium personarum hypothecariæ obligationes erigi debeant coram ordinario cujuslibet magistratu, vor ihres jeden Obrigkeit / ut proinde instrumentum judiciale necessarium sit, quo deficiente, deficit realis obligatio

hypo-

hypothecaria, & creditori personale, & chyrographarium debitum remaneat. Si autem 2. Personæ nobiles, Consiliarij, & officiales Principis, Doctores, & Licentiati, ac denique Patritij in civitatibus Metropoliticis super hypothecarijs suis obligationibus instrumenta confecerint, subscripserint, & sigillaverint, illa habentur pro authenticis, ita ut non minorem fidem habeant, quàm instrumenta judicialiter erecta, ut ibidem fusiùs exsplicavimus. Aliæ verò 3. Personæ privatæ, exceptis, ut diximus, rusticis, & ruralibus plebeis hominibus, jus habent, ut etiam instrumenta sua hypothecaria, & pignoratitia coram notario, & testibus, aljisque personis jus sigillandi habentibus erigere possint, ita tamen, ut talia instrumenta in concursu creditorum instrumentis judicialiter erectis cedere debeant, ut ibidem latiùs exposuimus: Et in hoc inter jus commune, & jus nostrum statutarium differentia est, cùm constitutio hypothecæ de jure communi, sive fiat cum rei traditione, sive sine illa, ad instrumentorum qualiumcunque erectionem non sit adstricta, sicut tamen pro qualitate personarum ex articulo nostro semper scripturæ interventio requiritur, quod inter differentias annotare placet. *Diff.*

Et ex hoc rectè infert *D. Rath. loc. cit.* si res aliqua ante decem annos Titio fuerit hypothecata, & eo nomine hodie primùm instrumentum erectum, quòd Titius omnibus alijs hypothecis intermedio tempore legitimè constitutis cedere debeat. 4

Si dicas, instrumenti erectionem ex post facto subsecutam retrahendam esse ad tempus contractæ constitutionis hypothecariæ. Rectè idem D. Rath opponit, quòd ista retrotrahitio in præjudicium aliorum, qui intermedio tempore legitimas hypothecas consecuti sunt, admitti non debeat, eò quòd actus ab initio sine debita solennitate, ac forma factus, fuerit ipso jure nullus, & invalidus, ubi in specie tradit ex *Socino, & Barth:* quòd actus nunquàm retrotrahatur, quando constat de defectu rei, vel personæ ab initio.

Instabis, si ab initio in contractu hypothecæ convenerit, ut instrumenta primùm post decem annos desuper erigantur, videtur contractus esse conditionalis, & proinde talem creditorem hypothecarium post decennium elapsum reliquis fore potiorem, qui intermedio tempore in eadem re sibi de hypotheca vigilàrunt, eò quòd conditionalis contractus semper retrotrahatur ad initium, quo initus est, non quo conditio exstitit. Sed Respondemus, talem contractum potiùs esse in diem, quàm sub conditione, & quia factus est sine forma, & solennitate legis, ipso jure nullus, & invalidus fuit, sive præsupponamus, sub conditione, vel in diem initum esse: Si igitur post decennium elapsum primùm instrumentatio accedit, ab eo die censetur novus contractus initus, qui, cùm posterior sit, anterioribus hypothecarijs meritò cedit. Habet D. Rath alium casum valdè conformem, 5 ponit enim, quòd quidam procurator rem domini sui alteri hypothecariè obligaverit sub conditione, si dominus ratihabuerit: Quæritur igitur, si ratihabitio domini subsequatur primùm post aliquot menses, intrà quos ipse dominus eandem rem alijs quoque hypothecariè obligavit, an hypothecarius creditor primus à mandatario constitutus post subsecutam domini ratificationem intermedijs creditoribus potior sit? Et rectè ex principijs nostris Provincialibus respondemus, si primus hypothecarius non acceperit pro constitutione hypothecæ suæ authenticas litteras, quòd intermedij creditores, qui ab ipso domino hypothecariam obligationem legitimis instrumentis firmatam acceperunt, potiores sint; quoniam defectus litterarum, quarum impertiendarum potestatem fortè procurator, sive mandatarius non habuit, primi creditoris jus hypothecarium omninò infirmat: Imò D. Rath putat, tametsi ejusmodi contractus pignoratitius, sive hypothecarius solo consen-

ſu initus valeat, quòd tamen creditor hypothecarius primus non præferatur creditoribus hypothecarijs poſterioribus ab ipſo domino conſtitutis, eò quòd ratihabitio ſuperveniens in præjudicium intermediorum creditorum retrotrahi non poſſit: Sed hoc ulteriorem ſollicitam diſquiſitionem admittit, tibi benevole Lector relinquendam.

6 Ulteriùs obſervandum eſt, tametſi articulus noſter præſens in genere tantùm loquatur de contractu hypothecario per ipſum debitorem authenticis litteris judicialibus, ſive alijs pro qualitate perſonarum, juxta ſuperiùs dicta requiſitis, quòd tamen in *Art. 20. & 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / in caſu, quo res feudalis, aut emphyteutica, hypothecariè obligatur, etiam conſenſus domini requiratur: Imò, ſi dominus feudalis, vel emphyteuticus in vaſallum, vel ſubditum ſuum emphyteuticum juriſdictionem habet, litteræ ab ipſo debitore, vel coram ordinario ſuo magiſtratu, vel coram notario, & teſtibus, aut alijs perſonis jus ſigillandi habentibus erectæ nullum prorsùs vigorem, & validitatem conſequuntur, quia judex feudalis, vel emphyteuticus hac in parte ordinarius eſt. V. G. Si ponas, aliquem civem præcipuum habere prædium feudale, ſive emphyteuticum extra urbem ſub juriſdictione Titij, à quo in feudum, vel emphyteuſin tenet, ſitum, talis civis non ſatisfacit articulo noſtro, ſi feudum, vel emphyteuſin hypothecando, curet, coram magiſtratu civico, vel notario, & teſtibus inſtrumentum erigi, cùm hæc inſtrumenti erectio ſpectet ad ordinarium magiſtratum feudi, vel emphyteuſis, nec conſenſus nudus domini directi feudalis, vel emphyteutici ſufficiat, ſed requiratur per expreſſum ipſius domini directi inſtrumentatio propria manûs ſubſcriptione, & ſigillatione facta, dict: *Art. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß/ & *Art. 3. Tit. 9.* ac *Art. 7. Tit. 12.* der Land-Recht / cum hac tamen differentia, quòd dominus feudi in cauſis vaſalli ipſum feudum concernentibus, ut locis citatis diximus, ſemper habeat ordinariam juriſdictionem, dominus emphyteuticus verò non niſi ex jure reali, aut perſonali ſibi competente: V. G. ſi emphyteuſis in ſua Hoffmarchia ſita, vel ipſe in bonis ſeparatis, in den einſchichtigen Güteren / ex jure perſonali juriſdictionis capax ſit.

7 D. Rath ad hanc regulam, quòd conſtitutio pignoris debeat fieri per ſcripturam, hanc limitationem annectit, niſi conventio hypothecaria inita fuerit ante erectionem harum conſtitutionum noſtrarum Provincialium, eò quòd leges in dubio futuris tantùm, non item præteritis, aut pendentibus negotijs formam dent. *l. leges. Cod. de legibus. Nov. 66.* Reichs-Abſchid / *de Anno 1529. Spiræ publicato.* Land-Recht. *Tit. 49. Art. 1.* Sed hæc limitatio ſupervacanea eſt, cùm hæc conſtitutio de nullitate hypothecæ ſine ſcriptura, vel inſtrumento erectæ jam comprehenſa fuerit in Reformatione de Anno 1588. Juxta verba *Art. 6. Tit. 28.* poſita. Wer dem anderen Pfand verſetzt / daß aigen / oder Lehen iſt / vnnd daſſelbe Pfand dannoch in ſeiner Gewalt behält / vnd jenem / dem er es verſetzt hat / allein mit Geding vnderthänig macht / dem ſoll der Verpfänder / oder Verſetzer NB. glaubwürdige Brieff / vnd Urkundt darumb geben / & in antiquiſſimo libello de Anno 1384. *cap. 17. verſ. 2.* Ex quibus locis clarè conſtat, jam ante novas conſtitutiones Bavaricas ad validitatẽ hypothecæ conſtitutæ litterarum erectione opus fuiſſe, licèt ibi expreſſa annullatio actûs non reperiatur appoſita.

8 Quæres, cùm in pactis dotalibus plerumque maritus dotem aſſecuret ſub certa ſpeciali, vel ſaltem generali hypotheca bonorum ſuorum: An ejuſmodi inſtrumentum dotalitium pro valore hypothecæ ſufficiens ſit? Et Reſpondemus, ſi agatur de pactis dotalibus ruſticorum, & plebejorum hominum ruralium, quòd juxta *Artic. 18. Tit. 1.* der Land-Recht / fieri debeant coram ordinario magiſtratu, ut proinde fungantur fide inſtrumenti publici, & judicialis; At cùm in oppidis, & civitatibus inter cives fieri

poſ-

poſſint adhibitis teſtibus, proprijs paciſcentium ſubſcriptionibus, & ſigillationibus, majus dubium eſſe poteſt, an ejuſmodi ſcriptura habenda ſit pro authentica, ut actum hypothecationis confirmet, & ſtabiliat? Sed nos nullo modo dubitamus, hypothecationem in talibus pactis dotalibus factam ratam, & firmam eſſe: Per rationes 1. Quòd talia pacta dotalia inter cives erecta *Art. 18. & 19. Tit. 1.* der Land-Recht / expreſsè approbentur; Modò 2. pacta dotalia ſcribantur in archigrammathæa, ſive Cancellaria civica, ut dict: *Artic. 19.* per expreſſum requirit: Quamvìs 3. ſæpè viderimus, pacta dotalia inter primarios cives contracta pro firmis habita fuiſſe, tametſi in archigrammathæa non fuerint mundata, ſive, ut practici loquuntur, ingroſſata, ſed privata tantùm manu conſcripta, fortè propterea, quòd numerus teſtium copioſior in pactis dotalibus adhibere ſolitus archigramathæi ſcripturam ſuppleat. Vide, quæ diximus *ad eundem Art.* Certè 4. perſonæ privatæ, juxta *Art. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / hypothecarias obligationes coram notario, vel alio jus ſigillandi habente, & tribus teſtibus erigere poſſunt, ita ut pro inſtrumentis publicis habeantur, & conſtitutionem hypothecæ plenariè probent, ergò etiam in pactis dotalibus, cùm in ijs plerumque plures teſtes adhibeantur, ideóque minoris efficaciæ eſſe non debeant, quàm talia documenta litteraria coram notario, aut alio ſigillatore, & teſtibus erecta.

Sed mox hìc exſurgit alia quæſtio, an hujuſcemodi hypothecatio in 9
pactis dotalibus civium facta etiam cedere debeat hypothecarijs inſtrumentis judicialiter erectis? Ratio dubitandi eſt, quia, ut diximus, civium inſtrumenta coram notario, & teſtibus erecta cedunt judicialibus inſtrumentis hypothecarijs, ergò etiam pacta dotalia civium: Sed nobis videtur, ſalvo aliorum judicio, hypotheca in pactis dotalibus conſtituta majoris roboris eſſe, quàm hypotheca conſtituta à cive per inſtrumentum notarij, quia talia pacta dotalia, quaſi publicam approbationem à lege habent, & judicialibus inſtrumentis propterea videntur æquiparata, cùm ſaltem archigrammathæj ſcriptura requiratur, quæ loco fidei publicæ eſt: Hinc videant illi cives, qui archigrammathæj ſcripturam negligunt, & pacta ſua dotalia ſoli privato ſcribenda concredunt, an dicto *Artic. 19. Tit. 1.* ſatisfaciant, ut ſcilicet cum hypotheca ſua in pactis dotalibus conſtituta judicialibus inſtrumentis æquiparari, & conſequenter cum ijs de prioritate certare poſſint?

Sed quare articulus noſter ſtatim in prima linea loquitur tantùm de ca- 10
ſu, quo ſpecialis hypotheca conſtituitur, annè exinde ſequitur, quòd in generali hypothecatione omnium bonorum ſcripturæ, ſive inſtrumenti erectio omninò non ſit neceſſaria? Sed Reſpondemus, *Art. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / generaliter in omnibus obligationibus hypothecarijs ſcripturam pro neceſſitate, & ſolennitate requirere, quod in *Art. 21.* ſubſequenti repetitur, ut ita nullum prorsùs dubium ſit, quin in generali hypothecaria obligatione inſtrumentatio non minùs neceſſaria ſit, quàm in ſpeciali: Cùm in utrâque eadem ſubſit ratio, quæ in dict: *Art. 20. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / exprimitur: Imò magìs ſubeſt in generali, cùm obligatio hypothecaria generalis afficiat omnia bona, ſpecialis verò tantùm ſingularia. Quare autem articulus noſter de ſingulari, & ſpeciali tantùm hypotheca loquatur, in fine addemus, interim videtur nobis ratio eſſe, quòd hypothecæ generales raro conſtituantur ſeparatim, ſed plerumque præmittatur ſpecialis, & poſtmodùm annectatur generalis, dicendo: V. G. Titio pro hac, vel illa ſumma obligo hoc, vel illud prædium, & in defectum, quo ex illo ſatisfactionem habere non poſſit, omnia alia mea bona mobilia, & immobilia, &c. prout quotidianæ formulæ inſtrumentorum communiter hujus tenoris ſunt: Deinde hypothecæ legales, ſive tacitæ plerumque generales ſunt, ut hypotheca competens mulieri pro ſecuritate do-

dotis : Pupillo ; vel minorenni , Ecclesiæ , & alijs pijs caufis in bonis tutorum , curatorum , vel adminiftratorum , & fimiles , quæ erectione instrumenti publici , & judicialis non indigent , cùm non ex facto hominis , fed ex difpofitione legis oriantur : Aliud autem dicendum eft de hypothecis conventionalibus , quoniam illæ in omni cafu hominis facto , & confequenter fcripturæ erectione opus habent ; Ut igitur verba articuli noftri reftrictiva non fint , fed potiùs exemplificativa , nullam enim efficacem rationem comprehendere poffumus , quare facto hominis non poffit fieri hypotheca fpecialis , fed tamen generalis , cùm , ut alibi ad proceffum edictalem diximus , hypotheca generalis cum hypotheca fpeciali fit ejufdem efficaciæ , ut generalis prior vincat fpecialem pofteriorem.

Ulteriùs in hoc articulo difponitur , quòd hypothecarius debitor , fi rem hypothecatam ex poftfacto vendat alteri , cui hypothecam in ea conftituit , venditionem factam notificare debeat , & emptorem obligare , ut debitum , pro quo alter hypothecam accepit , in fe recipiat , ita ut impofterùm , ficut ante , res fine novatione in ftatu quo permaneat , nec debitor principalis ab obligatione fua liberetur , antequàm creditor hypothecarius plenariam folutionem , & fatisfactionem confequatur. Ex qua difpofitione iterum aliqua fingulariter notanda funt.

11 Primum eft , quòd debitor fit , & maneat rei hypothecatæ dominus , & confequenter liberam illius alienandi poteftatem habeat. *l. ficut.* §. *non videtur. ff. quib. mod. pign. &c. l. alienatio. 67. ff. de contrah. empt.*

Ita tamen fecundò , ut res oppignorata, five hypothecata vendita tranfeat cum onere fuo , dict: *l. alienatio. 67.* & jus pignoris ubique duret, juxta regulam , quòd res tranfeat cum onere , vel caufa fua. *l. cùm pater.* §. *menfe. ff. de leg. 2. cap. ex litteris. 5. circa fin. x. ff. de pign. cap. paftoralis. 8. x. de decimis. Gail. 1. obferv. 21. n. 12. l. fi debitor. 12. Cod. de diftract. pign.* qui textus exprefsè de alienatione pignorum agit.

Et hoc tertiò, de jure comuni in tantum locum habet, five creditor alienationi, & venditioni confenferit, five non , quoniam confenfus ejus neceffarius non eft, eò quòd jus ipfius pignoris etiam poft venditionem , & alienationem apud tertium poffefforem in falvo fit , dict: *l. ficut. 8. non videtur. 14. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. &c.*

12 Quamvìs quartò , hac in parte inter jus commune , & jus ftatutarium
Diff. differentia fit , cùm articulus nofter exprefsè difponat, quòd debitor, fi rem pignori , vel hypothecæ obligatam vendiderit , illud creditori denunciare , & , ut diximus , cum emptore convenire debeat , ut debitum in fe sufcipiat , & creditori defuper fyngrapham det , quòd ipfi pignus, five hypotheca in falvo manere debeat ; Et , cùm per talem alienationem nulla novatio fiat , principalis debitor impofterùm non minùs obligatus fit , quàm hactenus fcilicet ante venditionem , & alienationem fuerit.

13 Quid fi autem quintò , debitor hypothecam , feu pignus alienans denunciationem creditori faciendam intermiferit ? Eftné propterea alienatio nulla ? Et Refpondemus , alienationem tamen valere , cùm debitor , ut diximus , rei hypothecatæ , five pignoratæ dominus fit , & proinde ejus alienandæ poteftatem habeat : Et hinc articulus nofter dicit , quòd debitor alienans venditionem , five alienationem factam , non faciendam , creditori denunciare debeat , quod fignum eft , creditori jus impediendi alienationem non effe , nec illam fine ejus confenfu factam irritam , aut invalidam : Cùm nulla claufula caffatoria , five annullatoria actûs inveniatur appofita.

14 Interim fextò , debitor denunciationem negligens incidit in pœnam judicis, ut nobis videtur, arbitrariam : Nam, licèt *Art. 8. Tit. 28.* der Reformation de Anno 1588. quantitatem pœnæ determinet ad dimidium interef-

tereſſe, & damni, quod creditor ex præpoſtera debitoris alienatione incurrit, ſed, cùm articulus de hac determinatione nihil dicat, perſuaſum nobis eſt, legislatoris intentionem fuiſſe, determinationem judicis arbitrio committendi. Attamen, cùm de jure communi debitor pignus inſcio quoque debitore vendens nullam pœnam incurrat, exinde iterum nova differentia inter jus commune, & ſtatutarium annotanda eſt. *Diff.*

Verùm extra pœnam ſeptimò, nihilominùs creditori damnum, & intereſſe, ſi quod paſſus fuit, refundendum eſt.

Quid ſi autem octavò, debitor rem pignori, vel hypothecæ nexam 15 pro omninò libera vendat, für ledig/ und frey? Certè pœna debet eſſe durior, & gravior, cùm crimen ſtellionatûs committat, utpote graviori coërcitione dignum. *l. 3. ff. l. 1. & 4. Cod. de crim. ſtellion.*

Quin imò nonò, etiam novo poſſeſſori pignoris, aut hypothecæ adimitur beneficium ordinis, & excuſſionis, ita ut creditori exceptionem non poſſit objicere, ut priùs conveniat debitorem principalem, juxta verba, Dergeſtalt / wo der Glaubiger alſobalden auff das Pfand klagen wolt / daß der Innhaber ihne zuvor nit möge an den Verkauffer weiſen / circa quam materiam graviſſima inter DD. quæſtio examinanda venit, an hypothecarius poſſeſſor rei ſpecialiter obligatæ contra creditorem exceptionem beneficij excuſſionis, ſive ordinis habeat, remittendo illum ad priùs excutiendum debitorem principalem propter diſſidium, quod videtur eſſe inter *Novell. 4. cap. 2.* & inter *Novell. 112. cap. 1.* de quo vid: *Theſaur. deciſ. 51. ferè per tot. Cujacius. lib. 8. obſerv. cap. 9.* quæ incipit: *Pauci intelligunt. Gail. lib. 2. obſerv. 27. num. 7.* Nam, ſi in caſu, quo debitor in ſpecie aliquas res, fundos, vel prædia pignori dedit, & poſteà eadem alienavit, creditori liberum eſt, illa bona, & prædia ſibi in ſpecie hypothecata à tertio poſſeſſore vindicare abſque omni excuſſione debitoris, per text: expreſſ: in *l. diſtractis. 14. Cod. de pignor.* & dict: *Novell. 112. cap. 1. §. 3.* hic articulus de ademptione privilegij, ſive beneficij ordinis nihil novi ſtatueret. Dicendum ergò nobis videtur, diſtinctionem ſecundùm tenorem articuli noſtri admittendam eſſe, an ſcilicet alienatio à debitore facta fuerit cum præſcitu, & conſenſu creditoris, vel ſine illo? Si primum, videtur articulus admittere, ut poſſeſſor rei pignoratæ, vel hypothecatæ, ſi alienatio cum bona voluntate creditoris facta eſt, opponere poſſit beneficium ordinis, & excuſſionis, juxta textum in *Novell. 4.* Ubi pulcherrimis verbis dicitur, quòd creditor ad res debitorum, quæ ab illis detinentur, venire non debeat priùs, antequam tranſeat viam ſuper perſonalibus; Id eſt, antequàm priùs debitorem principalem, fidejuſſores, mandatores, & ſponſores ejus excutiat, conſentiendo enim in rei alienationem, videtur creditor ſufficiens præſidium poſuiſſe in perſonalibus. At quando in alienationem non conſenſit, ſecundùm intellectum articuli noſtri conformem *Novell. 112. cap. 2. verſ. ab hoc autē &c.* creditori jus eſt, eandem rem ſpecialiter obligatam vindicare, donec ei ſatis pro debito fiat: Nec hac in parte gloſſæ ibidem opinio admittenda eſt, quæ putat, hanc vindicationem tantùm locum habere, ſi res pignorata, vel hypothecata adhuc ſit in manibus debitoris, nec emptori tradita, quoniam articulus noſter expreſsè præſupponit, pignus, ſive hypothecam ad manus emptoris jam deveniſſe, juxta verba, Dergeſtalt / wo der Glaubiger alſobalden auff das Pfand klagen wolte / der Innhaber (id eſt emptor) ihne nit möge zuvor an den Verkauffer weiſen. Ergò articulus expreſsè ſupponit, rem alteri oppignoratam, vel hypothecatam non ampliùs fuiſſe in manibus venditoris, ſed in manibus emptoris, cui in his verbis beneficium excuſſionis denegatur.

Dicimus igitur, cùm ex virtute verborum iſtorum creditori rei ſpecia- 17 liter hypothecatæ perſecutio, & vindicatio contra tertium poſſeſſorem, tunc

tunc tantùm permittatur, quando eam debitor ſine præſcitu, & conſenſu creditoris alienavit, ergò, quando alienatio facta eſt cum bona voluntate, & conſenſu creditoris, eidem incumbit, ut priùs conveniat debitorem principalem, illúmque excutiat; Argumento à contrario ſenſu deſumpto: Sicut enim debitor alienans, & emptor rem hypothecatam comparans hoc quaſi in partem pœnæ ſuſtinere debent, ut priventur beneficio ordinis, ita ècontra creditor in alienationem conſentiens ultrò videtur, ſe beneficio ordinis ſubmittere, quam opinionem ad conciliandos textus in *Novell. 4. & Novell. 112.* etiam gloſſa approbat ad *Auth. hoc ſi debitor. Cod. de pignor. litt. P. n. 6.*

18 Diximus ſemper de creditore conſentiente ad alienationem, nam, ſi formaliter non conſenſit, ſed, ut Juris-Conſultus dicit: *l. ſicut. 8. §. non videtur. 14. ff. quib. mod. pign. ſol.* ait, tantùm paſſus ſit, rem venire, non propterea cenſetur conſenſiſſe, eò quòd ſciebat, ubique pignus ſibi durare. *l. 1. & 4. Cod. de remiſſ. pignor. l. 7. cum ſeq. ff. quib. mod. pign. ſol.* Neque enim dici poteſt, creditorem ſcientem, & conniventem conſenſum ſuum præbuiſſe, qui diſſentiendo alienationem impedire non potuit. *Dom. Rath. loc. cit. aſſert. 77.*

19 Et hæc probabiliter fundamentalis cauſa eſt, quòd articulus noſter ab initio tantùm loquatur de hypothecis ſpecialibus: Non ut demonſtrare velit, in hypothecæ generalis erectione, inſtrumento opus non eſſe, ſed inter hypothecam generalem, & ſpecialem hanc differentiam, ut ſpecialis hypothecæ alienatio modo exſplicato debeat fieri cum conſenſu creditoris: Generalis verò nec denunciatione creditori facienda, nec ejus voluntate, & conſenſu indigeat, ut eſt textus expreſſus in *Auth. hoc ſi debitor. Cod. de pignor.* quem omnes DD. ita intelligendum eſſe cenſent, tametſi ſpecialis hypothecæ poſſeſſori beneficium ordinis, & excuſſionis propter auctoritatem *Novell. 112.* denegent. Concludimus igitur hunc articulum, pro firmiſſimo ſtatuentes,

20 Quòd omnis conſtitutio hypothecaria, ſive ſpecialis, ſive generalis, inſtrumenti erectione opus habeat, præter hypothecam tacitam, & legalem, ſive generalem, ſive ſpecialem: Quia, ubi lex providet, diſpoſitio hominis ſupervacanea eſt. 2. Quòd dominus rei alteri hypothecatæ ſemper poteſtatem habeat, eam alienandi. Ita tamen 3. Ut in generali hypotheca id generaliter etiam verum ſit, in hypotheca verò ſpeciali cum diſtinctione, an alienatio facta fuerit cum conſenſu creditoris, vel ſine illo? Si poſterius, alienatio ſine conſenſu creditoris facta non impedit, quo minùs creditor rem hypothecatam in manibus tertij poſſeſſoris non excuſſo priùs principali debitore perſequi poſſit: Si autem prius, creditor in caſu præſtiti conſenſus retinet quidem jus pignoris in ſalvo, quia tamen per præſtationem conſensûs novationem non committit, & debitor principalis ſemper obligatus perſiſtit, tertio poſſeſſori non denegatur exceptio excuſſionis. Mea eſt hæc circa articulum hunc ſatìs obſcurum ſententia. Præcipuorum DD.torum aliud judicium eſt, qui ſimpliciter dicunt, quòd *Novell. 4.* ſolummodò ſit intelligenda de hypothecis generalibus, & legalibus, *Novellam autem. 112.* de hypothecis ſingularibus, & ſpecialibus, quam tamen opinionem noſtro articulo exactè convenire, non invenimus, cuilibet judicium ſuum relinquentes. Vid: *Berlich. lib. 2. concluſ. 24. num. 66. cum ſeqq. Franc. de fidejuſſ. cap. 5. n. 149. & ſeqq. Caroz. de excuſſ. part. 2. quæſt. 69. Card. Tuſcus. tom. 3. concluſ. 403. n. 39.* Plura benevolus Lector, ſed ab articulo noſtro exorbitantia apud *D. Balthaſar. ad hunc tit. reſol. 3.* inveniet, verùm ab ejus concluſione *n. 43.* facta cavere debet, ubi putat, quòd ſubſecuta illicita, ac prohibita alienatione, id eſt facta ſine creditoris præſcitu, & conſenſu, creditor tamen priùs actione hypothecaria experiri non poſſit,

ſit, niſi excuſſo primitùs debitore principali ejúſque fidejuſſoribus, modò debitor paratus ſit, illi expenſas litis, & id, quod ſuâ intereſt, refundere, quod planè *Novell. 112.* & articulo noſtro è diametro repugnat, cùm dict. *Novell. 112.* in ſpeciali hypotheca beneficium ordinis, & excuſſionis ſimpliciter admittat, articulus autem noſter ſaltem in caſu, quo creditori alienationis denunciatio facta non eſt.

Der Sibendte Articul.

Hat jemand ein Pfand innen / daß jhme der Schuldner ſelbs verſetzt / vnd nit von dem Richter eingeantwortet worden / vnd iſt in der Verſatzung ein Zeit beſtimbt/ wie lang es ſein Pfand ſeyn ſoll / der mag es ohn deſſen Willen / der jhm es verſetzt hat / vor beſtimbter Zeit nicht verkauffen. Iſt aber kein Zeit oder Friſt / dariñ man die Pfand löſen ſoll/ gemeldet/ ſo mag er ſein Pfand/ wie recht iſt / verkauffen / nach vierzehen Tagen/ wem er will ; Doch ſoll er dem / der jhm das Pfand verſetzt hat / wo er in dem Gericht iſt/ vor darzue verkünden / wie recht iſt. Wäre aber der / ſo das Pfand verſetzt hat / nit im Gericht / vnnd auch kein Friſt oder Zeit geſetzt / ſo mag er die eſſenden Pfand vor vierzehen Tagen ; vnd andere fahrende Haab / vor Verſcheinung eines viertel Jahrs nicht verkauffen. Seyn aber die Pfand an auffligenden Guet / mag er die vor Außgang eines Jahrs auch nicht / wann aber ſolch Zeit verſchinen / dieſelben / wie recht iſt / wol verkauffen. Doch ſoll ſolch Verkauffen in allen vorberührten Fällen / durch Mittel der Gandt beſchehen / vnd daß er dem / der jhm die Pfand verſetzt/ vor zu Hauß vnd Hof / da er zu wohnen pflegt hat / verkünde. Wären aber die Pfand nit ſelbs von dem Schuldner verſetzt / ſonder von dem Richter gegeben / ſoll es damit gehalten werden/ wie in folgenden/ zehenden/ ailfften / zwölfften vnd dreyzehenden Articuln geordnet iſt.

SUMMARIA.

1. *An creditor rem jure pignoris, vel hypothecæ nexam vendere, & ſibi ſatisfacere poſſit?*
2. *Si creditor pignora pluris, vel minoris vendiderit, quàm ei deberetur, an teneatur reſtituere ſuperfluum, vel poſſit agere ad id, quod ipſi deeſt?*
3. *Quando creditori plures res ſimul ſunt oppignoratæ, an ei liberum ſit, omnes collectivè, vel unam tantùm ex illis vendere?*
4. *An commoditas uſusfructûs, item res Eccleſiæ, vel minorum legitimè oppignoratæ liberè vendi queant?*
5. *Quodnam dicatur pignus conventionale, & quod judiciale?*
6. *Quid ſi in conſtitutione pignoris tempus præfixum ſit, quamdiu pignus durare debeat?*
7. *An idem ſit, ſi conveniatur, quòd intrà annũ pignus vendi non debeat, vel ſi debitor promittat, quòd intrà annum luere velit?*
8. *Utrùm conventio valeat, ut creditori nunquam pignus diſtrahere liceat?*
9. *Quando autem in conventione pignoris nullum tempus determinatum fuerit, quale jura noſtra Bavarica indulgeant?*
10. *An ad diſtinctionem pignoris requiratur, ut debitor ſit in mora luendi?*
11. *An ad conſtituendum debitorem in mora requiratur denunciatio, & interpellatio?*

12. Quid si creditori à debitore licentia data fuerit, pro lubitu pignus distrahendi, an nihilominùs teneatur ad denunciationem, vel interpellationem?

13. An denunciatio sit necessaria, si debitor non fuerit in eodem jurisdictionis districtu, in quo de venditione pignoris agitur?

14. An denunciatio non saltem debeat fieri ad locum domicilij, ubi debitor absens priùs habitare consuevit?

15. Si debitor absens sit, an non longior terminus creditori constituatur ad distrahendum pignus?

16. An ab isto longiori termino non excipiantur comestibilia?

17. Utrùm comestibilia passivè, vel activè sumi debeant?

18. Quare in processu edictali ad venditionem comestibilium tres dies requirantur, hîc autem 14. an non sit antinomia?

19. Quantum tempus requiratur, ut res immobilis oppignorata, vel hypothecata à creditore vendi possit?

20. An annale tempus intelligatur de casu, quo debitor absens est, vel praesens?

21. Utrùm omnia pignora debeant sub hasta publica vendi?

22. An creditor sibi ipsi venditionem pignoris facere possit?

23. Oppugnatur distinctio facta inter pignus conventionale, & judiciale.

24. Si in venditione non inveniatur emptor, vel licitator, qui plus offerat, quàm ipse creditor, an non possit impetrare adjudicationem dominij?

25. Quando creditor uti possit remedio immissionis ex primo, vel secundo decreto?

26. An non pactum legis Commissoriae sit prohibitum?

27. & 29. Quomodò, & quibus verbis pactum legis Commissoriae contrahatur?

28. Cur valeat pactum commissorium, si conveniatur, quando pretium ad diem certum non fuerit solutum, res sit inempta?

30. An valeat pactum, ut, si quis intrà certum tempus pecuniam mutuo datam non solvat, creditori pro eadem summa res pignori data sit empta?

31. An creditor rem hypothecatam sed non traditam, debitore ad denunciationem factam non solvente, propria authoritate apprehendere, & ad judicem pro subhastatione deferre possit?

32. Quid si autem rem apprehensam non ad judicem deferat, sed ipse extrajudicialiter vendat, an venditio subsistat?

Inter coetera prioris articuli contenta exsplicavimus, an & quomodò debitor rem alteri pignoratam, aut hypothecatam cum, vel sine creditoris consensu vendere possit, & qui exinde sequantur effectus: Nunc praesens articulus agit de creditore, quando, & quomodò illi alienatio pignoris permissa sit, quae disquisitio exactior esse propterea debet, cùm utique debitor, qui rei dominus est, majorem alienandi potestatem habeat, quàm hypothecam, vel pignus sibi paciscens, cùm sit nudus creditor.

1 Praemonendum tamen est, de hoc nobis quaestionem non esse, an pignoratitius, vel hypothecarius creditor jus suum, quod in pignore, vel hypotheca habet, in alium transferre possit? Nam de hoc nullum dubium est, cùm cuilibet liberum sit, jura sua, quae personae inseparabiliter non cohaerent, quovis titulo in alium alienare, & transferre. Sed hoc examinandum venit, an creditor pignoratitius, sive hypothecarius rem sibi jure pignoris, vel hypothecae nexam vendere, & sibi ex pretio inde redacto satisfactionem praestare possit? Et in quaestione, An? utique nullum dubium est, per integros *tit. C. & ff. de dist. pign.* cùm adeò naturale sit pignori jus alienandi, ut, tametsi inter debitorem, & creditorem convenerit, ut neutri parti liceat, pignus vendere, tamen hoc pactum creditori non obsit, quominùs trina denunciatione praemissa, ut paulò post sequetur, ad venditionem procedere possit. *l. 4. ff. de pign. act. Mozz. de accident. pign.*

num. 25. licèt debitor in testamento prohibuisset, bona sua alienare. *l. si sunt. 1. C. debit. vendit. pign. imped. &c.* etiam additâ pœnâ, ut, si quis contra fecerit, res vendita fisci fieret, ubi textus rationem addit; Nec enim potuisse eum hujusmodi lege creditoris jus facere deterius, manifestum est. Nec obstat, si debitoris hæredes rem alteri oppignoratam, & hypothecatam inter se divisissent, cùm divisio creditori jus vendendi, vel alienandi non adimat. *l. arbiter. 11. & l. arbitri. 14. ff. de distract. pign.* Sive divisio facta fuerit pro singulis hæredibus in partes, sive cuilibet in solidum, dict: *l. cùm venditor pign.* quoniam, si creditor ex hypothecis, vel pignoribus venumdatis nihil nisi debitum consecutus fuerit, nulla subest causa, ipsi invidendi, quia suum recepit: Si verò pluris vendiderit pignora, quàm ei deberetur, actione pignoratitia cogitur, superfluum restituere. *l. ult. Cod. de distract. pign. & l. ult. §. 5. Cod. de jure domin. impetr.* Sicut, si minus accepit, in id, quod deest, adversùs debitorem, vel fidejussorem ejus exactionem habet, quam etiam habuisset pignoribus non distractis. *l. 3. Cod. de distract. pign. Perez. ad dict. tit. n. 11. & seqq.* Et hac in parte non interest, sive agamus de pignore, sive de simplici hypotheca. Pignus vocamus, si res creditori tradita fuerit, sive mobilis, sive im̃obilis juxta priùs exsplicata, hypothecam verò, si res remanserit in manibus debitoris, quoniam in utroque casu creditori jus vendendi, & alienandi competit, juxta *l. hypothecis. 3. Cod. de distract. pign.* Atque, quod modò de pignore, vel hypotheca dictum est, etiam locum habet in fructibus pignoris, & hypothecæ, fructus enim hypothecæ, & pignoris pars illius sunt, & accessorium, quod sequitur principale. Quid si autem plures res fuerint simul oppignoratæ? Creditori liberum est, eas omnes collectivè, vel unam ex illis, quam velit, vendere, quia omnes æquali jure obligantur. *l. creditoris. 8. ff. de distract. pign.* juxta verba: creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit, distractis, ad suum commodum pervenire, quod Bartholus notari jubet, eò quòd sit contra opinionem rusticorum, nisi debitor ipse unam ex rebus ad solutionem creditoris sufficientem distrahere, & ipsi satisfactionem præstare velit, juxta *l. quamvìs. 6. ab initio. ff. de pignor. act.* Imò, si res pignorata sit in manibus debitoris ex voluntate creditoris, utpote, quia illam debitori precariò concessit, nihilominùs creditori remanet libera voluntas, & potestas alienationis. *l. creditor. 2. Cod. de distract. pign. & l. cùm & sortis. 35. §. 1. ff. de pign. act.* Et licèt supra diximus, creditorem pignoratitium, sive hypothecarium usumfructum alienare non posse: Aliud tamen dicendum est de commoditate ususfructûs, quoniam illius venditio creditori libera est, juxta *l. 1. Cod. si pign. pign. dat. sit*: An autem res Ecclesiæ, vel minorum cum debita solennitate pignori datæ, sive pro hypotheca constitutæ postmodùm sine ulteriori disquisitione judiciali liberè vendi possint? Cum Juris-Consulto Ulpiano in *l. si pupillorum. 7. §. si pupillus. 1.* tutius esse puto, si creditor venditurus priùs prætorem adierit.

(Margin numbers: 2 beside "psi invidendi…"; 3 beside "rium, quod sequitur principale…"; 4 beside "stract. pign. & l. cùm & sortis…")

Constitutâ igitur firmiter hâc regulâ, quòd creditor potestatem habeat, rem sibi pignori, vel hypothecæ nexam distrahendi, nobis tantùm de modo, forma, & solennitate distractionis ulteriùs agendum est. Non placet nobis, multis indagare, quid obtinuerit ex jure digestorum, & postmodùm à Justiniano in *l. 3. Cod. de jure dominij impetrando.* additum, vel im̃utatum fuerit, cùm DD. passim testentur, dispositiones juris com̃unis in desuetudinem abijsse, prout id de Patria nostra, ut vidébimus, satìs clarum, & palàm est. *D. Rath. loc. cit. assert. 78. sub litt. A.* Manebimus ergò in terminis articuli nostri, & annotabimus diligenter, si quid à jure communi diversum sit.

5 Distinguit igitur primò articulus noster inter pignus, & hypothecam conventionalem, & judicialem, conventionale pignus est, quod ex partium conventione procedit, **daß jemand der Schuldner selbst versetzt hat.** Judiciale, quod alicui constituitur ab ipso judice: De primo nobis in hoc articulo sermo est, cùm, ut articulus in fine dicit, de judicialibus pignoribus, quæ quis non à debitore, sed à judice accipit, in quatuor subsequentibus *Art. 10. 11. 12. & 13.* pleniùs agatur.

6 In conventionali igitur pignore ante omnia videndum est, an, ut articulus loquitur, in constitutione tempus præfixum sit, intrà quod debitor illud reluere possit, sive, ut verba formalia sonant, an in constitutione pignoris determinatum fuerit, quamdiu pignus durare debeat? In hoc casu per se clarum est, quòd ante lapsum termini creditor venditionem pignoris facere non possit. *l. cùm solvendæ. 4. ff. de distract. pign. & l. vetustissimam. 3. vers. sancimus itaque. Cod. de jure dominij impetrando.* Ratio patet, quia in omni actu termini lapsus exspectandus est, cùm petens ante diei eventum plus tempore petijsse dicatur, & in omnibus contractibus opus sit, pacta & conventa exactè observare.

7 Perinde autem est, sive in conventione pignoris expresè dicatur, quòd pignus ante certi termini lapsum: V. G. ante annum, & diem vendi non debeat, sive debitor promittat, quòd intrà certum terminum, V. G. intrà annum, & diem luere velit: In utroque enim casu creditor ad observationem termini obligatus est: De primo casu loquitur textus in *l. si convenit. 4. ff. de pign. act.* Ita ut creditor, qui ante tempus conventum pignus distraxerit, furti teneatur, dict: *l. si convenit. & l. si is, qui pignori. ff. de furtis*: De altero casu loquitur textus in *l. cùm solvendæ. 4. ff. de distract. pign.* Ubi expresè dicitur, cùm solvendæ pecuniæ dies pacto profertur, convenisse videtur, ne priùs vendendi pignoris potestas exerceatur; Consensisse enim videtur creditor, quando debitor pro reluitione terminum constituit, quòd à venditione abstinere velit, donec terminus effluxerit.

8 Quid si autem in conventione pignoris dictum fuerit, ne creditori unquam distractio permissa sit? Et jam supra diximus, talem conventionem ex parte creditoris non valere, sed ipsi nihilominùs liberum esse, intercedente trina denunciatione ad distractionem procedere: dict: *l. si convenit. 4. ff. de pign. act.* Ubi verò, inquit textus, convenit, ne vendatur, sic venditio fieri potest, si debitori ter fuerit denunciatum, ut solvat, & cessaverit; Debet tamen ista trina denunciatio fieri per intervalla, ut glossæ placet, tridui, vel, ut probabilius est, ad arbitrium judicis. *D. Balthasar. ad hunc. art. n. 18.* Ubi plures alias opiniones adducit.

9 Si autem in conventione pignoris nullum tempus, quousque durare debeat, determinatum fuerit, indulgentur debitori ad luendum, & liberandum pignus, quatuordecim dies, quibus elapsis creditori liberum est, ad venditionem procedere. De jure communi in *l. vetustissimam. 3. Cod. de jure domin. impetr.* statuitur, ut creditor, si de tempore distractionis nihil convenerit, biennium exspectare debeat, antequàm ad distractionem deveniat, quod tempus recentioribus quibusdam Doctoribus videtur nimis longum esse, & diuturnum, ac propterea grave, & durum judicant, ut creditor in compensationem præstiti beneficij, suô tanto tempore carere debeat, & hinc textum in dict: *l. vetustissimam. 8.* solummodò intelligendum esse censent de termino ad impetrationem dominij, non ad pignoris venditionem, ac distractionem necessario. *Donell. in tract. de pign. cap. 10.* Et opinionem hanc probabilem facit, quòd hæc lex terminum biennij constituens non sit posita *sub titulo de distract. pign.* Sed *de jure domin. impetr.*

& Ju-

& Justinianus in principio legis glorietur, se hac constitutione, antiquâ observatione sublatâ, juri impetrandi dominij terminum statuere velle: Nihilominùs tamen *D. Rath. loc. cit. assert. 78.* efficaciter demonstrat, hanc ipsam legem, & in ea positum terminum biennij non minùs ad distractionem pignorum pertinere, quàm ad impetrationem dominij. Ex sequentibus rationibus: 1. Quia textus in §. *contra autem. Instit. quibus alien. licet.* Expresse dicit, quòd Justinianus certum pignoris distrahendi modum invenerit, ne debitores facilè rerum suarum dominium amittant, ubi de nulla alia constitutione loqui videtur, quàm de dicta *l. vetustissimam. 3.* Deinde 2. sæpiùs allegata *l. 3.* juxta declarationem §. *contra autem. Inst. quibus alien. licet.* satìs demonstrat: Terminum biennij potiùs in favorem debitoris, quàm in favorem creditoris determinatum fuisse, in verbis, ne debitores facilè rerum suarum dominia amittant, quæ non minùs amittere possunt per pignoris distractionem, sive venditionem, quàm per dominij impetrationem. 3. In dict: *l. 3.* Justinianus querelam creditorum extenuat, arbitrantium, sibi per tam longùm tempus biennij usum pecuniæ suæ nimis gravem fieri, opponendo, quòd præter sortem etiam hujus biennij usuras consequantur. 4. Ipse Imperator. *vers. si nulla pactio in dict. l. 3.* de venditione pignorum loquitur, quo satìs manifestè ostendit, intentionem suam fuisse, modum non tantùm impetrandis rerum dominijs, sed etiam pignorum distractionibus constituendi: Hoc igitur supposito, inter jus commune, & jus nostrum statutarium differentia est, cùm nullo termino in constitutione pignoris præfixo de jure communi biennium requiratur, de jure autem nostro statutario in mobilibus non nisi quatuordecim dies, convenienter ad ea, quæ diximus ad *Art. 11. Tit. 13.* der Land-Recht / vel quadrans anni pro diversitate casuum, & in imobilibus integer annus, ut sequitur, cum summa moderatione, ne scilicet ex una parte debitor statim cum sacco paratus veniat, & creditorem excutiat, & ex altera parte creditor ex diuturna biennij mora damnum incurrat. *Diff.*

Specialiter tamen requiritur ad venditionem, & distractionem pignoris, ut debitor sit in mora luendi: Ratio est, quia jus vendendi, sive distrahendi pignus competit creditori ex præsumpta mente, & intentione debitoris conditionata, nisi ipse solverit, & pignus liberaverit, dict: *l. cùm solvendæ. 4. ff. de distract. pign.* Duplex autem mora est; Vel, si debitor intrà terminum præfixum non solvit, per rationem, quia dies interpellat pro homine. *l. magnam. 2. Cod. de contr. & committ. stipul. l. in omnibus. 14. ff. de R. J.* Vel quando non solvit ad creditoris denunciationem, & interpellationem. 10

Ex quo sequitur, quòd pignore sub certo termino constituto denunciatione opus non sit, quia ipse terminus loco denunciationis, & interpellationis est: Et hinc articulus noster in casu constituti certi termini pro reluitione pignoris nullam denunciationem requirit: At quando nulla termini mentio facta fuit, denunciatio propterea necessaria est, ne creditor debitorem præcipitet, & tam inurbanus sit, ut cum sacco paratus veniat, antequàm debitor de medijs solutionis sibi providerit. Incipit igitur terminus horum quatuordecim dierum currere non à die constituti pignoris, vel hypothecæ, sed à die factæ interpellationis, sive denunciationis, adeóque à tempore moræ; Videantur tradita ad dict: *l. 3.* de termino juris communis, qui biennium est. 11

Sed quid dicendum, si creditori tempore contracti pignoris, vel hypothecæ expressa licentia à debitore data fuit, ut rem hypothecatam, vel oppignoratam pro lubitu vendere possit: Anné in tali casu ad interpellationem, sive denunciationem obligatus sit? Ratio dubitandi inde desumitur, cùm aliàs, si denunciatione opus esset, ista licentia venditionis, & 12

distra-

diſtractionis creditori nihil ſingulare tribueret, cùm eâ non impetratâ, nihilominùs jus habeat, prævia denunciatione ad venditionem procedendi. Et hujus opinionis videtur eſſe *D. Balthaſar. loc. cit. reſol. 4. n. 7.* Sed nos putamus, opus eſſe diſtinctione, an ſcilicet creditori ſimpliciter data fuerit licentia, rem oppignoratam, vel hypothecatam vendendi, vel cum hoc pacto expreſſo, ut vendere poſſit ſine prævia denunciatione? In priori caſu, nullo modo cenſetur remiſſa denunciationis neceſſitas. *Hartman. Piſtor. lib. 3. quæſt. 18. n. 1.* Ubi dicit, ſi vendendi facultas creditori conceſſa fuerit, dubium non eſt, quin creditor pignus jure vendere poſſit, & vendendo dominium transferat, dict: *l. ſi convenerit. ff. de pign. act. &* §. *1. Inſt. quibus alien. licet*, quia tamen talis licentia ſub iſta conditione data intelligitur, ſi debitor in mora ſolvendi, & liberandi pignus conſtitutus fuerit, ideò neceſſe eſt, ut probetur mora, vel per lapſum diei ſolutioni appoſitæ commiſſa, dict: *l. magnam. Cod. de contr. & committ. ſtipul.* Vel per interpellationem creditoris cauſata. *l. mora. in princ. ff. de uſuris. l. ſi ex legati cauſa. ff. de V. O. l. debitores. Cod. de pign.* In altero verò caſu, quando per pactum neceſſitas denunciationis per expreſſum remiſſa eſt, tenet venditio à creditore facta ſine interpellatione debitoris, cùm quilibet favori ſuo renunciare poſſit. *Hartman. Hartm. lib. 2. tit. 27. obſerv. 3. num. 9.* Quamvìs etiam hoc ex articulo noſtro ſatìs dubium appareat, cùm ſimpliciter in omni caſu extra termini appoſitionem creditori imponatur denunciationis neceſſitas, vel coram debitore facienda, vel ad valvas domicilij, ſi abſens ſit; Dicerem igitur cum *Baldo. ad l. creditor. 4. Cod. de diſtract. pign.* creditorem ad conſervandam boni viri opinionem benè facere, ſi etiam in hoc caſu, quo denunciandi neceſſitas per pactum remiſſa eſt, illam nihilominùs interponat, ut ab ipſo omnis colluſio cum emptore abeſſe videatur, quæ ſeveriſſimè prohibetur in *l. 7. & l. & qui. 10. Cod. eod.* nam, licèt in omnibus bonæ fidei contractibus ſinceritas, & bona fides requiratur, ea tamen vel maximè in rerum pignoratarum diſtractione exuberare debet, ne in creditorem ſuſpicio cadat, quòd rem pignoratam, utpote non ſuam, ſed debitoris, & alienam longè minoris vendat, quàm reverà vendi poſſit: Quæ ratio eſt, quòd articulus noſter denunciationis, & ſubhaſtationis ſolennitatem tam exactè requirat, ut planè nos non erraturos firmiter nobis imaginemur, ſi ſimpliciter in omni alienatione pignoris, quidquid de jure communi ſit, ex jure noſtro ſtatutario dictam ſolennitatem denunciationis, & ſubhaſtationis neceſſariam eſſe affirmemus, ut certò conſtet, debitorem in mora luitionis eſſe, quæ cauſa venditionis eſt. Videantur tamen dicta ad *Art. 14. Verſ. notetur. 4. h. Tit.*

Eſt igitur hæc prima exceptio de neceſſitate denunciationis, ſive interpellationis poſita, ſi pacto remiſſa fuerit.

13 Altera exceptio eſt, ſi debitor non fuerit in eodem juriſdictionis diſtrictu, in quo de venditione pignoris agitur, cùm articulus noſter neceſſitatem denunciationis creditori tantùm in eo caſu injungat, quo debitor in eodem diſtrictu judiciali præſens eſt, cujus diſpoſitionis probabiliter hæc ratio eſt, ne creditori nimis grave cadat, ſi pro beneficio præſtito hanc incommoditatem ſuſtinere debeat, ut debitorem extra diſtrictum juriſdictionalem multo labore inquirat: *Diff.* Eſt igitur hæc iterum differentia inter jus commune, & jus noſtrum ſtatutarium, cùm jus commune in dict: *l. vetuſtiſſimam. 3.* etiam abſentis debitoris rationem habere velit in verbis, ut, ſive præſens ſit debitor, denunciatio ei poſt biennium mittatur, ſive abfuerit, Provinciale tribunal creditor petat, & judicem certiorare feſtinet, quatenus ille eum requiſierit, certo tempore ſuper hoc ab eo ſtatuendo, ut fiat debitori manifeſtum per apparitionem judicis, quòd à creditore

peti-

petitum est ; Et reliqua, quæ ibidem sequuntur, in articulo nostro penitùs neglecta.

Interim tamen loco denunciationis, quæ ad parcendum creditori extra distrinctum judiciarium remissa est, debet denunciatio fieri ad locum domicilij, ubi debitor absens priùs habitare consuevit, in verbis, Doch daß Er der Glaubiger dem / der jhm die Pfand versetzt / vor zu Hauß vnd Hof / da er zu wohnen pflegt hat / verkünde / ut hoc modo suppleatur aliquatenus molesta illa judicialis denunciatio, quæ juxta dict: *l. vetustissimam. 3.* pro absente debitore necessaria fuit. 14

Longior tamen terminus creditori ad distractionem pignorum mobilium constituitur, quando debitor absens est : Scilicet unius quadrantis anni, sive trium mensium, cùm in præsentia, ut dictum, 14. dies sufficiant. 15

Ab hoc tamen termino trium mensium, sive unius quadrantis anni iterum excipiuntur commestibilia, si terminum, essende Pfand / passivè intelligas, quæ post 14. dies à creditore vendi possunt, sive præsens, sive absens sit, ita tamen, si præsenti legitima denunciatio coram, absenti verò ad domicilium, ubi habitare consuevit, facta fuerit : Cujus rei ratio est, ne commestibilia longiore temporis spatio corrumpantur, & pereant. Ex quo sequitur, quòd poculenta, ut sunt vina generosa, quæ servando servari possunt, commestibilium nomine non contineantur, sed creditor obligatus sit, antequàm vendat, in creditoris absentia, sicut in reliquis mobilibus trium mensium cursum exspectare, cùm deficiente causa dispositionis utique etiam ipsa dispositio deficere debeat. 16

Quod verum est, si in hoc articulo verbum, die essende Pfand / ut diximus, accipias passivè, id est de rebus consumptibilibus : Si autem accipias activè, id est de animalibus quotidiano nutrimento indigentibus, habemus textum in *Art. ult. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / ut illorum venditio statim post tres dies fieri debeat, cujus ratio est, ne per longiorem detentionem ejusmodi animalia se ipsa consumant. Domini Consiliarij pro examinatione novarum constitutionum Bavaricarum deputati existimaverunt, antinomiam esse inter modò citatum *Articulum ultimum*, deß Gandt-Proceß : Et articulum hunc nostrum præsentem, ac proinde correctione opus esse, sed, si cum *D. Balthasar. loc. cit. num. 32.* terminum, essende Pfand / passivè pro re comestibili intelligas, per se clarum est, nullam inter utrosque articulos antinomiam esse, cùm utique inter passivum, & activum per se evidens differentia sit, nobis autem videtur, articulum nostrum non loqui de commestibilibus passivè, cùm plurima illorum etiam uno die putrefiant, & consumantur, & sic 14. dierum dilationem non patiantur, sed activè de pignoribus, quæ per nutritionem se ipsa consumunt, 17

Quare autem in *Art. ult. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / tres tantùm dies ad venditionem præfigantur, in nostro verò Art. 14. dies, triplex ratio differentiæ esse potest. 1. Quòd in nostro articulo agatur de pignore conventionali, ut ab initio statim præmisimus, in ultimo verò articulo, deß Gandt-Proceß / agatur de pignore judiciali in rei judicatæ executionem capto : Deinde 2. in articulo nostro agitur tantùm de unius creditoris præjudicio, ibi, in dem Gandt-Proceß / agitur de concurrentia creditorum, in quo, cùm plurium intersit, meritò etiam celerior expeditio requiritur. 3. Denique articulus noster præsens agit de venditione pignoris debitore absente, articulus verò postremus, deß Gandt-Proceß / de pignore debitoris præsentis : Quibus omnibus consideratis nulla antinomia exinde deduci potest, quis enim aliàs dubitaret, Consiliariorum admonitionem sus déque habitam, & neglectam fuisse ? Videantur ulteriùs dicta ad *Artic. 10. h. Tit.* 18

19 Sequitur nunc in articulo, quantum tempus requiratur, ut res immobilis oppignorata, vel hypothecata à creditore vendi possit? Et videtur, 14. dies in præsentia debitoris sufficere, per rationem, quòd articulus noster statim in principio generaliter disponat, si in pignore judiciali nullum certum tempus durationis, sive reluitionis constitutum sit, quòd post 14. dies a creditore vendi possit, ubi inter mobilia, vel immobilia nulla distinctio fit, sed, postquàm in casu debitoris absentis pro distractione mobilium longior terminus, id est trium mensium fuit constitutus, addit articulus, si verò pignus sit in immobilibus constitutum, quòd creditor ante exitum unius anni per venditionem, sive distractionem procedere non possit:

20 Ex quo quæritur, an hoc annale tempus sit tantùm intelligendum de casu, quo debitor absens est, **wann er ausser Gericht ist** / vel generaliter in omni casu, sive debitor sit præsens, sive absens? Si posterius dicas, videtur hoc absurdum sequi, quòd in venditione rei mobilis exactior cura requiratur, quàm in venditione rei immobilis pignoratæ, sive hypothecatæ, cùm hîc distinctio fiat inter debitoris præsentiam, & absentiam, ibi verò, id est in alienatione rei immobilis nulla, quia simpliciter non habita consideratione præsentiæ, vel absentiæ debitoris annus præfigitur: Si autem prius, illud videretur prorsùs absurdum, ut in venditione rei immobilis, quæ tamen majoris momenti est, contra Justiniani sollicitudinem de conservandis possessoribus rerum suarum dominijs æqualis terminus rebus mobilibus cum immobilibus præfigeretur: Putamus igitur, articulum nostrum à verbis initialibus, **Hat jemand** / usque ad verba, **Seyn aber** / solummodò intelligendum esse de rebus mobilibus, vel se moventibus, versiculum autem, **Seyn aber** / usque ad vers: **Doch soll** / de rebus immobilibus loqui sine omni distinctione, sive debitor fuerit præsens, sive fuerit absens, modò, ut statim posteà sequitur, observentur reliquæ solennitates, id est citatio coram, & in faciem, vel ad locum domicilij, ubi debitor absens habitavit. Nec hoc tam absurdum videri potest, quòd nulla ratio habeatur creditoris præsentis, vel absentis, sicut in mobilibus, cùm terminus annalis per se satìs longus etiam debitoris absentiā suppleat: Et ratio mea est, quòd in Reformatione de Anno 1588. in hoc ipso articulo, qui de verbo ad verbum in constitutiones novas translatus est, separatio, & divisio facta sit inter dispositionem de rebus mobilibus, & rebus immobilibus, ita ut articulus non contineatur in una periodo, sicut articulus noster, sed in duabus periodis separatis, **in zweyen vnderschidlichen Absätzen** / quod signum est, dispositum priùs de mobilibus ad separatam posteà annexam periodum de immobilibus non pertinere, quod etiam particula, **aber** / importat, quæ adversativa est, & diversum casum importat.

21 Ultimò denique articulus noster jubet, ut omnia pignora sub hasta publica vendantur ad præcavendas fraudes, & circumventiones, quæ in occultis, & privatis pignoribus facilè evenire possunt, juxta *l. creditor. 4. Cod. de distract. pign.* Et licèt quidam DD. hujus opinionis sint, quòd de jure communi subhastationis necessitas in pignoribus conventionalibus locum non habeat, nisi in bonis minorum, Ecclesiæ, decurionum, fisci, absentium, & alijs alienari prohibitis, tamen, sicut in *Art. 10. & sequentibus.* in pignoribus judicialibus pro executione rei judicatæ captis subhastatio necessariò requiritur, ita etiam hic articulus noster in pignoribus conventionalibus idem juris esse, manifestè convincit: Sed hîc nullam differentiam inter jus commune, & statutarium facimus, cùm classici auctores firmiter defendant, etiam in pignoribus conventionalibus de jure communi, necessitatem subhastationis sublatam non esse: Quamvìs, ut verum fateamur, ea in *l. creditor. 4. Cod. de distractione pignorum.* tam clarè non contineatur, cùm verbum *proscribere* etiam aliam interpretationem admittere

tere possit, quàm venalem expositionem ad fidem hastalem, & horridam vocem præconis. Vid. *Hartm. Pistor. dict. lib. 3. quæst. 18. num. 11. Andr. Rauchbar. part. 1. quæst. 46. n. 1.* & de verbo PROSCRIBERE *Ant. Perez. ad dict. tit. de distract. pign. n. 3.*

Occasione autem hactenus expositæ regulæ de venditione pignoris creditori permissa quæritur: An creditor sibi ipsi venditionem pignoris facere possit? Et Respondetur in *l. & qui. 10. Cod. de distract. pign.* quòd bona fides non admittat, ut creditor sibi ipsi, vel per se, vel per suppositam imaginarij emptoris personam pignus titulo venditionis adjiciat, cùm simul emptor, & venditor esse non possit. Aliud est, si pignus judiciale vendatur, vel vendatur ab ipso debitore: Tunc enim ab emptione creditor non excluditur; De judiciali venditione text: est in *l. 2. §. 1. Cod. si in caus. jud. pign. &c.* De venditione debitoris loquitur cit: *l. & qui. 10. § sanè, si debitore. & l. 7. Cod. eod.* 22

Dices, secundùm constitutionem articuli nostri etiam pignus conventionale aliter vendi non posse, nisi judicialiter per fidem hastæ fiscalis, & vocem præconis, ergò creditori semper liberum esse, ut etiam proprium pignus conventionale per venditionem sibi comparare possit: Sed Respondemus, hac in parte nostra opinione dispositionem dict: *l. 10.* per articulum nostrum correctam non esse, tametsi enim pignus conventionale etiam judicialiter vendi debeat, tamen pignus judiciale non est, de quo loquitur *l. 1. Cod. si in caus. judic. pign. &c.* Cùm in priori casu ipse creditor venditor sit: In posteriori verò judex, qui semper præsumitur in meliori fide versari, tanquam in re prorsùs aliena, quàm ipse creditor in re sibi realiter obligata. 23

Instabis, quidsi in venditione creditoris non inveniatur emptor, sive licitator, qui plus offerat, quàm ipse creditor: Debetné propterea debitor defraudari illo superfluo, quod ex beneficio creditoris plus offerentis habere posset? Certissimum enim est, si pignora pluris vendantur, quàm creditoris prætensio sit, quòd illud superfluum debitori veniat restituendũ. *l. ult. Cod. de distract. pign. & l. ult. §. 5. Cod. de jure domin. impetr.* Sed Respondemus, in tali casu, cùm creditor à se ipso emere non possit, necesse esse, ut pro oblato majori pretio adjudicationem dominij impetrare debeat: Si enim impetratio dominij permittitur, quando pignus omninò vendi non potest, etiam permittenda est, quando pignus pro justo pretio vendi non potest: Nec quidquam obstat, quòd ex DD. communi opinione ferè nullibi locorum impetratio dominij in usu sit: Nam fortè raró casus contingit, quòd creditor tam fidelis, & bonæ fidei sit, ut plus pro impetrando dominio pignoris offerat, quàm ex venditione hastali haberi possit. Vid. *DD. ad dict. tit. Cod. de jure domin. impetr.* nobis sermo redibit ad *Artic. 13.* 24

Aliud remedium est, quo creditor uti potest, si distractionem pignoris in alienas manus impedire velit, ut debitore solutionem differente, actione pignoratitia, si fortè in possessione pignoris non est, imprimis immissionem ex primo decreto, & ex post facto etiam ex secundo decreto cum addictione, & adjudicatione dominij obtineat, de quo jam partim diximus in *semicent. nost. 1. controv. 17.* & alibi dicendum restat; Diximus hìc de creditore rem oppignoratam, vel hypothecatam non possidente, sed idem esse in hypotheca, quod est in pignore, nemo dubitat: Non enim jus possessionis, sive detentionis tribuit creditori jus distrahendi, sed ipsum jus reale pignoris, sive hypothecæ, quod rei inhæret, sive postmodùm sit in manu creditoris, vel in manu debitoris, ut DD. communiter tradunt ad dict: *tit. Cod. & ffterum. de distract. pign.* Et articulus noster sufficienter demonstrat, cùm loquatur, von dem versetzten Pfand / ubi verbum, Versetzen / 25

gen / ex propria sua natura constitutionem, non traditionem designat: Nostri advocati plerumque processus confundunt, & cùm pignoris distractionem petere volunt, in effectu ad immissionem agunt, qui processus longiorem tractum requirit, quamvìs ad hoc creditori servire possit, ut loco pecuniæ, quam fortè non desiderat, ex secundo decreto tandem ad addictionem, sive adjudicationem dominij devenire possit.

26 Debet autem creditor contentus esse, quòd ipsi ex dispositione juris, debitore non solvente, & in mora consistente, pignoris distractio concedatur: Nam pactum constitutioni pignoris adjectum, ut illud sua die, non solutâ quantitate debitâ, pleno jure habeat, omni jure prohibitum est, propter summam iniquitatem, quam in se continet, eò quòd misero debitori pro minima sæpè quantitate dominium rei suæ cum maximo damno auferatur. *l. quoniam. 3. Cod. de pactis pign. &c.* Ubi Constantinus Imperator dicit, quoniam inter alias captiones præcipuè commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, & imposterum omnem ejus memoriam aboleri; Alius textus est in *cap. significante. 7. x. de pign.* Ubi Pontifex ejusmodi conventionem improbatam esse Respondet; Et quidem propter usurariam pravitatem, dict: *cap. significante. Covar. in cap. quamvis. part. 2. §. 3. n. 3.* ita ut à debitore, neque per spontaneam renunciationem, neque per juramentum convalidari possit, cùm illius annullatio in odium creditoris sit legibus introducta, quibus debitoris renunciatione, aut juramento derogari non potest: dict: *cap. significante. & ibi DD.* Vocatur hoc pactum legis commissoriæ, eò quòd pignus post lapsum temporis creditori cadat in comissum, & ejus fiat, sic etiam comissa res dicitur, quæ per defraudationem vectigalium fit publicanorum propria, vel fisco cedit. *l. commissa. 14. ff. de public.* Ubi Ulpianus inquit, quod commissum est, statim desinit esse ejus, qui crimen contraxit, dominiúmque rei vectigali acquiritur. Et hoc pactum legis comissoriæ pro adeò injusto, & improbo habetur, ut debitori semper jus offerendi competat, nec creditor eidem etiam longissimo tempore præscribere possit, propter pessimam fidem, in qua sic contrahendo, & paciscendo constituitur, cùm notum sit, quòd in re, suâ sponte, & naturâ scelerata, & iniqua, conditio præscriptionis locum non inveniat.

27 Contrahitur autem pactum legis commissoriæ non tantùm his verbis, si creditor paciscatur, ut post certum terminum solutione, sive reluitione non facta res sibi in commissum cadat, sive sua propria fiat, sed etiam quando ad criminis extenuationem alijs mitioribus quidem, sed subdolis, & fraudulentis verbis utitur, idem in effectu significantibus: V. G. Ut debitori rem pignoratam ampliùs luere non liceat, aut nihilominùs pecuniam solvere possit, vel ut creditori pro pecunia, quam mutuo dedit, res empta sit, &c. quia talia verba in effectu eundem sensum habent, acsi dictum fuisset, quòd res pignorata debeat esse propria creditoris, vel apud eum perpetuò mansura; Quæ omnia reprobantur, juxta glossam in dict: *l. quoniam. 3. litt. A. vers. sed quidsi.* Nec admittitur distinctio, quam quidam faciunt, an tale pactum adjectum fuerit statim in ipso actu constituti pignoris, vel an primùm ex postfacto supervenerit; Nam, cùm semper eodem vitio iniquitatis laboret, etiam ejusdem legis correctioni subjectum esse debet. Quis enim non videt, quòd debitor indigens pecuniâ, ex postfacto non easdem conditiones facilè admittat, quas admissurus fuisset ab initio? *Antonius Perez. in Cod. ad dict. tit. num. 7. Mozz. de accid. pignor. sub tit. de pignor. & hypothec. num. 12. Bachovius. de pignor. lib. 1. cap. 16. num. 4.*

28 Quare autem pactum commissorium in emptione valeat, V. G. quando inter venditorem, & emptorem convenit, ut, si pretium ad diem certum

tum non fuerit solutum, res sit inempta, redeátque ad suum auctorem, sive venditorem. Vid. apud eundem *Perez. loc. cit. n. 6.* Quia scilicet hoc nullo damno emptoris fit, cùm ipse nummos suos, sive pretium conventum retineat, dominium verò in venditione reservatum redeat ad pristinum dominum, lex verò commissoria in pignoribus ideò reprobatur, ut paulò antè præmisimus, quòd misero debitori dominium rei suæ pro minima sæpè quantitate auferatur: Et hinc est, quòd pactum legis commissoriæ non tantùm locum habere possit in mutuo, sed etiam in alio quovis contractu per constitutionem pignorum firmato, & assecurato, quia eadem improbitas est, si de pignoribus committendis in eisdem stipulatio fiat, quàm, si facta fuerit in contractu mutui, qui tamen præcipuè propter fœneratitiam, vel usurariam suspicionem suspectus est: dict: *cap. significante. x. de pign. & l. ult. Cod. de pact. pign.*

Imò, quandoque usurarij creditores subdoli, & astuti contractum ita simulant, ut nescias, in quam speciem incidat, tantùm ad hunc finem, ut dispositionem legis commissoriæ eludant, quod tamen prorsùs intolerabile est: Exemplum ponit *Modest. Pistor. part. 2. quæst. 98.* quòd quidam venditor hâc sibi retentâ gratiâ hortum vendiderit, ut singulis annis 50. florenis liberare sibi liceret, quòd si autem cessaverit, in potestate emptoris esset, hortum occupandi, fructúsque exinde percipiendi, donec universum, tam pensionum, quàm sortis debitum sibi exsolutum sit, jure tamen redemptionis venditori omni tempore reservato, ubi quibusdam assessoribus hoc pactum non videbatur dissimile legi commissoriæ, cùm mens contrahentium videretur, quòd non soluta pensione annua hortus debeat esse pro 50. florenis emptus, quam pactionem improbam esse nemo dubitat: Tametsi in contractum venditionis deducatur. 29

Clarius exemplum habet idem *Modest. Pistor. loc. cit. part. 2. quæst. 100.* Ubi, cùm V. G. Titius oppignorâsset hortum suum pro 60. florenis, paulò post à tertio quodam alios 200. florenos mutuo accepit, cum hoc pacto, ut, si inter annum pecuniam non restitueret, hortus illi, id est posteriori creditori pro sua summa proprio jure, & in perpetuum remanere debeat. Post lapsum anni quærebatur, an secundus creditor primo creditori solvendo 60. florenos, hortum sibi proprietariè comparare, & acquirere possit? Ubi Modestinus respondet, quòd hic contractus prorsùs inutilis sit, nec pignoris, aut emptionis jure valere possit, eò quòd creditor noluerit, quod potuit, & voluerit, quod non potuit: Voluit enim quasi per emptionem jus prioris creditoris in se transferre, ut sibi res pignorata stabiliter permaneat, & hoc propter legis commissoriæ dispositionem non potuit: Potuisset autem jus prioris creditoris offerendo illi debitum ad se reluere, juxta ea, quæ ad hunc articulum fusè diximus, & hoc non voluit ex inepta sua imaginatione, & persuasione, quòd prioris creditoris prætensionem emendo retentionem perpetuam rei sibi oppignoratæ stabilire possit: Nihil igitur juris consecutus est, cùm tali modo contractus nec pignoris, nec emptionis jure valere potuerit: Jure emptionis propterea non, quòd legis commissoriæ pravitatem prohibitam involveret: Et jure pignoris adhuc minùs, cùm illius intentio non fuerit, per hunc contractum jus pignoris acquirere, sed sibi stabile, ac perpetuum dominium comparare.

Quæres igitur, annon valeat hoc pactum, ut, si quis intrà certum tempus pecuniam mutuo datam non solvat, res pignori data creditori pro eadem summa sit empta? Et Respondemus, hanc conventionem prorsùs inutilem, & perinde improbam esse, ac si creditor statim ab initio pactus fuisset, quòd in casu non factæ reluitionis res debeat sibi fieri propria, *l. 1. & 2. Cod. de pactis pign.* quia, ut jam diximus, non verborum palliationes, 30

 sed

ſed rei veritas inſpicienda eſt : Sin autem conventio ita inita fuerit, ut, ſi pecunia intrà præſtitutum tempus non fuerit reſtituta, & res nexu pignoris liberata, illa creditori debeat pro juſto, & convenienti pretio eſſe vendita, conventio omninò valida eſt. *l. ſi fundus. 16. §. poteſt. 9. ff. de pign. & hypoth.* Ubi dicitur, poteſt tamen ita fieri pignoris datio, hypothecævé, ut, ſi intrà certum tempus non ſit ſoluta pecunia, creditor jure emptionis poſſideat rem juſto pretio tunc æſtimandam, ubi Juris-Conſultus rationem addit, hoc enim caſu videtur quodammodò conditionalis eſſe venditio.

31 Inter cœtera hactenus exſplicata diximus, idem juris eſſe de hypotheca, id eſt, quæ alteri oppignorata, ſed non ad manus tradita fuit, quod eſt in pignore, id eſt, re oppignorata ad manus creditoris data: Quæritur igitur, an creditor rem hypothecatam, ſi debitor ad legitimè factam denunciationem pecuniam debitam non ſolvat, propria auctoritate apprehendere, & ad judicem pro ſubhaſtatione deferre poſſit? Et Reſpondemus, id neutiquam permiſſum eſſe, niſi in conventione pignoris, ſive hypothecæ expreſsè pactum fuerit, ut creditori in caſum non factæ ſolutionis licentia ſit, rem hypothecatam propria auctoritate apprehendendi, & procedendi, prout juris eſt, id eſt per ſubhaſtationem judicialem, nam, licèt jus crediti amittat, qui per violentiam debitore repugnante poſſeſſionem rei hypothecatæ ingreditur, ſi tamen id faciat ex pacto, & conventione, ſive ex bona voluntate debitoris, vim facere non dicitur. *l. pignoris cauſa. ff. de pign. act.*

32 Quid ſi autem creditor rem hypothecatam juſtè, & legitimè apprehenſam non ad judicem deferat ſubhaſtandam, ſed ipſe fideliter vendat, quanti res vendi potuit, annè talis venditio extrajudicialis de jure ſubſiſtat? Affirmativè reſpondet *Hartm. Piſtor. lib. 3. quæſt. 18. n. 8.* ita ut creditor ratione omiſſæ ſubhaſtationis debitori in nihilum obligetur, in quo Piſtorius non errat, cùm hujus opinionis ſit, quòd de jure communi, ut jam ſupra innuimus, ſubhaſtationis ſolennitas in vendendis pignoribus regulariter non ſit neceſſaria, ſed tantùm in certis quibuſdam caſibus. Quia verò articulus noſter neceſſitatem ſubhaſtationis pro ſolennitate generaliter requirit, rectè cum *Domino Balthaſar. reſol. 5. n. 3.* inferimus, talem venditionem quantumvis bona fide, & fideliter factam nullam, & invalidam eſſe: Quod etiam creditori, & ejus emptori non poteſt eſſe grave, cùm illis ſemper liberum ſit, venditionem inter ſe extrajudicialiter celebratam ſubhaſtationis beneficio corroborare. Et hoc etiam propterea utilius eſt, cùm haſtæ fides faciat ceſſare omnia reſtitutionis, & alia juris beneficia, de quo alibi diximus.

Der Achte Articul.

Ob jemand Pfand innhat / vnnd damit anderſt handlet / dann recht iſt / oder die vor der beſtimbten Friſt oder erlaubten Zeit / hieoben nechſt geſetzt / verkümmert / oder verändert / oder ſonſten gefährlich mit dem Pfand handlete / daß der Verſetzer deß Pfands gnuegſamblich erweiſen mag / Was er alsdann deß Schadens genommen hat / den iſt jhm der Innhaber deß Pfands abzuthun ſchuldig / vnd ſoll darzue von dem Richter / nach deſſen Ermäſſigung geſtrafft werden.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Quæ pœna maneat creditori in re oppignorata malè versanti?*
2. *An non debitor damnificatus habeat actionem pignoratitiam, & ad quid?*
3. *Quid si creditor pignus ante lapsum termini conventi, & præfixi alienet?*
4. *Quid si pluris, vel minoris vendat, an non habeat actionem pignoratitiam ad superfluum, vel ad supplementum?*
5. *Quando creditor residuum tardiùs restituit, ~~an non~~ teneatur ad usuras?*
6. *Ad quid teneatur creditor, si dolo, vel culpâ ejus pignus deterius factum fuerit?*
7. *Qualis culpa præstetur in pignore?*
8. *An creditor etiam teneatur restituere commodum, & incrementum, ut, si in agro oppignorato thesaurum invenerit?*
9. *An fructus?*
10. *Quid si occasione aliquid ad eum pervenit, vel si ex pignore vendito plus redemerit, an residuum cum usuris restituendum sit?*
11. *An malè versetur in pignore, qui neglecta speciali hypotheca, rem generaliter oppignoratam ad subhastationē deducit?*
12. *Quando creditor malè versatur in pignore, an debitor agere possit ad interesse?*
13. *Si multæ res creditori sint oppignoratæ, an sit in ejus libero arbitrio, vendere, quam maluerit?*
14. *An creditor antiquior cogatur, posteriores in possessionem pignoris admittere, sive, an posteriores primum creditorem cogere possint, ut pignus vendat, & illis residuum reddat?*
15. *An creditor venditionem rerum oppignoratarum debeat incipere à vilioribus?*
16. *Utrùm debitor durante processu edictali solutionem debiti, & omnium expensarum offerens possit pignus recuperare?*
17. *Quid si primus creditor pignus ad judicium hastale trahat, an secundus creditor per oblationem, ut modò dictum, illud sibi acquirere possit?*
18. *Qualem pœnam creditor incurrat, si in pignore malè versetur?*
19. *Si creditor pignus alienet sine requisitis solennitatibus, an debitori competat rei vindicatio?*
20. *Quid si creditor non servato juris ordine, & refragante conventione ad venditionem processerit, an illa sit nulla?*
21. *Annon duplex denunciatio requiratur in venditione pignoris, & quæ inter utramque sit differentia?*
22. & 24. *Si emptor fuit in mala fide, & collusit cum venditore, an sit in arbitrio debitoris, emptorem, vel creditorem conveniendi?*
23. *An debitor rem ab emptore vindicans ei pretium restituere debeat?*
25. *Quando tertius bona fide emit, & præscripsit, an non, deficiente actione rei vindicatoria, contra emptorē debitor habeat actionem pignoratitiam, vel negotiorum gestorum adversùs creditorem ad consequendum pretium?*

AD longum actum est in præcedenti articulo de requisitis ad alienationem pignoris necessarijs: In hoc articulo nunc agitur de contraventionibus: Et licèt in rubro tantùm ponatur unus casus, quomodò scilicet puniendus sit ille, qui rem sibi pignoratam, & obligatam ante tempus vendit, der das Pfand vor der Zeit hingibt / tamen in nigro non tantùm dispositio fit de pœna venditoris ante tempus, sed de omni creditore hypothecario, sive pignoratitio, qui in re hypothecata, & oppignorata non ritè, & legitimè procedit, sed contra dispositionem præcedentis articuli debitorem, vel dolosè, vel culposè damnificat.

Duplex igitur de tali creditore in re oppignorata malè versante vindicta est. Primò, quam sumere potest debitor pro mensura damnificationis suæ; Et altera, quæ competit judici pro correctione peccantis in constitutionem legis.

Quod

2 Quod attinet ad ipſum debitorem damnificatum, duo præcipua legis remedia eidem competunt : Primum eſt, & præcipuum actio pignoratitia directa, quæ non tantùm ad hoc competit, ut ſolutâ pecuniâ debitori reddatur pignus unà cum fructibus, ſed etiam ut creditor præſtet, quæ ex natura contractûs præſtanda veniunt, videlicet damna, quæ dolo, vel culpâ ipſius latâ, vel levi fuerunt data. *l. ſi ſervus. 25. l. 13. 14. & 22. §. fin. ff. de pign. act.* Et communiter DD. *ad §. 28. Inſt. de action.* Vel, quæ aliàs ex bono, & æquo præſtari debent, cùm ſit actio bonæ fidei, in quam veniunt non tantùm ea, de quibus expreſsè conventum eſt, ſed etiam, quæ alias præſtari æquum eſt, ut proinde mirum non ſit, quòd articulus noſter in nigro ſe latiùs extendat, & præter caſum venditionis ante lapſum termini factæ etiam plures alios comprehendat.

3 Caſus autem, qui continetur in rubro, primus, & principalis eſt, ſi inter creditorem, & debitorem de certo termino ſolutionis, ſive reluitionis conventum eſt, creditor autem ante eventum diei rem ſibi oppignoratam alienat, in dolo enim cenſetur eſſe, qui contra pacta, & conventa è diametro agit. *l. cùm contra. Cod. ſi vend. pign. l. ſi ceſſante. Cod. de diſtract. pignor. Piſtor. dict. quæſt. 18. n. 7.* Si tamen debitor contra pacta, & conventa de non alienando pignore intrà certum tempus in prima conſtitutione expreſſa conſenſum ſuum ex poſtfacto ad alienationẽ adhibuerit, nihil eſt, quod creditori imputari poſſit, cùm volenti non fiat injuria. Et hinc articulus noſter utitur verbis, Vor der beſtimbten Friſt / oder erlaubten Zeit / ut ſignificet, jus alienandi creditori dupliciter competere poſſe, vel ex lapſu termini in conventione conſtituti, vel ex voluntate, & permiſſione debitoris ex poſtfacto accedente, quod per ſe clarum eſt.

4 Secundus caſus eſt, ſi creditor in re pignorata periculosè, & dolosè verſetur : E. C. Vendidit quidem rem poſt termini lapſum, vel impetratam debitoris voluntatem, & permiſſionem, ſed non pro legitimo, & juſto pretio, tunc enim debitor, ad ſupplementum pretij legitimi contra creditorem actionẽ pignoratitiam habet, ita comuniter DD. *ad dict. §. 28. Inſt. de act.* Verùm hoc apud nos difficultatem non habet, cùm, ut in præcedenti articulo deduximus, omnis venditio pignoris fieri debeat judicialiter, & ſub haſta pluris licitanti, ut proinde allegationi cujuſcunque læſionis locus non ſit, ut alibi fuſiùs exſplicavimus.

Aliud eſt tertiò, ſi V. G. pignus pluris ſit venditum, quàm fuerit debitum, & creditor illud reſiduum ſibi retineat, tunc enim debitor actionem pignoratitiam habet, ad reſiduum à creditore avocandum. *l. 24. §. 2. ff. eod.* quod æquiſſimum eſt, cùm etiam creditor, ſi res oppignorata minoris fuerit vendita, contrariam actionem pignoratitiam adversùs debitorem ad ſupplementum defectûs inſtituere poſſit. *l. 28. ff. de rebus creditis.*

5 Imò quartò, ſi creditor reſiduum rei venditæ tardiùs reſtituat, tenetur etiam hoc nomine ad uſuras debitori præſtandas, per rationem, quia in actionibus bonæ fidei uſuræ debentur à tempore moræ. *l. 6. in fine. & l. 7. ff. eod.* additur denique in articulo generalis clauſula, ſi creditor in pignore alio modo verſetur, quàm ſit juris : Tametſi igitur hactenus pluribus demonſtratum ſit, quid in pignore, & ejus diſtractione juris ſit, quia tamen alij caſus ſuperſunt, quos hæc generalis clauſula comprehendit, operæ pretium nos facturos arbitramur, ſi compendiosè ulteriùs deducamus, ad quid creditor in re pignori data malè verſans obligatus ſit.

6 Et primò generaliter dicendum eſt, creditorem teneri, quoties pignus dolo, vel culpâ ejus deterius factum eſt. *l. eleganter. 24. §. in pignoratitio. 3. ff. de pign. act.* Ubi Ulpianus ait, in pignoratitio judicio venit, ſi creditor res pignori datas malè tractavit, ſervos debilitavit, ancillam proſtituit, vel aliud improbum facere coëgit : Item, ut pulchrè dicit *Mozz.*

de

de pign. & hypoth. §. *quæ actio detur. n. 12.* Si Hebræus (idem judicium eſt
de Chriſtianis , Hebræorum curſorijs haſtulis , aſſuetis) pignora accepta
lucri causâ alijs commodet , illa malè cuſtodiat , veſtes pignoratas à pulve-
re , & tineis non excutiat , vel in loco humido teneat , atque muribus ad
corrodendum acceſſum permittat , & ſimilia : Debet enim creditor rem
talem reſtituere , qualis fuit tempore obligationis, cùm illam pignori acce-
pit. *l. 7. Cod. de pign. act. l. 1.* §. *16. ff. depoſiti. l. 3.* §. *1. ff. comodati. l. 42.
ff. ad l. Aquil.* Nec intereſt, ſive res pignorata deterior facta fuerit ex cul-
pa creditoris , quæ in committendo , vel omittendo conſiſtit. *l. 15. ff. de
pign. act.* Cùm præſtetur in pignore dolus , & culpa lata ac levis , ſicut 7
in commodato , ut expreſsè dicitur in *l. 13. ff. de pign. act.* Ea igitur ,
quæ diligens paterfamiliâs in rebus ſuis præſtare ſolet , à creditore exigun-
tur. *l. 22.* §. *ult. ff. eod. Colleg. Argent. ad tit. de pign. act. num. 9.* Quibus
intermiſſis datur in eum actio pignoratitia , quanti debitoris intereſt. *l. ſi
creditor. 5. Cod. de pign. act.*

Secundò , creditor non rectè verſatur in pignore , vel hypotheca , ſi 8
cum illis non reſtituat omnes acceſſiones ; Sicut enim incommodum , &
periculum , ut in articulo ſequenti dicemus, ad debitorem tanquam domi-
num rei pertinet. *l. pignus in bonis. 9. Cod. de pign. act.* Ita etiam omne
commodum , & incrementum ad eundem pertinet , *l. ſi inter. 21.* §. *quid-
quid. 2. ff. de pign.* Tametſi fortuitò acceſſerit : Sic Theſaurus in agro pi-
gnorato à creditore inventus pro altera parte jure ſoli reſtituendus eſt debi-
tori. *l. 63.* §. *ult. ff. de acquir. rer. dom.*

Tertiò , creditor dicitur malè verſari in re pignori data , ſi eam non 9
reſtituat cum fructibus , ſed, quia de his ſeparatus articulus in hoc ipſo ti-
tulo ſubſequitur , examinationem noſtræ propoſitionis illuc reſervabimus :
Interim hoc certum eſt , ſi quis alteri proprietatem alicujus rei pignori de-
derit , cui intermedio tempore fortè per mortem uſufructuarij uſusfructus
accrevit , quòd uſusfructus non cedat commodo creditoris , ſed debitoris ,
adeóque non minùs , quàm alia pignori acceſſoria in reſtitutionem veniat :
Sicut & partus ancillæ , & pecorum fœtus, qui tamen, cùm in fructu ſint ,
ad *Art. 16.* pertinent.

Quartò , ſimiliter dicendum eſt , quòd creditori reſtitutio incumbat , 10
ſi quid occaſione pignoris ad eum pervenit : V. G. ſi fundum pignori ac-
cepit , in quo ſucceſſu temporis aliquid plantatum , vel inædificatum eſt ,
cùm enim id omne ſolo cedat , cum fundo debitori reſtituendum eſt : I-
mò , ſi creditor ex pignore per furtum ſibi ablato duplum, vel quadruplum
receperit , lucrum hoc non eſt creditoris , ſed debitoris. *l. 15. in fine princ.
ff. de pign.* Vel , ut jam priùs diximus , ſi plus ex pignore vendito rede-
merit , quàm debitori crediderit , ſi enim creditor ejuſmodi quæſtus , &
acceſſiones ſibi reſervare velit , dicitur in pignore malè , & contra jura ver-
ſari , & proinde ad reſtitutionem , & id, quod debitoris intereſt, obligatus
eſt : Et propterea ſecundùm priùs dicta hujus reſidui , quod creditor ex
vendito pignore recepit , uſuræ debentur. *l. creditor. 42. ff. de pign. act. &
l. 40. ff. de uſuris.* quod ita intelligendum , ſi creditor illud ſuperfluum fœ-
neraverit, aut in ſuos uſus converterit. *l. quamvis. 6.* §. *ſi creditor. ff. de pign.
act.* aut in illo reddendo moram commiſerit. *l. ſi autem. 7. ff. eod.* Nam ,
ſi in depoſitum dederit , uſuras non debet , dict: *l. quamvis. 6.* §. *1. in fine.*
Idem dicendum eſt , ſi creditor pignus apud tertium poſſeſſorem exiſtens a-
ctione hypothecaria perſecutus fuerit , & ex litis æſtimatione plus debito
acceperit , nam illud ſuperfluum non lucro creditoris , ſed debitoris cedit.
l. ſi inter colonum. 21. §. *ſi res. 3. ff. de pign.*

Quintò notum eſt , ex *l. quamvis. 2. C. & l. qui generaliter. 2. ff. qui* 11
pot. in pign. quòd creditor , qui habet ſpecialem hypothecam, & ipſi anne-

xam generalem, vel vice versa, debeat priùs excutere specialem, &, si ipsi ex speciali satisfieri non possit, demum recurrere ad generalem: Si igitur creditor, neglecta hac dispositione juris, rem debitoris sibi generaliter tantùm obligatam, neglecta speciali ad subhastationem deducat, malè dicitur versari in pignore: An autem debitoris actio pignoratitia directa in hoc casu adversùs creditorem pro eo, quod suâ interest, competat, dependet ab illa quæstione, an dispositio *l. quamvis. 2. Cod. de pign.* tantùm in favorem aliorum creditorum hypothecariorum, vel etiam in favorem ipsius debitoris introducta sit, de quo DD. plurimùm inter se differunt. Pro cujus quæstionis resolutione benevolus Lector *Hartman. Pistor. part. 3. quæst. 13. per tot. Covar. lib. 3. var. resol cap. 18.* & *Mynsing. cent. 6. observ. 94.* adire poterit: Nos propterea aliqualiter abstrahimus, cùm hujus loci propriè non sit.

12 Interim *Molina. de Just. & Jur. tract. 2. disput. 538. n. 25.* generalem regulam ponit, his verbis, quando creditor rem vendidisset extra eventus jure permissos, quòd debitor agere possit ad interesse adversùs creditorem: In quo necessariò supponit, ejusmodi casus etiam ipsius debitoris favorem concernere, aliàs pro suo interesse actionem non haberet: Et hinc *n. 21.* specialiter dicit, quando multæ res pignori, aut hypothecæ creditori pro debito subjectæ fuerunt, quamvis in optione creditoris sit, progredi ad venditionem, quam maluerit earum, ut eventibus exsplicatis debitum suum recuperet, per *l. creditoris. 8. ff. de distract. pign.* Si tamen aliquid illi specialiter fuerit obligatum, & reliqua generaliter, quòd priùs progredi debeat ad venditionem ejus, quod ipsi specialiter obligatum est, si satis id sit, ut sibi debitum consequatur, si autem illud satis non sit, posteà primùm progrediatut ad alia insuper vendenda. *l. 2. Cod. de pign. & l. quæ specialiter. 9. Cod. de distract. pign.* Item, quando multæ res sunt pignori, aut hypothecæ obligatæ, si una vendita sufficiat solutioni debiti, quòd creditor non possit progredi ad vendendas omnes: Quæ propositiones omnes sustineri possunt, supposito, quòd *l. quamvis. 2. Cod. de pign.* etiam favorem ipsius debitoris concernat, sed, quia Molina ulteriùs addit, quòd in casu, quo res deterior ad integrum debitum exsolvendum sufficit, creditor ad vendendam meliorem non possit progredi, per rationem, quòd semper executio fieri debeat cum minori possibili detrimento debitoris, modò id commodè
13 ita fieri possit: De hoc valdè subsistimus, cùm hîc non agamus de executione rei judicatæ, sed de creditoris jure, quod in pluribus rebus generali obligatione contentis æquale est: Cur igitur venditionem in omnibus rebus eadem obligatione comprehensis debeat incipere à re viliori, non comprehendimus, cùm in ejusmodi conventionibus pignoratitijs utique major sit favor creditoris, quàm debitoris, quia ille beneficium præstitit, hic accepit: Nec ad rem facit, quòd de rei judicatæ executione pro exemplo affertur, quoniam ibi agitur de officio judicis, qui ad hoc obligatus est, ut semper illa bona priùs pro executione apprehendat, quæ parti victæ minimum damnum afferunt, & quorum meliùs carere potest, Daß er die jenige Güter für sich nemme / die den Verlurstigen am mindisten Schaden geberen / vnnd der er am besten gerathen mag. Hîc autem agitur de creditore, qui suus proprius executor est, & rem pignori nexam vendere potest, quam mavult ex pluribus. Cùm omnes illi æqualiter obligatæ sint; Ad quod est textus rotundus in cit: *l. creditoris. 8. ff. de distr. pign.* Ubi Modest: Juris-Consultus inquit, creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire: Et hoc agnovit ipse Molina statim ab initio *n. 21. ejusd. disput. 538.* Ubi dicit, si multæ res pignori, aut hypothecæ creditori fuerint pro debito subjectæ, quòd in optione creditoris sit, progredi ad venditionem ejus, quam malue-

rit;

rit, quomodò ergò in subsequentibus creditorem alicujus doli præsumpti arguere potest, si procedat ad venditionem rei melioris? Si enim ad vilioris distractionem priùs obligatur, jam dici non potest, quòd distractio sit in ejus libero arbitrio, & voluntate.

Diximus in *semicent. nost. 1. controv. 18.* Quòd creditor antiquior non cogatur, posteriores in pignoris, aut hypothecæ possessionem simul admittere, etiamsi prædium pignoratum, & hypothecatum pro satisfactione omnibus abunde sufficiat. *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 12. Heig. part. 2. quæst. 6. num. 26.* per rationem, quòd hypothecarius creditor prior possit totum pignus persequi, licèt illud decuplo plus valeat suo debito. *Gail. lib. 2. observ. 92. n. 5.* Adeò, ut posterior creditor prædium primo obligatum nullo modo sibi affectare possit, nisi priori debitum suum offerat, & exsolvat. *Pistor. loc. cit. Heig. ibidem. n. 16.* Nec creditor posterior primum cogere possit, ut pignus vendat, sibi de pretio inde redacto satisfaciat, & residuum alijs reddat. *l. 10. Cod. qui pot. in pign.* Econtra in executione judiciali judicis officium restringitur præcisè ad quantitatem rei judicatæ, ita ut, si pignus pro executione rei judicatæ captum sit, mensuram debiti excedere non debeat, vel si excedat, alijs creditoribus applicandum sit: Ex quo satìs apparet, inter officium judicis, & pignoratitij creditoris licentiam, magnum intervallum esse, taceo, quòd *l. 5. Tit. 13.* **der Gerichts-Ordnung** / illas res priùs in executionem deducendas esse statuat, **die der Schuldner am besten gerathen mag** / atqui plerumque res meliores, & pretiosiores minùs usui sunt, & potiùs dimitti possunt, quàm viles, & communes, ergò; Addit quidem P. Molina, si id commodè fieri possit, quis autem non videt, majus incommodum esse, rem vilem vendere, quàm rem bonam? Cur igitur creditor adstrictus sit, cúm in utrísque æquale jus habeat, priùs vilioris rei vendendæ cum dispendio temporis, & laboris curam in se suscipere, quàm melioris, quæ quasi in singulis momentis facilè licitatorem, & emptorem invenit? Denique demus, in foro saltem conscientiæ æquum videri, ut creditor distractionem à vilioribus rebus oppignoratis incipiat, de quo tamen in utroque *titulo. Cod. & ff. de distract. pign.* nihil dispositum reperimus, tamen hæc censura videtur nobis esse nimium dura, quòd creditor, qui vendit melius, cùm commodè recuperare possit suum debitum, vendito viliori, censeatur esse in dolo, ita ut debitor agere possit ad interesse: Nam, cùm juxta dicta hujus articuli *ad principium*, creditor nullam rem oppignoratam vendere possit, nisi facta priùs denunciatione debitori, & quidem secundùm tenorem juris nostri statutarij, etiam in casu, quo in constitutione pignoris creditori ejus vendendi potestas facta est, debitor sibi imputare debet, quòd ipse non vendat rem deteriorem, si vendibilis est, & creditori satisfaciat, quod eidem licere *D. Molina. loc. cit. ex Neguzan.* refert: Certè, si id omittit, & denunciationi acquiescit, videtur, creditoris intentioni deferre, & in alienationem melioris præ viliori consentire, quod tamen alijs ulteriùs cogitandum relinquo. Videatur hìc D. Balthasar, qui P. Molinæ opinionem de verbo ad verbum exscripsit. 14 15

Sextò, si ponas, quòd creditor post lapsum termini ad reluendum pignus præfixi, vel post denunciationē legitimè factam, & exspectatum temporis cursum, qui pro varietate casuum, locorum, & rerum secundùm dispositionem prioris articuli ad judicialem, & hastalem venditionem necessarius est, actualiter processerit, pendente autem subhastationis processu debitor integralem solutionem debiti offerat, putamus, ipsum adhuc audiendum esse, & creditorem in pignore malè versari, si non attenta actuali, & reali oblatione solutionis ad venditionem procedat, juxta *Art. 11. Tit. 4.* **deß Gandt-Proceß.** Ubi debitori, ne de præcipitantia conqueri possit, licentia conceditur, durante processu edictali rem hastalem, offerendo debitum, 16

tum, & refundendo omnes expensas, recuperandi, modò id fiat ante publicationem sententiæ. Et licèt citatus articulus loquatur de rei subhastatione in concursu creditorum, sive, ut loquuntur practici, in processu discussionis generalis, tamen idem nobis videtur dicendum, si sine tali processu res judicialiter vendatur ab uno solo creditore pignoratitio, sive postmodùm res illa per conventionem pignori data, vel ex officio per judicem ad executionem rei judicatæ pignori capta sit: Quia semper militat æquitatis ratio, ut re adhuc integra potiùs ipsi debitori tanquam domino rei, quàm extraneo licitatori favendum sit. Diximus, re adhuc integra, id est venditione nondum perfecta, & pignore emptori nondum tradito: Sicut enim in concursu creditorum post sententiam prioritatis debitor ad reluitionem ampliùs non admittitur, quia per sententiam prioribus creditoribus jus quæsitum est, ita in particulari tali venditione, & subhastatione post perfectam emptionem, & venditionem, desupérque factam traditionem, jus emptori quæsitum ampliùs auferri non potest, argumento *l. creditores. 3. Cod. de pign. Neguzan. de pign. & hypoth. mem. 1. part. 6. n. 28.* Vid. quæ diximus ad dict: *Art. 11. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß.

17 Septimò, quod modò de debitore diximus, etiam locum habet in creditore secundo, debitum primo creditori actualiter, & integraliter offerente: V. G. si duobus rem diversis temporibus obligaverim, quam primus creditor servatis solennitatibus vendere intendit, & rem obligatam ad judicium hastale trahit, tunc enim certum est, quòd ipso debitore in reluitione cessante, secundo creditori jus sit, primo creditori offerendo debitum totum jus pignoris sibi acquirendi: *l. 3. Cod. si antiquior creditor.* Si igitur primus creditor non attenta oblatione, nihilominùs ad venditionem pignoris progrediatur, malè versatur in pignore, & debitori ad damnum, & interesse, si quod inde incurrit, obligatur. An autem posterior creditor contra priorem, à quo per præcipitationem ad venditionem progrediendo delusus fuit, aliquam actionem habeat, videndum est apud DD. *ad tit. Cod. si antiquior creditor.* Ubi dicitur, quòd prior creditor rem oppignoratam extraneo alicui vendendo, ac tradendo, eum adeò securum faciat, ut secundo creditori nulla ampliùs debiti oblatio, multò minùs verò adversùs emptorem pro recuperando pignore actio hypothecaria competat, quod tamen ita intelligendum est, juxta *l. obligata. 2. Cod. si antiquior. cred.* Si creditor rem obligatam pignoris jure rectè distraxerit, rectè autem non distrahit, cui interpellatione facta re adhuc integra à posteriore creditore debiti facta fuit oblatio. *l. quo minùs. 3. Cod. eod.* Jure igitur etiam tali in casu dicitur malè, & contra jura versari in pignore, & secundo creditori ad id, quod suâ interest, obligatus esse.

Et hi sunt præcipui casus, in quibus ex generali clausula articuli nostri creditor malè versando in pignore se ad omne damnum, & interesse obligare, quin imò, & judiciali pœnæ subjicere potest.

18 Quæ autem sit quantitas pœnæ, articulus noster judicis arbitrio, & determinationi non immeritò remittit, cùm utique ille, qui malitiosè, & dolosè in re pignoratitia versatur, graviorem pœnam mereatur, quàm ille, qui se tantùm culposè gessit, & aliquid fecit, vel intermisit, quod juri, & maximè dispositioni hujus articuli conforme non est: Et hinc rectè *Artic. 8. Reform. de Anno 1588.* correctus est, qui simpliciter dimidium damnorum, & interesse pro pœna judici addicit. Hactenus nunc ad longum deduximus, quid veniat in actionem pignoratitiam directam, si creditor in pignore malè versatus fuerit, sed, quia statim in principio hujus articuli addidimus, debitori etiam quandoque competere rei vindicationem, superest, ut illud quoque breviter exsplicemus. Et quidem duo maximè requisita

quisita posuimus, quæ ad alienationem pro forma, & solennitate actûs necessaria sunt, nempe denunciatio debitori secundùm dispositionem articuli nostri in districtu jurisdictionali, vel extra illum consistenti ad os, vel ad valvas domicilij in rebus mobilibus, vel immobilibus facienda: Et secundò subhastatio judicialis, & solennis. Si igitur præsupponas, his solennitatibus non observatis, à creditore distractionem pignoris factam esse, nullum dubium est, quin actus sit ipso jure nullus, & proinde debitori tanquam domino rei suæ à creditore suo inutiliter alienatæ vindicatio competat. Materia hæc convenit cum *tit. Cod. 30. lib. 8. si de vendit. pignor. agatur.* Et, quia in foro est valdè frequens, & utilis, ideò enucleatiùs nobis examinanda est, eâ tamen, quâ possumus, brevitate.

Et inprimis quidem dubium esse potest, an de jure nostro statutario debitori præter actionem pignoratitiam directam etiam rei vindicatio competat? Ratio dubitationis est, quia articulus noster nullum verbum de rei vindicatione, quatenus contra emptorem pignoris competit, habet, sed solummodò de actione pignoratitia loquitur, quatenus competit contra creditorem venditorem, ad id, quod debitoris interest: Prout etiam præcedens *Articulus 7.* ubi de forma, & solennitate alienationis plura traduntur, nullibi præscribit, an & quomodò contra tertium emptorem formâ alienationis non observatâ, & ad quid agendum sit, ut ita videatur, legislatorem noluisse, ut emptoris habeatur ratio, sed, ut res inter debitorem, & creditorem ex actione pignoratitia, & contraria judicetur. Sed quia, ut benè dicit *D. Rath. loc. cit. assert. 79. sub litt. A.* nostra statuta Provincialia debitori etiam nullibi actionem rei vindicatoriam contra tertium emptorem, aut possessorem adimunt, rectè inferendum est, quod non mutatur, cur stare prohibeatur? *D. Balthas. ad hunc tit. resol. 5. n. 9.* 19

Videndum est igitur, in quibus casibus specialibus rei vindicatione contra tertium emptorem locus sit. Qua in parte *Perez. ad dict. tit. Cod. si vendit. pign. &c.* distinctionem generalem ponit, utrùm scilicet creditor, qui pignus vendidit, jure vendere non potuerit, an verò vendere potuerit, sed mala fide vendiderit? In primo casu, quo creditor non servato juris ordine, & refragante conventione ad venditionem processit, debitor rem venditam ab emptore, vel alio quocunque possessore vindicare poterit. *l. servos. 2. Cod. eod.* Cùm nulla sit venditio, & proinde debitor, qui rei venditæ dominium non amittit, ejus vindicandæ potestatem retineat. 20

Ex quo sequitur primò, si in conventione pignoris actum fuerit, ne illud ante certum tempus vendatur, quòd nulla sit venditio, si creditor non exspectato temporis lapsu venditionẽ celebraverit, quoniam facit contra legem conventionis, & dispositionem juris.

Sequitur secundò, si in casu, quo nullus terminus reluitionis in conventione pignoratitia præfixus fuit, creditor non facta priùs debitori legitima denunciatione, venditionem fecerit, quòd similiter nulla sit ipso jure venditio: Ex dictis ad præcedentem articulum, cùm denunciatio tam ex jure communi, quàm de jure nostro statutario, de forma, & solennitate actûs sit, sine qua prorsùs nullus, & invalidus est: Ratio ibidem allegata fuit, quòd creditor ad distractionem pignoris procedere non possit, nisi debitor fuerit in mora constitutus, vel per lapsum termini annexi, vel per denunciationem legitimè factam.

Sequitur tertiò, quòd etiam tunc nulla, & invalida sit alienatio, si à creditore denunciatio quidem debitori facta sit, sed tempus denunciationis non fuerit exspectatum, E G. post denunciationem in rebus mobilibus requiruntur 14. dies debitore præsente, vel eo absente quadrans anni, & in immobilibus integer annus, ut ad priorem articulum diximus, à die denunciationis computandus: Si igitur venditio intrà hunc terminum à cre-

ditore facta eſt, pro nulla, & invalida habebitur, quia facta eſt contra juris diſpoſitionem, & prohibitionem.

Sequitur quartò, ſi creditor venditionem faciat propria auctoritate, quòd venditio æquè nulla ſit, cùm articulus præcedens venditionem haſtalem de neceſſitate, & ſolennitate per expreſſum requirat: Quidquid ſit de jure communi, quod hac in parte dubium eſſe, jam ſupra annuimus.

Sequitur quintò, quòd ſimiliter nulla ſit etiam ſubhaſtalis venditio, niſi debitor ad illam fuerit invitatus, & judicialiter citatus. Juxta text:
21 *Artic. præced.* in quo noſtra opinione clarè duplex denunciatio requiritur: Prima de venditione à creditore facienda, poſt quam curſus determinati temporis debitori à jure conſtituti exſpectandus eſt: Procedente verò poſtmodùm creditore ad actualem venditionem per haſtam, debitor de novo citandus eſt, juxta verba, Unnd daß er dem / der jhme die Pfand verſeßt / vor zu Hauß / vnd Hof / da er zu wohnen pflegt hat / verkünde: Inter utrámque igitur denunciationem magna differentia eſt. Prima enim neceſſaria eſt, ut creditor licitè ad venditionem progredi poſſit: Secunda, ut debitor in proceſſu ſubhaſtali obſervare poſſit, ne ſibi per venditionem judicialem præjudicium fiat, prima proinde neceſſaria eſt ad juſtificandam poteſtatem creditoris, altera ad juſtificandum proceſſum haſtalem: In omnibus enim iſtis caſibus ſaltem ex jure noſtro ſtatutario nullitas committitur, cùm venditio fiat non obſervato juris ordine, vel refragante pignoris conſtitutione.

Nunc accedimus ad ſecundum membrum prioris diſtinctionis, quando creditor jus vendendi quidem habet nullo legis, vel conventionis refragante obſtaculo, attamen juxta verba articuli noſtri in pignore malè verſatur, & aliter procedit, quàm juris ſit, prout potiſſimos caſus paulò ante enu-
22 meravimus, tunc ſubdiſtinctio facienda eſt, an emptor quoque fuerit in mala fide, vel non? Si emptor cum creditore colluſerit, & ſimiliter in mala fide fuerit, fortè, quia rem minori pretio emit, quàm vendi potuiſſet, &c. debitori non minùs actio adversùs emptorem competit, quàm adversùs creditorem vendentem, ſi autem emptor fuerit in bona fide, ut ipſi nihil imputari poſſit, tunc venditio pignoris irrevocabilis eſt. *l. cùm contra. 4. Cod. ſi vendit. pign.* Et ſolus creditor actione pignoratitia tenetur ad id, quod debitoris intereſt. Dices, quid interſit, ut debitori plures actiones concedantur? Et Reſpondemus, ut electionem habeat, an malit agere adversùs creditorem, quanti ſuâ intereſt, an reſciſſa venditione rem ab emptore conſequi, dict: *l. 4. Cod. eod.* Poteſt enim contingere, ut de bonis creditoris debitori ratione damni, & intereſſe ſatisfactio fieri non poſſit, quia fortè non exiſtit ſolvendo, tunc enim dubium non eſt, quin reſciſſa venditione rem venditam recuperare poſſit. *l. præſes. 1. Cod. hoc tit.* Ubi textus ait, quòd ſi de bonis creditoris condemnati ſolvi pecunia non potuerit, & probatum fuerit, emptorem mala fide emiſſe, offerente te pecuniam, præſes reſtituere tibi fundum per malæ fidei emptorem jubebit.

23 Ad hoc neceſſarium eſt, ut debitor rei vindicatione ad rem venditam agendo emptori pretium reſtituat, id eſt pecuniam, pro qua res pignori data fuit. *l. ſi uxor. 3. Cod. eodem.* Ubi dicitur, quòd emptor, qui participat fraudem, teneatur in ſubſidium, ſi creditor non ſit ſolvendo, recepto tamen pretio, exceptione ceſſi pignoris aliàs tutus, ut inquit *D. Rath. loc. cit. aſſert. 79. litt. B.* Ubi hoc in tantum extendit, ut in qualibet rei vindicatione, tametſi creditor pignus, modo, & ſolennitatibus non ſervatis diſtrahens pœnam incurrat, nihilominùs pretij reſtitutio locum habeat, cùm creditor taliter malè agendo jus crediti non amittat, & proinde alienando rem

pigno-

pignori obligatam saltem jus debiti in emptorem cessione transmittere possit. Imò, si supponas, creditorem etiam solvendo existere, tamen in arbitrio debitoris est, an malis, contra creditorem actionem personalem, sive pignoratitiam instituere, vel rem à tertio emptore, aut possessore vendicare. Idem *D. Rath. loc. cit. litt. B.* possunt enim multæ considerationes incidere, ex quibus debitori magìs consultum sit, judicium rei vindicationis suscipere, quàm probationem, quanti suâ intersit, per actionem pignoratitiam subire: Illud tamen manifestum est, quòd, sicut emptor V. G. fundum à pignoratitio creditore emptum cum fructibus restituere debet, ita etiam debitori pecunia cum usuris legitimis restituenda veniat. *l. præses. 1. Cod. si vendit. pign. &c.* 24

Una exceptio est, qua deficit rei vindicatio adversùs tertium possessorem, si scilicet rem oppignoratam bona fide emens legitimo tempore præscripserit. *l. servos. 2. Cod. si vendit. pign.* Diximus, bona fide emens, nam, si emptor fraudis particeps est, tanquam malæ fidei possessor nunquam præscribit, *cap. possessor. 2. de R. J. in 6.* Suppositâ autem legitimâ præscriptione bona fide completâ, nihilominùs debitori contra creditorem, qui non jure rem vendidit, pro pretio consequendo actio competit, *dict. l. servos. 2. C. si vendit. pign. &c.* Qualis autem hæc sit actio, an pignoratitia, vel negotiorum gestorum? DD. inter se controvertunt, ut videre est apud *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 19. per tot.* propter textum in *l. mater tua. Cod. de rei vindic.* Qui actionem negotiorum gestorum requirit, alijs verò in pignore directam actionem pignoratitiam admittentibus: Verùm, quia utraque actio personalis est, & triginta annis durat, rectè diximus, re usucapta debitori ad pretium rei usucaptæ consequendum adhuc actionem contra creditorem malè vendentem, debitori superesse, sive postmodùm sit pignoratitia, sive negotiorum gestorum. Vid: quæ diximus ad *Art. 1. Tit. 9. de usucap. & præscript. ad finem.* Hoc tamen advertendum est, licèt actio ex dict: *l. servos. 2.* competat contra creditorem ad pretium pignoris venditi repetendum, quòd tamen creditor jure exceptionis ex pretio retineri possit, quod debitori credidit, cùm, ut priùs diximus, vendendo pignus modo, & solennitatibus juris non servatis debitum suum non amittat. 25

Der Neundte Articul.

WAnn einem vmb sein Gelt oder Schuld / Pfand in seinen Gewalt eingeantwortet werden / vnd jhm ohne sein Verschulden / daran Schaden vngefährlich widerführe / ehe vnnd zuvor er seines Gelts gewehrt / vnd dasselb Pfand verkaufft würde / deß soll er kein Entgeltnuß haben/ vnd auch an der Schuld/ die man jhm gelten soll / darumb nichts abgehen.

SUMMARIA.

1. *An periculum, & damnum pignoris casu fortuito obtingens pertineat ad debitorem?*
2. *Utrùm creditor teneatur, præstare dolum, latam culpam, & levem, & an etiam casum fortuitum, & moram?*
3. *Item an culpam levissimam?*
4. *An non detur casus, in quo constitutio pignoris solius creditoris gratiâ facta sit, & ut sic creditor etiam teneatur de culpa levissima?*
5. *Ad quem spectet damnum in hypotheca contingens, & qualem culpam præstet creditor?*
6. *Quid si autem hypotheca ex culpa debitoris pereat, vel deterioretur, an creditor habeat actionem pignoratitiam contrariam ad id, quod suâ interest?*

7. Quid

7. Quid si casu fortuito perierit, an nihilominùs creditor habeat actionem pignoratitiâ, nisi aliter inter contrahentes convenerit?

8. Quis interitum rei casu fortuito factum probare debeat, debitor, an creditor?

9. Utrùm creditor agere possit adversùs debitorem, ut sibi aliud pignus constituat, si prius sine suâ culpâ perijt?

10. Si debitor pignus alienet, ita tamen, ut alia res in ejus locum surrogetur, an illa res succedat in locum pignoris alienati?

11. Quæ res veniant sub hypotheca generali?

EGimus in præcedentibus duobus articulis, quæ incumbant creditori ad pignoris distractionem progredienti, nunc etiam vice versâ dicendum est, quid tam creditori, quàm ipsi debitori in consideratione pignoris, sive hypothecæ quoad periculum, & interitum rei oppignoratæ incum-
1 bat? Et in hoc articulo constituitur generalis regula, quòd periculum, & damnum pignoris casu fortuito obtingens ad debitorem pertineat: Ratio per se clara est, quia debitor manet rei dominus, casus autem, & periculum spectant ad rei dominum. *l. pignus. 9. Cod. de pign. act. & l. quæ fortuitis. 6. Cod. eod.* Sicut tamen hæc regula de jure communi suas exceptiones patitur, ita quoque eædem de jure nostro Bavarico admittendæ sunt. Diximus sæpiùs in præcedentibus, inter pignus, & hypothecam hanc differentiam esse, quòd pignus tradatur ad manus creditoris, hypotheca autem communiter retineatur in manibus debitoris. Ex quo statim sequitur, quòd creditor majorem curam habere debeat pignoris suæ fidei commissi, quàm hypothecæ: Et hinc supra probavimus, si pignus dolo creditoris, *culpâ* latâ, vel levi intereat, periculum esse creditoris, dict: *l. quæ fortuitis. 6.*
2 *Cod. de pign. act.* Quoniam hic contractus bonæ fidei est, in quo præter dolum etiam culpa lata, & levis præstanda venit, sicut in commodato convenienter articulo nostro, ubi dicitur, quòd creditor, cui pro debito suo res pignori data, & in potestatem suam tradita fuerit, tunc de damno, & periculo non teneatur, si casu fortuito, ungefährlich/ & sine ejus culpa, ohne sein Verschulden/ acciderit, ergò à contrario sensu, si acciderit ex ipsius culpa, quòd de damno, & periculo teneatur, probat hoc pluribus textibus *D. Balth. res. 6.* ferè inutiliter, cùm id nemo neget. Et hoc idem dicendum est, si damnum, & periculum acciderit ex mora, aut facto creditoris. V. G. Si rem pignori acceptam post solutionem, quovis modo factam non restituerit, dict: *l. 6. Cod. de pign. act.* Quia mora culpæ species est. *l. si servum. 91. §. & passim. ff. de V. O.* & facit aliquem teneri de casu fortuito, ut de commodatario textum habemus in *cap. un. x. de commodato.* & in *l. 1. §. sed interdum. ff. eodem.* Et de depositario in *l. si in Asia. 12. §. ult. ff. depositi.* & in *l. 5. ff. si certum petatur:* In tantum, ut illi, qui in mora est, periculum incumbat, tametsi res apud creditorem quoque peritura fuisset. *Mynsing. §. si res legata. Inst. de legat.* De quo tamen alio loco plura dicenda supersunt, fortè ad *Tit. 17. Art. 1.*

3 An autem creditor, qui pignus in potestatem suam accepit, etiam ad levissimam culpam teneatur, propterea dubitari potest. 1. Quia pignoratitius creditor etiam ad custodiam obligatur, per textum in *l. sicut vim. 19. Cod. de pign. & hypoth.* quo nomine videtur requiri exactissima diligentia, & consequenter præstatio etiam culpæ levissimæ. 2. In *§. creditor quoque. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* & in *l. si cùm. 13. §. 1. ff. de pign. act.* Idem in *l. sicut. 19. Cod. de pign.* sola vis major excipitur, ut proinde creditor in omni casu extra vim majorem, si quamcunque culpam latam, levem, vel levissimam commiserit, semper videatur, ex interitu pignoris esse *obligatus*: Et hunc ipsum sensum esse articuli nostri, exinde apparet, cùm solum

lum casum fortuitum in damno pignoris excipiat, da der Schaden ungefährlich widerfuhre / damnum autem ex culpa creditoris proveniens eidem imputet. Sed his non obstantibus verum est, quòd creditor ex culpa levissima ad damnum, & periculum rei oppignoratæ obligatus non sit: Ratio est, quia contractus pignoris utriúsque contrahentis gratiâ celebratur, debitoris, ut pecuniam recipiat, creditoris verò, ut constituto pignore securitatem consequatur, sive, ut textus in §. *ult. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* loquitur, quia pignus utriusque gratiâ datur, debitoris, quò magìs pecunia ei credatur, & creditoris, quò magìs ei in tuto sit creditum. *Schneidew. ad dict. §. creditor. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. n. 19.* Nec obstat, quòd creditor ad custodiam pignoris obligatus sit, nam in dict: §. *ult. Inst. quib. mod.* additur, quòd sufficiat, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat. Si ergò non requiritur exactissima diligentia, creditor etiam non tenetur de culpa levissima. Similiter nihil obest, quòd quidam textus solam vim majorem excipiant, quia ex hoc non sequitur, quòd proinde creditori omnem culpam etiam levissimam imponant, quæ regulariter in contractibus utriusque gratiâ inire solitis semper habetur pro exclusa. Unum casum excipit D. Balthasar, si scilicet constitutio pignoris solius 4
creditoris gratiâ facta fuerit, ex *Cujacio. lib. 19. observ. 29.* Et asserit, hujus quoque opinionis esse *D. Arnold. Rath. loc. cit. assert. 80. circa finem.* V. G. Si debitor pignus creditori ultrò obtulerit, & in manus consignaverit, sine quo tamen creditor pecuniam nihilominùs crediturus fuisset. An autem hæc D. Rathij sententia sit, multùm subsistimus, cùm *loc. cit.* nihil affirmativè resolvat, sed tantùm Cujacij opinionem referat, suum judicium autem in suspenso teneat. Certè opinio Cujacij videtur ferè esse chymerica: Nam nullum debitorem credimus esse tam impudentem, ut neget, sibi à creditore beneficium factum esse, tametsi de assecuratione debiti per pignus nulla mentio facta fuerit, imò eò majus beneficium creditor præstat, quando pecuniam creditori concedit sine exactione pignoris, quomodò ergò dici potest, quòd eo in casu, quo debitor pignus creditori offert ex spontanea voluntate, contractus pignoratitius solius creditoris gratiâ celebretur? Cùm debitor ex concessione pecuniæ majus beneficium capiat, quàm creditor ex spontanea constitutione pignoris: Aliter se res habet in commodato, quod D. Balthasar ad similitudinem, sive exemplum inducit: Nam in commodato, quod plerumque, ut inquit Juris-Consultus in *l. si ut certo. §. nunc videndum. ff. commodati.* solam utilitatem continet ejus, cui commodatur, commodans ex contractu nullam prorsùs utilitatē, aut commoditatem habet, sed solus commodatarius. V. G. Si illi commodato dederim equum meum, ut recreationis causâ exspatiari, vel aliquod iter lucri causâ conficere possit, in quo utique commodatarius solus beneficio gaudet, nihil autem commodi in me commodantem redundat, cùm commodatum fiat gratìs: In priori casu pignoratitio verò, tametsi creditori non petenti offeratur pignus, debitor ex pecunia sibi credita beneficium, & utilitatem consequitur, ut in effectu contractus pignoratitius solius creditoris gratiâ factus esse dici non possit. Quid dicet D. Balthasar, si in tali contractu pignoratitio, qui ex ipsius opinione solius creditoris gratiâ celebratus est, contingat, pignus casu fortuito interire, teneturné creditor, in damno casu fortuito contingente transactionem aliquam cum debitore subire, si nullius culpæ reus argui possit? Negat hoc *D. Rath. ad Tit. 17.* der Land-Recht / *& idem Balthasar. ibidem.* per rationem, quòd illud in Statutis nostris Provincialibus *loc. cit.* introductum sit contra dispositionem juris communis, juris autem communis correctio extra casum specificè expressum extendenda non sit. *l. præcipimus. in fine. Cod. de appellat. Rath. in ulteriori contin. differ. assert. 15. litt. C.* Quod tamen ex principio D. Balthas: hoc lo-

eo posito necessariò affirmandum esset, propterea enim creditorem obligat etiam ex levissima culpa, quando ei pignus à debitore datum est spontaneè, sine quo nihilominùs crediturus fuisset: Eò quòd ex mente illius talis constitutio pignoratitia solius creditoris gratiâ fiat, quæ causa est, quòd ad similitudinem commodati creditor etiam ex levissima culpa obligetur: Atqui commodatarius ex hac ipsa causa etiam obligatur pro parte ad resarcitionem damni in re commodata casu fortuito contingente. Ergò etiam creditor ex hac ipsa ratione ad resarcitionem damni in re pignorata contingente pro parte obligatus esse debet: Quod tamen nemo asserere audet: Tutius ergo est, cùm casus Cujacij quasi metaphysicus sit, ut generaliter dicamus, creditorem non nisi ex lata, & levi culpa teneri, quod convenit cum textibus in *l. si nullo. & l. pignus in bonis. Cod. de pignor. act. l. si cùm venderet. §. ult. & l. ea igitur. ff. de pign. act. l. si ut certo. §. nunc videndum. ff. commodati. l. contractus quidam. ff. de R. J. & alijs locis.* Vid: tamen *Har-*
5 *precht. ad §. fin. Inst. quib. mod.* ubi *Cujac. adstipulatur.* Hucusque nobis sermo erat de damno in pignore contingente, id est, quando res oppignorata in manus creditoris tradita est. Sed quid de hypotheca dicendum est? Et Respondemus, creditorem non facilè in re hypothecata culpam committere posse, cùm præsupponamus, illam remansisse in bonis, & manibus debitoris, nihilominùs tamen, si casus eveniat, ut res hypothecata ex culpa creditoris intereat, vel deterior fiat, idem de hypotheca dicendum esse, quod modò de pignore diximus, nemo dubitare potest, Ratio est, quia pignoris, & hypothecæ constituendæ, idem est contractus bonæ fidei utri-
6 usque partis initus gratiâ. Si autem res hypothecata ex culpa debitoris pereat, vel deterioretur, creditor per actionem pignoratitiam contrariam à debitore consequitur, quod suâ interest, nec alia prætensione, & actione opus habet. Imò etiam in casu, si res perijsset ex vi majori, vel casu fortuito, eidem actio pignoratitia in salvo est. Ratio est, quia ex pignoratitio contractu oritur duplex actio, personalis, & realis: Licèt igitur deficiat pignus, & hypotheca, si res hypothecata esse desierit, vel extincta fuerit, *l. sicut in principio. ff. de pign.* Non tamen extinguitur personalis actio pignoratitia contraria, quia illa perpetua est, & triginta integris annis durat. *l. servus. 25. Cod. de pign. & hypoth.* quâ non solùm ei debiti integra petitio permanet, ut dicitur in dict: *l. servus. 25.* Et in *§. fin. quib. mod. l. pignus. 9. Cod. de pign. act.* Sed etiam sumptus necessarios repetit, quos in rem pignoratam bona fide impendit. *l. si necessarias. 8. in princ. ff. de pignor. act. & l. creditor. 7. Cod. eodem.* Per rationem, quia in actionem pignoratitiam contrariam, ut priùs diximus, venit, quidquid creditori pignoris nomine probabiliter abest, dict: *l. necessarias. 8. & l. si quis. ff. de pign. act.* Quæ tamen impensæ à judice examinandæ sunt, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur, ut dicitur in *l. si servos. 25. ff. de pign. act.* Nam, si impensæ sint immodicæ, quas non possit creditor præstare sine magno suo incommodo, non cogitur, eas refundere, dict: *l.*
7 *25. ff. de pign. act. & l. si necessarias. 8. ff. eodem.* Nisi fortè aliter inter contrahentes convenerit, ut scilicet amissio rei oppignoratæ per casum fortuitum liberet debitorem. *l. quæ fortuitis. 6. Cod. de pign. act.* Ubi dicitur, quæ fortuitis casibus accidunt, cùm prævideri non potuerint, nullo bonæ fidei judicio præstantur, & ideò creditor pignora, quæ ejusmodi casu interierint, præstare non compellitur, nec à petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.

8 Quis autem interitum rei casu fortuito factum probare debeat, debitor, an creditor? Deciditur in *l. si creditor. 5. Cod. de pign. act.* ubi creditori, qui rem pignori datam sine suo vitio perdiderit, probatio manifestissimis

ſimis rationibus injungitur, quod tamen cum hac diſtinctione intelligendum eſt, an caſus, de quo agitur, fortuitus, publicus ſit: V. G. Mors animalium, incendium publicum, ruina, naufragium, hoſtium incurſus, aquarum impetus, &c. tunc enim ſufficit, probare, hæc ita contigiſſe. Si autem allegetur caſus clandeſtinus, & privatus domi, foriſque ſuperveniens, tunc non tantùm modus amiſſionis probandus eſt, ſed etiam ſine culpa ejus, qui convenitur, accidiſſe. Pulchrè *Perez. ad tit. Cod. de pign. act. num. 15.*

Quæres, an creditor in caſu, quo res ſine ſua culpa interijt, poſſit agere adverſùs debitorem, ut ſibi aliud pignus conſtituat? Et Reſpondemus, quòd actio pignoratitia contraria detur principaliter ad pecuniam debitori creditam repetendam; Et ad id, quod ſibi pignoris nomine principaliter abeſt, dict: *l. neceſſarias. 8. & l. ſi quis. 35. ff. de pign. act.* quæ, ſi debitor præſtare velit, ad novam conſtitutionem pignoris obligari non poteſt, cùm per ſolutionem debiti omnis pignoratitia obligatio tollatur. Quin autem de alio pignore inter debitorem, & creditorem de novo conveniri poſſit, id dubio caret. 9

Sed quid ſi debitor rem pignori datam alienaverit, ita tamen, ut in alienati pignoris locum alia res ſubrogaretur, anné illa ſuccedat in locum pignoris alienati? E. G. Titius mihi equum generoſum pignori dedit, quem deinde titulo permutationis pro alio equo tranſtulit in Sempronium, apud quem caſu fortuito perijt. Quæritur, an ego equum ſurrogatum jure pignoris vindicare poſſim? Et reſpondet *Modeſt. in l. fidejuſſ. 26. §. Lucius Titius. 2. ff. de pign.* Quòd ſurrogatum non cadat in obligationem, niſi ex re primitùs obligata originem trahat. V. G. Si equus mihi pignori datus fœminei ſexus fuerit, & hinnulum pepererit, tunc enim hinnulus etiam poſt matris interitum mihi obligatus manet, ſed alter equus, quem debitor titulo commutationis ſurrogavit, mihi obligatus non eſt. 10

Hæc autem omnia locum habent duntaxat in pignoribus ſpecialibus, nam in hypotheca generali, tameſi una res pereat, reliquæ tamen omnes creditori obligatæ manent, dicitur autem tunc generalis hypotheca contrahi, quando quis omnia bona ſua pignori obligat: In quo caſu intelliguntur obligata eſſe, quæ habet, & habebit, præſentia, & futura. *l. ult. Cod. quæ res pign. oblig. poſſunt. Mozz. de pign. & hypoth. rubr. de ſubdiſtinctione pign. n. 11.* Imò, ſi ſimpliciter quis bona ſua hypothecæ ſupponat, nec addiderit, præſentia, & futura, ſub generali tamen iſta obligatione veniunt omnia bona, & nullæ excipiuntur, niſi quæ obligari non poſſunt, ut ſunt bona reſtitutioni ſubjecta, & alia: De quibus vid: *Tit. 17. Cod. quæ res pign. oblig. poſſ. vel non.* Idem *Mozz. loc. cit. num. 13. & ſeqq. Zoëſius. ad hunc Tit. ubi in annot. ſub litt. D.* invenies hanc verborum formulam: Si quis promittat ſub fide, & periculo rerum ad ſe pertinentium: Item ſub exactione parata rerum ſuarum, &c. Quòd contrahatur generalis obligatio, ubi citat *Bocerum. de pign. Theſ. 25.* Cùm itaque tanta ſit differentia inter hypothecam generalem, & ſpecialem, meritò quis ſubſiſtere poteſt, an utilius ſit, ſibi providere de generali, vel ſpeciali hypotheca? Quod benevolo Lectori examinandum relinquo, quoniam hujus loci non eſt. 11

Der Zehendte Articul.

BEklagt jemand den andern umb Gelt / und würdet erkennt / daß man jhm soll Pfand antworten / dem soll der Richter Pfand antworten lassen / die er treiben oder tragen mag / so vil / daß er davon seines Gelts gewehrt mag werden. Findet er aber nit so vil on Gefährde / so soll man jhm antworten / welcherley Pfand er haben mag. Antwortet man jhm dann essende Pfand / und thut der Gepfänd dem Kläger / umb die erkandt Schuld mit Porgen gewißheit / so soll der Kläger mit Vergandtung solcher Pfand verziehen 14. Tag / Hat aber der Gepfänd nit Porgschafft / so mag der Kläger dieselben essende Pfand / innerhalb drey Tagen / doch durch Mittel der Gandt / verkauffen lassen / unnd gieng jhm an solchen Pfanden etwas ab / da soll jhm der Richter mehr Pfand darumb antworten. Blibe jhm aber / über sein erlangte Schuld und Gerichts-Schaden / jchts übrig / daß soll er dem Gepfänden widergeben.

SUMMARIA.

1. *Quid sit pignus judiciale?*
2. *An pignus judiciale pro re judicata captum debeat in manus creditoris consignari, vel retineri apud judicem?*
3. *An in pignore judiciali æquè præstetur culpa levis, uti in conventionali?*
4. *Utrùm saltem creditor non teneatur de levi culpa in committendo?*
5. *An pignus prætorium etiam ex alia causa decerni possit, quàm pecuniaria?*
6. & 8. *Ad pignus judiciale capiendum requiritur, ut res sit judicata, vel aliàs liquida.*
7. *Qualis terminus ad satisfaciendum ante captionem pignoris de jure statutario constituatur?*
9. *Duo judici in capiendo pignore incumbunt, ut pignus non decernatur ultra quantitatem debiti, & in re mobili, vel se movente.*
10. *Sed si in rebus mobilibus tantundem non reperiatur, licetné captionem pignoris facere in alijs quibuscunque rebus?*

1 DE conventionali pignore hactenus nobis sermo fuit, nunc in titulo nostro progredimur ad pignus judiciale, quod juxta *semicent. nostram. 1. decis. 18.* decernitur in causam judicati, & executionem sententiæ.

Multa inprimis dici possent de ordine, qui observandus est in capiendis pignoribus pro executione rei judicatæ; Item de tempore debitori pro reluitione pignoris capti indulto: Sed, cùm hæc ad processum juris pertineant, hîc extra terminos articuli nostri non egredimur, sed Lectorem remittimus ad ea, quæ jam scripsimus ad *Artic. 7. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / & pluribus deducemus ad *Lib. 5. Tit. 15.* der Gerichts-Ordnung.

2 Quamvìs igitur à Consiliarijs Domino Legislatori admonitio facta fuerit, & quidem nostro judicio satìs accomoda, quòd pignora pro rei judicatæ executione capta non debeant tradi, aut consignari in manus creditorum, sed retineri apud judicem, & in taberna subhastatoria, donec per processum subhastationis deferantur in manus plus licitantis, hæc tamen admonitio recepta non fuit, fortè propterea 1. Quia hic articulus de verbo ad verbum ex Reform: de Anno 1588. in novas constitutiones Bavaricas translatus est, ne, quod antiquitùs fuit observatum, sine necessitate

immu-

immutetur. 2. Ut creditor ex retentione pignoris in manibus suis consistentis eò majorem securitatem habeat, & fortè etiam utilitatem, nam, si ponas, rem pignori captam plus valere, quàm debitum fuerit, cujus causâ captum est, creditori ejus retentio competit etiam pro alio debito. *l. un. Cod. etiam ob chyrog. pecun. 3.* Ne judicibus, & magistratibus per ejusmodi pignorum obtrusionem superfluæ causentur molestiæ. Alia ratio sequetur in *Artic. 11.*

Si igitur ponas, alicui creditori pro rei judicatæ securitate pignus judiciale datum esse, in tali pignore non præstatur levis culpa, sicut in pignore conventionali. Exemplum habemus in *l. si finita. 15. §. si quis. 30. de damno infecto.* Ubi dicitur, si quis damni infecti causâ in possessionem missus sit, fulcire eum, & reficere insulam debere, sunt, qui putent; Eámque culpam præstare exemplo ejus, qui pignori accepit: Sed alio jure utimur, cùm enim ob hoc tantùm missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit. Similem textum habemus in *l. prætor ait. 9. §. est prætereà. 5. ff de reb. auct. jud. poss.* ubi dicitur, quæsitum fuisse, si prædia (id est authoritate judicis possessa) deteriora facta fuerint, sine dolo malo creditoris, an teneatur? Et respondet Juris-Consultus, eum non teneri, quia dolo malo caret, & quòd melior sit ejus conditio, quàm creditoris in pignore conventionali, qui non tantùm dolum malum, verùm culpam quoque præstare debet: Rationem reddit *glossa supermarg. ad dict. §. 30. sub litt. E.* quòd in conventionibus major sit consensus, quàm in decreto judicis, ideóque major etiam custodia requiratur. Melior fortè tamen ratio hujus rei hæc est, quia in pignore judiciali ex contractu bonæ fidei inter debitorem, & creditorem utriusque gratiâ inito nascitur actio pignoratitia directa, & contraria, in quam venit, ut ad articulum præcedentem fusè exsplicavimus, dolus, lata culpa, & levis. Aliud est in pignore judiciali pro rei judicatæ securitate creditori concesso, quia ex facto judicis non nisi actio stricti juris in factum oritur, in quam culpa levis in omittendo non venit. 3

Diximus in omittendo, nam, si tale pignus à creditore deterioretur culpa levi in committendo, non est dubium, quin ex *l. Aquilia.* vel actione in factum pro qualitate damni dati teneatur: Et hinc est, quòd ambo textus allegati loquantur de culpa omissionis, quæ non præstatur in actione *l. Aquiliæ. Glossa ad dict. §. 30. litt. I.* Et quamvis *Balthasar. resol. 6. ad hunc tit. num. 7.* dicat, illum, qui pignus judiciale accepit, etiam de lata culpa non teneri, contrarium tamen habet *glossa supermarg. ad dict. §. 30. litt. E.* Cui assentitur *Molina. tract. 2. disput. 535. num. 9.* ubi dicit, pignus prætorium (idem est de judiciali) in hoc à pignore conventionali differre, quòd is, qui pignus prætorium habet, solùm teneatur de dolo, & lata culpa, sed non de levi, ut in pignore conventionali, cùm lata culpa parùm absit à dolo. 4

His præsuppositis quædam nobis circa articulum nostrum notanda sunt. 5
Primum est, quòd articulus loquatur de eo, qui pro pecunia actionem instituit, der umb Gelt klagt / quod non ita nudè, & crudè accipiendum est, quasi extra causam pecuniariam captio pignoris non possit decerni, cùm in dict: *l. si finita. 15. §. si quis. 30. ff. de dam. infect.* expressè statuatur casus, quo prætor damni infecti causâ per immissionem re[rum] pignus constituisse dicitur, & multi alij casus allegari possunt, in quibus non de re pecuniaria controversia est, & tamen prætorio pignori locus datur. Videatur *Art. fin. Tit. ult.* der Gerichts-Ordnung / ubi agitur de executione pignoris pro re judicata, & NB. mantentione cujuscunque juris. Ergò manifestè supponitur, pignus decerni posse etiam ex alia causa, quàm pecuniaria: Quod ut rem claram ulteriùs deducere supervacaneum est.

6 Secundum eſt, quòd pignus judiciale capi non debeat, niſi res fuerit judicata, in verbis, **Umb die erkannte Schuld.**

Et tertiò, captio ab ipſo judice ſpecialiter decreta.

Si tamen quartò, re nondum judicatâ de debito liquido conſtet, etiam ante ſententiam pro ſecuritate creditoris pignoratio fieri poteſt, juxta dicta ad *Art. 1. litt. A.*

7 Hoc tamen pro quinto certum eſt, quòd ad pignoris captionem, ſi illa fiat pro executione rei judicatæ, aut liquidæ, judex procedere non debeat, niſi priùs conſtituto termino ad præſtandam ſatisfactionem: Ut diximus ad *Artic. 11. Tit. 13.* **der Land-Recht.** In qua quæſtione inprimis attendenda ſunt, quæ dicemus ad *Artic. 13.* De jure communi verò inter actionem realem, & perſonalem differentia eſt, nam in actione reali condemnatus rem ſtatim reſtituere, vel pati debet, ut ad executionem rei judicatæ procedatur. §. *etſi. Inſtit. de offic. judic. l. qui reſtituere. ff. de rei vindic. Lib. 2. Tit. 13.* **der Gerichts-Ordnung.** Ratio eſt clara, quia poſt ſententiam, quæ in rem judicatam tranſit, id, quod alteri adjudicatum eſt, manet in manibus debitoris ſine cauſa, non eſt igitur mirum, ſi in ejus executione nulla mora concedatur, niſi fortè juſtum impedimentum allegetur, quòd reſtitutio in continenti fieri non poſſit, tunc enim terminus congruus pro qualitate impedimenti à judice determinari poteſt. §. *etſi in rem. Inſt. de offic. jud.* In actione verò perſonali, de qua articulus noſter agit, cùm loquatur de pecunia debita, creditor non debet ſtatim cum ſacco paratus venire, ſed eidem ante captionem pignoris terminus ad minimum 14. dierum conſtitui, ut pecuniam debitam ſolvendo captionem pignoris, **die Außpfändung** / apud Germanos noſtros non ſatìs honeſtam à ſe amovere queat.

Diff. In quo differentia eſt inter jus commune, & ſtatutarium, cùm pignus judiciale mobile de jure communi primùm poſt duorum menſium ſpatium à die captionis computandum vendi. *l. debitoribus. ff. de re jud. Cævall. quæſt. 633. n. 4.* De jure verò noſtro ſtatutario juxta articulum ſequentem in rebus mobilibus poſt inducias quatuordecim dierum. In rebus autem ſe moventibus, & nutritione indigentibus, ſi ſint in manibus judicis, poſt inducias trium dierum ſolenniter diſtrahi poſſit: Plura ſequuntur.

Quid autem juris ſit, ſi actione reali conventus rem judicatam dolo deſierit poſſidere, videbimus ad *dic. loc.* **der Gerichts-Ordnung.**

8 Sextò, quod hîc dicimus diſpoſitum eſſe de re judicata, etiam locum habet in debitis non judicatis, notorijs tamen, liquidis, & confeſſis. *Col. de proceſſ. exe. part. 1. cap. 3. n. 20. Berlich. lib. 1. concluſ. 6. n. 7.* Cùm res judicata, & debitum liquidum, notorium, & confeſſum pari paſſu ambulent, concordat *Artic. 1. h. Tit. & Art. 6. Tit. 11.* **deß Summariſchen Proceß.**

9 Septimò, ponitur judici in capiendo pignore duplex modus, ſive menſura, id eſt, 1. Ut pignus non decernatur ultra quantitatem debiti: 2. Ut decernatur in re mobili, vel ſe movente, quæ creditor agere, vel ferre poſſit. Quod attinet ad primum, maxima inter pignus conventionale, & prætorium hæc differentia eſt, ut in præcedente articulo diximus, quòd pignus conventionale debitum poſſit decuplò excedere, ita ut creditor nec alium ſecum in poſſeſſionem pignoris conventionalis admittere, nec illud dimittere teneatur, niſi ſibi integrum debitum ſuum ſolutum fuerit. *ſemicent. noſt. 1. controv. 18. n. 10.* Ubi plures alij citantur, judex autem obligatus ſit ad commenſurandam pignoris captionem pro quantitate debiti, in verbis, **So vil / daß Er der Glaubiger ſeines Gelts mag gewehrt werden.** Et hoc verum eſt, ſive pignus judicialiter captum ſit in manibus judicis, ſive in manibus creditoris, quia judex nec pro executione, nec pro creditoris

tis securitate, & cautione quantitatem debiti excedere potest: Sicut è contrario, si ex postfacto appareat, judicem plus pro pignore cœpisse, illud, quod superfluum est, procul omni dubio debitori restituendum venit, ut etiam supra ad *Art. 5.* de conventionali pignore diximus.

Si autem octavò, in rebus mobilibus, aut se moventibus apud debitorem tantundem non reperiatur, quod quantitatem debiti adæquet, addit articulus, etiam in alijs rebus quibuscúnque pro supplemento captionem fieri posse, cujus fusior exsplicatio ad *Tit. 13. Art. 5.* der Gerichts-Ordnung / pertinet, quò Lectorem remittimus, & ad *Artic. 5. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / ubi de ordine in executione servando quædam præmisimus: 10

Der Ailffte Articul.

Antwortet man einem Schrein-Pfand/nemblich die man tragen / oder führen kan / welche nit essende Pfand seyn / Die soll er behalten vierzehen Tag / in dem Gericht/ vnnd solche dem Gepfändten anbieten / zu Hauß vnnd Hof / ob er sie lösen wöll: Löst er sie nit / mag er sie hernach durch Mittel der Gandt verkauffen lassen / ohn alles Gefährde. Unnd gieng jhm an solchen Pfanden etwas ab / soll jhm der Richter mehr Pfand darumb antworten; Wurde jhm aber über sein erlangte Schuld vnd Gerichts-Schaden/ etwas übrig seyn / daß soll er dem Gepfändten wider geben.

SUMMARIA.

1. *Quæ pignora vocentur,* die Schrein-Pfand / *& quomodo differant à pignoribus se moventibus,* von essenden Pfanden?
2. *An judex in pignoribus se moventibus statim post tres dies ad subhastationem devenire possit?*
3. *An & distractionem intrà tres dies in pignoribus mobilibus insensitivis facere queat?*
4. *Utrùm pignora creditori in possessionem concredita debeant conservari in eodem districtu jurisdictionali, ubi pignoratio facta fuit?*
5. *An creditor teneatur, debitori captionem pignorum scrinariorum judicialem notificare, & denunciare?*
6. *Utrùm hæc denunciatio, & certioratio requiratur in distrahendis pignoribus se moventibus?*
7. *Quare iste articulus specialiter requirat, ut denunciatio debeat fieri ad ædes?*
8. *An distractio subhastalis sit nulla propter omissam creditoris denunciationem?*
9. *Utrùm citatio ad processum edictalem non sit loco denunciationis?*
10. *An creditori necessitas incumbat, pignora scrinaria vendendi, postquàm ea in manus accepit, vel, si malit, possit ea pro securitate retinere?*
11. *Quid si judex pignus captum in manibus suis retineat, an nihilominùs creditori ex tali pignoratione jus reale oriatur?*
12. *Quid si pignus captum quantitatem debiti non exæquet, vel excedat, an residuum superaddendum, & superfluum sit restituendum?*

Quænam dicantur, die Schrein-Pfand/ in ipso præsente articulo exsplicatur, scilicet quæ ferri, vel vehi possunt, nec sunt nutritiva, sive nutrimentis indigentia, die man tragen / oder führen kan / welche nit essende Pfand seyn. Ex quibus verbis apparet, omnia pignora mobilia, extra se moventia, sub vocabulo, der Schrein-Pfand / contineri: Vocantur autem propterea, die Schrein-Pfand / eò quòd ex cistis, & scrinijs debitoris desumantur, & in ijs plerúmque conservari soleant: Sicut ècontra se moven- 1

ventia, die essende Pfand / sumuntur ex stabulis, ut proinde in præcedenti articulo, tametsi ibidem non solùm de se moventibus, sed etiam rebus portabilibus mentio facta fuerit, potissimùm actum fuerit de animalibus nutritivis, in hoc autem agatur præcipuè de rebus mobilibus insensitivis: Inter utrumque autem genus pignoris, quoad ipsum creditorem, cujus gratiâ pignoratio fit, nulla est differentia, cùm in utrisque quatuordecim dierum inducias exspectare debeat, antequàm ad subhastationem publicam progrediatur. Ex parte verò debitoris hæc differentia est, ut in rebus mobilibus insensitivis, in den Schrein-Pfanden / intrà prædictum terminum 14. dierum non admittatur, nisi pignora capta actuali solutione debiti liberet, juxta priorem verò articulum liberationem pignorum se moventium, quàm primùm data cautione fidejussoria impetrare possit: Cujus rei ratio est, quòd in pignoribus mobilibus insensitivis debitor ex mora nihil damni patiatur, cùm tamen durante tempore 14. dierum nutrimenta animalium accedant debito, quorum exonerationem datis fidejussoribus demum consequitur.

2 Quod attinet ad ipsum judicem, jam supra deduximus, quòd ipse in casu, quo pro executione sententiæ pignora cœpit se moventia, essende Pfand / & illa in manus creditoris non consignavit, sive tradidit, non teneatur, 14. dierum terminum exspectare, sed post tres dies, juxta *Art. fin. Tit. ult.* deß Gandt-Proceß / statim ad subhastationem devenire possit, ut antinomiam intrà hos duos articulos præsentis tituli, & cit: *Art. ult. Tit. fin.* deß Gandt-Proceß / evitemus.

3 Sed quid dicendũ, anné etiam judex, qui mobilia insensitiva, Schrein-Pfand / id est scrinatica pro executione sententiæ pignori cœpit, distractionem intrà tres dies præterito termino in hoc articulo creditori præfixo facere possit? Et Respondemus negativè, juxta *Artic. 14. dict. Tit. ult.* deß Gandt-Proceß: Ubi generaliter in omni subhastatione pignorum mobiliũ, sive fiat à judice, sive à parte, induciæ quatuordecim dierum requiruntur, & quod de animalibus in articulo finali statuitur, tanquam speciale extra animalia nutritiva extendendum non est, cum quo etiam articulus noster convenit, qui inter distractionem partis, & judicis nullam distinctionem facit.

4 Singulariter tamen additur in articulo, quòd creditor, cui scrinaria pignora in manus tradita sunt, illa in dem Gericht / reservare debeat, ubi verbum, in dem Gericht / non intelligendum est de tota præfectura Provinciali, sed de termino, & districtu jurisdictionali illius judicis, à quo pignus judiciale captum esse supponitur: Cujus rei ratio est, ne per translationem pignoris capti ad locum alterius jurisdictionis debitoris causa durior reddatur.

Et licèt in præcedenti articulo, ubi principaliter de pignoribus se moventibus, sive animalibus nutritivis sermo est, nulla inveniatur prohibitio, illa extra districtum jurisdictionalem extrahendi: Tamen, cùm eadem subsit æquitatis ratio, dicendum est, creditorem obligatum esse, talia pignora sibi in possessionem concredita in eodem districtu jurisdictionali conservare, ut ab eodem judice, qui pignorationem fecit, etiam distractio subhastalis commodiùs fieri possit. Videatur tamen *Art. 12.*

5 Deinde ulteriùs requirit articulus, ut creditor, qui scrinaria pignora judicialia accepit, debeat pignoratum de captura, & apprehensione pignorum certiorem facere cum debita denunciatione, & requisitione, an solutione debiti pignora liberare velit, vel non: Quam liberationem, sive reluitionem, si à die denunciationis legitimè factæ (cùm, ut supra diximus, hujusmodi terminus non à die pignorationis, sed à die notificationis, & denun-

nunciationis currere incipiat) per 14. integros dies intermittat, creditor ad hastalem distractionem procedere potest.

Sed quæstio hîc est, cùm de hac denunciatione, sive certioratione in priori articulo, quoad pignora se moventia nihil inveniatur dispositum, an illa nihilominùs etiam quoad illa necessaria sit? Et videtur, id dubio carere, cùm in distrahendis pignoribus, & animalibus se moventibus non minùs debitoris periculum versetur, quàm in distractione pignorum scrinariorum. Sed nos planè subsistimus, cùm articulus præcedens quasi supponere videatur, debitorem pignorationis ignarum non esse, & proinde certificatione non indigere: Ratio est, quia articulus loquitur de pignoratione ad actionem creditoris institutam, legitimè perfecta, & judicata, cujus utique debitor tanquam reus conventus ignarus esse non potuit: Et hinc interpellatione creditoris opus non est, cùm eam judicis sententia suppleat; Noster autem articulus de nulla actione præcedente mentionem facit, & consequenter præsupponit, pignorationem à judice ex alijs legitimis documentis, liquidis, & paratam executionem habentibus, juxta tenorem articuli primi factam esse debitore inscio, nec priùs fortè interpellato, convento, aut condemnato, ut propterea æquum sit, antequàm ad venditionem pignoris procedatur, ut eidem, cujus maximè interest, certioratio fiat. 6

Quare autem articulus noster specialiter dicat, quòd denunciatio debeat fieri ad ædes, cùm tamen *Art. 7.* hæc distinctio fiat, an debitor sit sub districtu jurisdictionali, ubi de pignoratione agitur, vel extra illum; Ita, ut in primo casu denunciatio debeat fieri debitori in faciem: In secundo casu verò ad ostium domûs, ubi habitare consuevit. Item, quare in hoc articulo simpliciter pro denunciatione constituatur terminus 14. dierum: In *Art. 7.* verò hic terminus restringatur tantùm ad debitorem præsentem, pro absente verò constituatur terminus trium mensium? Nulla alia ratio nobis succurrit, quàm quòd in *Art. 7.* agatur de pignore conventionali, hîc autem de pignore judiciali: Majorem ergò creditori diligentiam in pignore conventionali necessariam esse apparet, quàm in pignore judiciali, ubi judicis auctoritas tempus, & locum denunciationis supplet. Nec hoc debitori nimis molestum cadere debet, cùm post creditoris denunciationem morosus debitor liberationem pignoris negligens, ut supra diximus ad processum subhastatorium citari debeat, quo pendente illi adhuc integrum est, rei pignoratæ liberationem per solutionem paratæ pecuniæ consequi, quamdiu res integra est. 7

Unus hîc nobis scrupulus suboritur, an denunciatio, quæ in hoc articulo requiritur, sit de forma,& solennitate actûs, ita ut distractio hastalis,& judicialis ipso jure nulla sit, si à creditore fuerit intermissa, prout ad dict. *Art. 7.* de pignore conventionali diximus? Certè, cùm articulus de hac necessitate, & solennitate nihil statuat, difficulter erroris condemnabimus judicem, qui omissa creditoris denunciatione ad pignoris subhastationem processerit, præsertim, cùm præsupponamus, debitorem ad processum edictalem legitimè per judicem fuisse citatum, quæ judicialis citatio videtur creditoris denunciationem extrajudicialem supplere: Verùm securius est, si creditori suademus, ne per omissionem denunciationis processum distractionis nullitati exponat; Audivimus enim supra, substantiale esse ad justificandam creditoris alienationem, ut debitor sit in mora solvendi, vel per lapsum termini, vel per interpellationem creditoris: De primo, in casu nostri articuli non est sermo, secundum autem per expressum requiritur: Requiritur igitur pro solennitate, & formalitate, cùm sine denunciatione debitor non possit dici in mora esse. Nec sufficit nostra opinione pro supplendo hoc defectu citatio, quæ fit ad processum edictalem, quia 8

9

jam supra deduximus, utrumque actum necessarium esse, primum, id est actum denunciationis, ad declarandam voluntatem creditoris, & debitorem in mora constituendum, secundum, ad justificationem processûs: Utrumque igitur observare oportet.

10 Quid si autem creditor pignora judicialia scrinaria pro executione debiti liquidi, confessi, judicati, vel aliàs paratam executionem habentis acceperit, anné teneatur ad distractionem eorum intrà præstituta tempora medio processu edictali procedere, vel, cùm sine deterioratione servando servari possint, an illa sibi in scrinijs suis retinere queat? Ratio dubitandi est, quia hæc pignora capiuntur, ut sæpiùs dictum, pro executione rei judicatæ, ubi ergo nulla est executio, ibi etiam supervacanea esse videtur pignoratio. Sed hoc non obstante putamus, creditori nullam necessitatem incumbere, ad venditionem, & distractionem pignorum judicialium progrediendi, sed ei liberum esse, si velit, pignora pro securitate sua retinere, & debitori in effectu longiorem dilationem reluitionis, & liberationis concedere, per rationem, quia articulus præsens, & præcedens injungunt quidem creditori necessitatem, capta pignora pro certo termino, id est 14. dierum in manibus suis retinendi, ut debitor ad ea liberanda, si velit, media conquirere possit, & proinde utuntur verbis coactivis, & præceptivis, Er soll mit Vergandtung solcher Pfand verziehen / Item, Er soll dieselbe behalten 14. Täg. At post hujus termini lapsum utuntur verbis permissivis, So mag er sie hernach durch Mittel der Gandt verkauffen / ergò, si malit retinere, venditionis necessitatem non habet: Et hæc fortè principalis causa est, quòd non attenta Consiliariorum admonitione legislator traditionem pignorum judicialium in manus creditoris approbaverit, cùm in *Artic. 14. & ult. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / judici pignora vendendi necessitas imponatur, maximè in concursu creditorum, ubi de aliorum quoque corio, & præjudicio agitur, hîc autem articulus loquatur de uno solo creditore, cujus gratiâ pignoratio facta est, qui utique favori distractionis sui solius causâ introducto renunciare potest.

11 Quid si autem pro uno solo creditore à judice pignoratio rei judicatæ assecurandæ causâ facta, pignus autem creditori non fuerit ad manus consignatum, sed à judice retentum, executio tamen cum bona creditoris voluntate diutiùs suspensa, anné creditori per ejusmodi pignorationem jus reale pignoris oriatur? Ratio dubitandi est, quia ad hoc, ut creditor ex tali pignoratione jus reale consequatur, requiritur actualis traditio, & apprehensio, quæ, ut supra exsplicavimus, loco instrumenti est, ut, sicut hypotheca constitui non potest, nisi desuper litterarum erectio fiat, ita etiam jus pignoris judicialis sine actuali apprehensione, & occupatione non subsistat, ut exsplicavimus in *semicent. nost. 1. controv. 17. per totum.* Et dicemus ad *Art. 3. Tit. seq.* Sed Respondemus, nostra opinione creditori per retentionem pignoris in manibus judicis nihilominùs jus reale competere: Ratio est, quia judex nomine creditoris pignoris apprehensionem fecit, per quam apprehensionem ipsi creditori jus quæsitum fuit, probat hoc text: in *l. si & jure. 10. ff. qui pot. in pign.* Ubi ad constitutionem pignoris judicialis duo requiruntur, ut & jure judicatum, & pignus in causâ judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, captum sit; Sequitur igitur, quòd captio, sive apprehensio quidem necessaria sit, non præcisè per manus creditoris, sed per manus judicis, & apparitorum ejus, qui jubere potuit. Idem confirmant verba dictæ legis mox sequentia: Quòd privilegijs temporis hæres ejus futurus sit potior, in cujus persona pignus constitutum est. Si enim ipsius creditoris apprehensio fuisset necessaria, debuisset textus dicere, tunc hæredem fore potiorem, quando creditor ipse proprijs manibus pignus apprehendit, cùm autem dixerit, in cujus persona pignus con-

constitutum est, hoc ipso approbavit judicialem apprehensionem nomine creditoris factam.

Ultimò, repetitur clausula in priori articulo jam comprehensa, ut si pignus quantitatem debiti non exæquet, judex pro residuo aliud pignus superaddere possit, si autem excedat, puperfluum debitori pignorato restituendum veniat, ut ad 7. *Artic. hujus Tit.* etiam de pignore conventionali diximus. 12

Der Zwölffte Articul.

WAnn einer vom Richter Pfand erlangt / vnd vierzehen Tag jnnhat / kan er sie in dem Gericht nicht verkauffen / noch hingeben / so mag er sie mit Willen der Gegen-Parthey / vnd Wissen deß Richters / in ander Gericht führen / vnd daselbst verkauffen vnd vergandten ohn alles gevährde / jhm selbst ohn Schaden.

SUMMARIA.

1. *Si in districtu jurisdictionali emptor non inveniatur, an non distractio pignoris extra districtum per subhastationem fieri possit?*
2. *An etiam ad hoc requiratur præscitus judicis, & consensus, sive voluntas debitoris?*
3. *An debitor sine præscitu judicis, & consensu creditoris possit pignus extra Provinciam sub hasta venale exponere?*

VNicum casum proponit articulus iste, si scilicet res judicialiter pignori capta in districtu jurisdictionali, ubi venditioni, & distractioni publicæ sub hasta proposita fuit, emptorem non inveniat, quòd tunc distractio etiam extra districtum jurisdictionalem judicis pignorantis per subhastationem legitimè fieri possit, convenienter ad articulum præcedentem, qui statuit, creditorem jura pignoris judicialis consecutum ad illa in districtu judicis pignorantis conservanda obligatum esse, quod hanc limitationem patitur hoc articulo suppositam, nisi in illo loco jurisdictionis emptor non inveniatur, tunc enim justissimum est, ut excursio in alium locum fieri possit: Sunt enim subinde debitores tam malitiosi, ut omnes machinationes adhibeant, ne res piguori capta emptorem inveniat, quas in loco rei sitæ, vel propter jura consanguinitatis, & affinitatis, vel ob alios multiplices respectus faciliùs possunt ad effectum deducere, quàm in loco alieno: Rectè igitur articulus noster creditori hanc libertatem concedit, ut in defectu emptoris idonei in loco rei sitæ possit ad subhastationem in loco alieno, & extraneo procedere. 1

Duo tamen requirit articulus noster, ut 1. talis extranea subhastatio fiat cum præscitu judicis, & 2. cum voluntate debitoris. Quod attinet ad præscitum judicis, id nullam videtur habere difficultatem, cùm illius nihil intersit, sive subhastatio hoc, aut alio loco fiat, cùm præsupponatur, illum sportulas judiciales ex subhastatione priùs in suo districtu jurisdictionali inutiliter facta jam recepisse, & hinc tantùm illius præscitus, non autem consensus requiritur. 2

Illud nobis satìs durum videtur, quòd ex parte debitoris non tantùm præscitus, sed etiam consensus requiratur, cùm absurdum esse appareat, ut in actu, quem alter omni modo impedire nititur, ejus voluntas debeat esse necessaria: Putamus igitur, consensum debitoris non esse adeò strictè de necessitate, ut illo requisito, sed non impetrato judici ordinario ni-

hilominùs liberum sit, subhastationem in alieno districtu jurisdictionali concedere, maximè, si appareat, debitoris intentionem esse, creditorem à satisfactione sibi debita per sinistram machinationem impediendi, vel certè causam illius duriorem faciendi.

Notetur tamen iterum particula, mag er / quæ priorem nostram opinionem confirmat, quòd, si creditor malit, rem pignori captam retinere, quàm publicè venalem exponere, id ipsi prohibitum non sit, ut propterea nullam necessitatem habeat, ad subhastationem extra districtum jurisdictionalem deveniendi.

3 Sed quid si debitor ipse rem pignori captam alicujus lucelli causâ extra Provinciam sub hasta venalem exponere velit, fortè ex reciproca suspicione, ne in districtu rei sitæ creditor ex affectione rem vilioris vendat, quàm ipsius justum pretium sit? Et putamus, idem juris esse debitori, quod est creditori, imò potius, cùm debitor sit dominus rei, pignoratitius possessor verò nudus creditor, & consequenter majorem potestatem alienandi habeat, ubi velit; Nec creditor, si recipit, quod sibi debetur, ullam conquerendi legitimam causam habet; Et hinc putamus, debitorem ad ejusmodi venditionem re adhuc integra nec judicis præscitu, nec creditoris consensu opus habere, quia cuilibet liberum est, rem suam propriam ad Garamantas, & Indos vendere, quod creditor, qui satisfactionem accipit, tanquam effectum dominij impedire nunquam poterit.

Der Dreyzehendte Articul.

Antwortet man einem ligend Guet mit Gericht zu Pfand / das aigen ist / daß soll er behalten vierzehen Tag / vnd soll es jenem anbieten / Lôst er es dann nit / so soll ers / wo müglich / ausser der Gandt / ohn alles gevährde / doch mit Willen deß Schuldners / oder Richters verkauffen. Kan er aber keinen Kauffmann darzu finden / so soll ers auff maß / vnnd weg / wie in dem Gandt-Proceß / von versetzten Pfanden mehrers geordnet / offentlich vergandten / vnd da es auff der Gandt nicht würdet verkaufft / dem Kläger / welchem das Pfand mit Gerichts Hand eingeantwortet ist / vmb sein Forderung eingehändigt werden / allermassen im achten Articul / vierdten Tituls deß Gandt-Proceß / der verschribnen Pfand halben / versehen ist.

SUMMARIA.

1. *An res allodialis immobilis pignori capta possit creditori tradi?*
2. *An etiam requiratur, ut debitori fiat denunciatio de traditione pignoris facta?*
3. *An denunciatio debeat fieri ad domum, vel in faciem?*
4. *Utrùm terminus 14. dierum ad distractionem detur non facta distinctione, an debitor absens, vel præsens sit?*
5. *An creditor possit extra processum subhastalem pignora venalia exponere, & divendere?*
6. *Quare pignoris conventionalis venditio sine subhastatione improbatur, judicalis verò quasi imperatur?*
7. *Cur in pignore conventionali immobili creditor distractionem per integrum annum differre debeat, in judiciali verò statim post lapsum 14. dierum vendere possit?*
8. *An ad venditionem extra districtum suum, pignoris mobilis, vel immobilis sufficiat solus consensus judicis, vel requiratur etiam copulativè consensus debitoris?*

9. Sed

9\. *Sed quid si in venditione extra subhastationem emptor non inveniatur, an creditor debeat procedere ad processum hastalem?*

10\. *Antequàm deveniatur ad processum edictalem, an creditor teneatur, prius tentare venditionem extrahastalem?*

11\. *Quid si autem neque in processu subhastationis emptor inveniatur, an pignus possit creditori in solutum adjudicari, sive majoris, sive minoris pretij sit, quàm quantitas debiti?*

12\. *Quando res pluribus fuit hypothecata, & sub hasta venalis exposita, nec emptorem inveniat, qualis modus exequendi observetur per jus delendi?*

13\. *An creditori utilius sit, ut emat rem sub hasta, quàm in solutum accipiat?*

14\. *An non in pignore conventionali creditores sibi pignora paciscantur debitum multò excedentia, & sic addictione contenti sint?*

15\. *Quid si autem judex faciat rem juratò æstimari, & creditor inveniatur per adjudicationem notabiliter læsus, an habeat actionem contra debitorem ad decrementum debiti?*

16\. *An non* titulus C. de jure dom. impetr. *hodie sit abrogatus?*

17\. *Quare in pignore judiciali requiratur addictio, in conventionali verò dominium transeat ipso jure in creditorem?*

18\. *Annon post addictionem debitori concedatur biennium ad reluendum pignus, & qualis sit circa hoc differentia inter jus commune, & jus nostrum statutarium?*

HActenus semper egimus de pignoribus judicialibus se moventibus, vel mobilibus, nunc iste articulus agit de pignoratione rerum immobilium, quæ distinguitur quoad pignorationem rerum allodialium, & pignorationem rerum feudalium. De rebus immobilibus, quæ allodiales sunt, in causam judicati pignori captis agit præsens articulus, de feudalibus verò pignoribus conventionalibus subsequens: Utrûmque compendiosè absolvemus.

Si igitur ordo executionis, de quo egimus ad *Art. 5. & 7. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / & plura dicemus in *Lib. 5. Tit. 13.* der Gerichts-Ordnung / deveniat ad res allodiales immobiles, & quædam illarum in causam judicati pignori captæ sunt, possunt non minùs, ac res mobiles creditori tradi, non obstante, quòd Consiliarij Principis contrarium suaserint, quorum opinionem fortè ex rationibus supra allatis Legislator non attendit. 1

Tenetur autem secundò, creditor non minùs ac in pignoribus scrinarijs mobilibus debitori denunciare, sibi traditionem pignorum factam esse, ut debitor illa, si velit, luere, & parata solutione à pignoris nexu liberare possit: 2

An autem tertiò, denunciatio debeat fieri in faciem, vel ad domum, & an inter debitorem præsentem, & absentem, sicut in *Art. 7.* de pignore conventionali dictum, distinctio facienda: Et absenti longior terminus indulgendus sit, articulus non dicit. Nos arbitramur, denunciationem ad domum sufficere, & nullam distinctionem inter præsentem, & absentem debitorem admittendam esse, ex rationibus ad *Art. 11.* ratione mobilium allatis, quæ etiam in immobilibus locum habere videntur: Deinde articulus præsens omni distinctione seposita creditori non nisi inducias quatuordecim dierum imponit, illas igitur ob absentiam debitoris extendere propthereà necessarium non est, cùm debitor præsupponatur conventus, & condemnatus fuisse, ut consequenter illorum, quæ in judicio acta sunt, ignarus esse non possit. 3 4

Neglecta igitur quartò reluitione pignorum intrà 14. dies, creditori incumbit, ut pignora venalia faciat, & quidem, si possibile sit, extra processum subhastationis divendat. 5

Dices, juxta *Art. 7.* in pignoribus immobilibus non minùs mediante processu hastali distractionem faciendam esse, quàm in mobilibus scrinarijs, cur ergo hîc contrarium statuitur? Præsertim, cùm ibi dixerimus, hastalem proclamationem de forma, & solennitate, & venditionem sine illa factam ipsò jure nullam esse, ut debitori rei vindicatio competat. Sed Respondemus, quòd *Art. 7.* disponat de pignoribus conventionalibus, hic autem de pignoribus judicialibus.

Instabis, si creditor obligatus est, venditionem pignoris conventionalis facere mediante processu hastali, multò magìs obligatus erit ad hanc solennitatem, & formam in pignore judiciali, cùm pignus conventionale favorabilius sit pignore judiciali: Et ulteriùs Respondemus, tametsi Consiliarij ad impediendam Artic. nostri dispositionem hoc argumentum multùm urserint, quòd tamen Legislator, qui pignoris conventionalis venditionem sine subhastatione improbavit, tametsi de jure communi ex communiore sententia, ut supra jam allegavimus, permissa sit, venditionem tamen pignoris judicialis, quæ in antiqua Reformatione de Anno 1588. non contine-
6 tur, per expressum, & quidem verbis præceptivis, Er soll / & valdè prægnantibus, Wo möglich / imperaverit: Cujus rei ratio satìs obscura est. Nobis tamen videtur duplex esse. 1. Quòd creditor juxta verba expressa articuli venditionem pignoris immobilis sine bona voluntate debitoris, vel consensu judicis facere non possit, ut proinde in tali extrahastali venditione nulla circumventio debitoris metui debeat, cùm vel ipse, vel judex eam facilè præcavere possint: At si in pignore conventionali extrahastalis venditio soli creditori relinquatur, multis fraudibus porta aperitur, cùm facilè facere possit, ne emptor inveniatur, & res ad adjudicationem deveniat, vel certè, ut bono amico gratificatio fiat, rem viliùs vendendo, quàm verum, & legitimum ejus pretium fuerit, quas suspiciones malitiosas, debitoris, vel judicis præsentia excludit. Altera ratio est, quòd pretia rerum immobilium plerumque certiora sint, quàm mobilium, & quia judex captionem pignorum, ut fusiùs in præcedentibus exsplicavimus, debet moderari secundùm quantitatem debiti, soll so vil Pfand geben / ut inquit, *Art. 10.* daß der Glaubiger darvon seines Gelts gewehrt mag werden / in pignoribus judicialibus immobilibus vix fraudibus locus esse potest, cùm judex quantitatem debiti in pignoratione excedere non debeat, immobilia verò, quæ certam æstimationem habent, facilè commensurationem pignoris cum debito admittant. Aliud est in pignore conventionali, cùm plerúmque creditor sibi pignus stipuletur, quod debitum suum duplo, vel triplo excedat, & proinde justissimum sit, ut ejus venditio soli creditori non permittatur, sed subhastationis solennitas requiratur.

7 Et hæc quintò fortè etiam causa est, quòd res immobilis pro judicato pignori capta statim post 14. dies à die factæ denunciationis debitori vendi possit: Cùm tamen in pignore conventionali immobili creditor distractionem per integrum annum differre debeat: Adde, quòd in pignore judiciali immobili propterea terminus tam brevis sit, eò quòd secundùm priùs dicta debitor in lite fuerit, & sic sufficiens tempus habuerit, solutionem faciendi, & omnem pignoris captionem impediendi.

8 Quare autem sextò, in præcedenti articulo debitoris, & judicis consensus requiratur copulativè, & in hoc articulo disiunctivè per particulam, oder / nobis non satis liquet. Casus utriusque articuli est quidem diversus, nam in priori articulo agitur tantùm de rei mobilis pignoratæ venditione extra districtum jurisdictionalem, hîc autem agitur de venditione pignoris immobilis extra subhastationem, & proclamationem publicam in eodem districtu, quod utique plus est: Si igitur in priori casu, qui minoris præjudicij est consensus utriúsque tam debitoris, quàm judicis requiritur, cur

non

non etiam in casu hujus articuli, qui majoris momenti est? Certè nos in utroque casu solius judicis consensum sufficere, sine scrupulo asserimus, qui enim potest concedere, quod est plus, cur non etiam concedere possit, quod est minus? Potest autem judex vi hujus articuli concedere, ut judiciale pignus immobile extra subhastationis processum vendatur, ergo etiam potest concedere, ut vendatur sub processu subhastationis res mobilis pignorata extra districtum suum jurisdictionalem, nisi fortè dicere velis, inter utrúmque casum hanc differentiam esse, quòd judex in concessione venditionis extra suum districtum actum majori exponat periculo, quàm in concessa venditione in suo districtu extra processum subhastalem, cùm nihilominùs præcavere possit, vi jurisdictionis suæ ordinariæ, ne creditor extrahastali venditione debitorem subdolè circumveniat, & inducat. Deinde paulò antè diximus, in venditione rerum immobilium tantum periculum non subesse, quantum subest in venditione rerum mobilium, cùm illæ certiorem æstimationem plerúmque habeant, quàm mobilia, si velis igitur litteræ utriúsque textus inhærere, tecum benevole Lector non contendam, quia securiùs agis, quamvìs mihi persuadeam, debitoris consensum in utroque casu tantùm dicis causâ requiri, cùm ille utique dominium rei suæ semper magìs retinere, quàm dimittere malit: Interim hoc considerationem facit, quòd verba hujus articuli, Doch mit Willen deß Schuldner / oder Richters / in antiqua editione Reformationis de Anno 1588. non continentur, sed primùm in Reformatione nostra novissima addita, & tamen verba copulativa prioris articuli non correcta, aut immutata sint.

Nunc autem septimò, exsurgit valdè notabilis casus comprehendens non tantùm hunc articulum, sed omnes præcedentes, sub hac quæstione, quid dicendum sit, si in distractione pignorum non inveniatur emptor? Et primò quidem, quod attinet ad articulum nostrum, clarum est, quòd creditor, qui ad venditionem pignoris judicialis immobilis extrahastaliter, ut ita dicam, emptorem non invenit, ad subhastationis processum similiter obligatus sit, cujus rei ratio est, quòd secundùm priùs dicta in omni alienatione pignoris subhastalis venditio requiratur, & soli pignori judiciali immobili hoc privilegium detur, ut venditio etiam extrahastaliter fieri possit, fortè ad parcendū honori debitoris, cùm apud nos Germanos subhastationes maculâ bonæ æstimationis non careant: Si igitur extrahastalis venditio sine effectu est, quid restat? Quàm, ut redeamus ad ordinariam viam procedendi per publicam proclamationem, & subhastationis processum, quæ etiam creditori, juxta superiùs dicta utilior est, cùm per illam omnem sinistræ machinationis suspicionem seponat, & eo faciliùs ad addictionem, de qua mox sequitur, devenire possit, quæ plerumque creditoribus magìs desiderabilis est, quàm pecunia. 9

Quæres, an ergo creditori necessitas incumbat, extrahastalem venditionem priùs tentandi, antequàm ad subhastationem procedat? Et videtur, quòd sic, cùm articulus utatur verbo præceptivo, Er soll; Sed nos distinguendum esse censemus, an debitor extrahastalem venditionem desideret, vel non, si priùs, putamus, cùm extrahastalis venditio in favorem debitoris magìs, quàm creditoris introducta sit, quòd creditor, illâ dimisâ, ad processum subhastalem devenire non possit, si posterius, nihil obstare videmus, quò minùs creditor, relictâ venditione extrajudiciali, ad breviorem viam descendere possit, cùm tali casu utraque pars ab hoc beneficio legis spontè recedat. 10

Si autem octavò, etiam in subhastationis processu emptor desit, tunc nullum ampliùs remedium superest, quàm, ut judex ad dominij adjudicationem procedat.

Est

11 Eſt autem nonò, inter DD. magna diſputatio, an res immobilis pignori capta creditori ſtatim poſſit in ſolutum adjudicari, ſive majoris, ſive minoris pretij ſit, quàm debiti quantitas? Ratio dubitandi eſt, quòd in utroque caſu lædatur æquitas, & Chriſtiana charitas, ſi enim majoris pretij eſt pignus judicati causâ captum, damnum infertur debitori, qui illud vendendo potuiſſet creditori ſatisfactionem præſtare, & aliquid ſuperflui ſibi retinere; Si autem minoris pretij eſt, creditor pro beneficio ſuo, quod credendo pecuniam debitori præſtitit, damnum reportat, cùm tamen jam aliquoties diximus, ſuperfluum ex pignore vendito debitori reſtituendum eſſe, defectum verò per actionem pignoratitiam contrariam creditori reſarciendum, quæ cauſa eſt, quòd DD. communiter velint, partes judicis eſſe, ut in defectu emptoris haſtalis faciat pignora per perſonas peritas juratò æſtimari, ita ut creditor illa pro juſto pretio recipere, &c, ſi quantitatem debiti excedunt, ſuperfluum debitori refundere debeat, gloſſa in *l. à Divo Pio. §. ſi pignora verb. contentus. ff. de re judic.* Cum quo convenit *Artic. 13. Tit. 28.* der *Reform: de Anno 1588.* Ubi hæc verba habentur, Iſt aber das Guet beſſer dann das Gelt / ſo ſoll der Richter zween erbahr Mann darzu geben / vnnd ſchaffen / die das Guet bey ihren Treuen / vnnd Ayden ſchätzen / vnnd was das Guet beſſer iſt / dann das Gelt / daß ſoll man dem Gepfändten wider geben. Hätt aber jener deß nit ſtatt / daß er das gethuen möcht / ſo ſoll man den Gepfändten / als vil auß dem Guet geben / oder vergülten / als vil deß übrigen Gelts iſt / quæ tamen juſtiſſima clauſula (ut nobis videtur) in renovatione conſtitutionum noſtrarum omiſſa, & verbis formalibus ſtatutum fuit, Da es auff der Gandt nit würdet verkaufft / daß ſolches Pfand dem Kläger / welchem es mit Gerichts Hand eingeantwortet iſt / vmb ſein Forderung eingeantwortet werden ſoll. Et licèt hic agamus tantùm de pignore *judiciali*, ſo mit Gerichts Hand eingeantwortet worden iſt / idem tamen etiam de pignore conventionali diſponitur in *Art. 8. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / in verbis, So ſoll daſſelb / es ſeye ein hochgültig / oder ein gemaines Guet / dem jenigen / ſo es auff die Gandt gebracht / da er allein iſt / vnnd ſonſten niemand klagt hätte /
12 für ſein Anforderung heimbgefallen ſeyn. Ex quo articulo tamen apparet, diſtinguendum eſſe, an res aliqua pluribus hypothecata in concurſu creditorum fuerit ſub haſta venalis expoſita, & non invenerit emptorem, vel an fuerit expoſita ad unius creditoris pignoratitij inſtantiam, de quo loquitur articulus præſens: In primo caſu iſte modus executionis obſervatur, ut ſemper incipiatur ab ultimo creditore, qui ſe declarare debet, an rem pignoratitiam pluribus obligatam ſibi retinere, & creditoribus ſe prioribus ſatisfactionem præſtare velit, ſi id facere recuſat, creditum ſuum amittit, & retrogrado ordine proceditur ad alium creditorem, qui ſimiliter debitum ſuum amittere, vel ſe ad præſtandam prioribus creditoribus plenariam ſatisfactionem declarare, & obligare debet, & ſic ulteriùs, donec unus ex creditoribus ſatisfactionem reliquis ſe anterioribus offerat, cui deinde res pignoratitia addicitur, ſive adjudicatur, & hunc modum exequendi practici noſtri vocant jus delendi. Quando autem ſubhaſtatio facta eſt in favorem unius ſolius creditoris, in caſu, quo haſtalis emptor non invenitur, res eidem cedit in ſolutum pro ſuo credito, thuet demſelben für ſein Anforderung heimbfallen / ubi notetur verbum, Heimbfallen / quod deſignat, in pignore conventionali judicis addictione, ſive adjudicatione opus non eſſe, ſed ipſo jure in poteſtatem creditoris tranſire, ſive, ſi in ejus poteſtate jam fuit, jure dominij permanere. Vid. quæ diximus in dict: *Art. 8. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / ut ita nullibi ulterioris juratæ æſtimationis neceſſitas requiratur. Neque hoc tam iniquum videri debet, cùm id fiat finiendarum aliquando litium causâ, ſive, ut Imperatores loquuntur in *l. ordo rei. 3. Cod. de execut. rei judic.* ut, vel hoc remedio res tam diu protracta ad effectum

ctum perducatur. Quis enim non videt, si nova æstimatione per juratos taxatores opus esset, quin non iterum lis super litem oriri possit, una, vel altera parte æstimationem impugnante, vel certè taxatoribus in pretio rei non convenientibus? Et hac in parte jus commune cum jure nostro Statutario convenire, satis luculenter probat textus in *l. à Divo Pio. 15. §. si pignora. 3. ff. de re judic.* Ubi Ulpianus inquit, si pignora, quæ capta sunt, emptorem non inveniant, rescriptum est ab Imperatore nostro, & Divo Patre ejus, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. Et quamvis textus videatur loqui tantùm de eo casu, quo creditor spontaneè rem pignoratitiam in solutum accipit, juxta verba, *nam, si creditor maluerit pignora in creditum possidere, hisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi detur, petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit, pignora possidere*; Ubi notentur verba, *si maluerit, his contentus esse*, ergo, si nolit, eis contentus esse, creditori invito pignus in satisfactionem obtrudi non potest. Sed planè verba articuli nostri, & *Art. 8. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / præcisam necessitatem creditori injungunt, ut rem pignoratam, quæ creditorem non invenit, teneatur in solutum accipere, sive creditum suum excedat, sive minoris pretij, aut valoris sit. Es seye das Guet besser / oder schlechter / als das Gelt. Ut loquamur secundùm verba antiqua Reformationis, cum quo etiam videtur convenire textus in dict: *l. Ordo. 3. Cod. de execut. rei judic.* Ubi dicitur, si itaque præsidem Provinciæ, qui rem judicatam exequi debet, adieris, & allegaveris, res soli, quæ pignori datæ sunt, diu subhastatas ex compacto, sive ambitione diversæ partis emptorem non invenire, (intellige potuisse) in possessionem earum te mittet: Quæ verba, *in possessionem earum te mittet*, communiter sic exsplicant, ut præses creditori rem judicatam in solutum tradere debeat, quæ exsplicatio etiam arriculis nostris convenit. Textum in dict: *l. à Divo Pio. 15. §. si pignora. 3. ff. de re judic.* sic exsplicant, quòd creditor, qui patitur, rem eò devenire, ut pignus nec extrajudicialiter, nec judicialiter, id est, sub processu subhastationis emptorem inveniat, præsumatur, illud in solutum accipere, & veluti pacto transigere, quòd eo velit esse contentus, &, quod sibi deest ex debito, nolit ampliùs petere. Vid. glossa in dict: *l. Ordo. 3. Cod. de execut. rei judic. ad litt. I.* Dices, quomodò potest de creditore hæc præsumptio sumi, cùm ipse neminem ad emendum cogere possit? Respondemus, hanc præsumptionem non debere videri peregrinam, aut creditori esse molestam, & contrariam, in pignore scilicet judiciali, de quo agit articulus noster, cùm ipsi liberum fuerit, in subhastatione pignoris judicialis se ipsum pro emptore declarare, ut supra satis exsplicavimus, & habet *l. 2. Cod. si in caus. judic. &c.* sibi enim imputet, cur id non fecerit, & maluerit, addictionem, sive adjudicationem exspectare, cùm scire debuerit, se ultra rem sibi addictam, sive adjudicatam nihil petere posse, tametsi creditum suum multùm excedat, cùm èontra, si rem pignoratitiam sub hasta minoris emisset, quàm creditum ejus fuit, supplementum actione pignoratitia contraria, quæ personalis est, à debitore, fortè adhuc solvendo existente, consequi potuisset: Et hinc dicit glossa ad dict: *l. à Divo Pio. 15. §. si pign. 3. ff. de re judic. litt. G. in fine. & gloss. supermarg. sub litt. P.* quòd tutius sit creditori, ut emat rem pignoratitiam hastalem, quàm in solutum accipiat, cùm emendo sibi supplementum debiti sui in salvo conservet. 13

Sed quid dicendum est de pignore conventionali, cùm juxta superiùs dicta creditor illud sibi ipsi neque extrajudicialiter, neque judicialiter vendere possit? Et Respondemus, juxta *Artic. 8. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / nullum aliud remedium creditori superesse, quàm, ut illô in solutum acceptô de cætero sit contentus; Nec putamus, in conventionali pignore facilè 14

le querelam ſuperventuram eſſe, cùm creditores plerumque ſibi paciſcantur pignora, debitum multò excedentia, ut eò ſecuriores ſint, & ècontra judex pignora pro re judicata debeat moderare ſecundùm quantitatem debiti.

15 Quid ſi autem alicui judici prior ſententia de jurata æſtimatione pignoris adeò videatur juſta, & æqua, ut non attenta diſpoſitione juris noſtri Statutarij de dominio pignoris ad creditorem ipſo jure tranſeunte, vel ſaltem à judice per addictionem, & adjudicationem transferendo nihilominus curet, pignus per viros peritos taxari, & ex illorum jurata æſtimatione inveniatur creditor notabiliter læſus, annè ad decrementum debiti contra debitorem actionem habeat? Et Reſpondemus negativè, quia hæc præſumptio legis probationem in contrarium non admittit, gloſſa ad dict: §. *ſi pignora. 3. ſub litt. I.* Tametſi igitur ex jurata æſtimatione conſtet de læſione creditoris, actionem tamen contra debitorem pro reſiduo non habet, juxta verba finalia dict: §. *ſi pignora. 3.* propter tacitam remiſſionem, & tranſactionem, quâ, negligendo emptionem haſtalem, ſibi præjudicavit. Quid autem in foro poli juris ſit, benevolus Lector Theologos conſulat. Cùm igitur tam in pignore conventionali, quàm judiciali tot beneficia indulta ſint creditori. 1. Ut rem vendere poſſit, ſive de eo vendendo inter partes convenerit, ſive non; Etiam 2. ſi de pignore immobili judiciali ſermo ſit, extra ſubhaſtationis proceſſum, &, ſi ſubhaſtationis proceſſus neceſſarius eſt, (ut de pignoribus ſcrinarijs mobilibus, & judicialibus ad *Art. 11.* diximus) etiam ad emptionem haſtalem, ſicut quilibet alius, admittatur, gloſſa ad ſæpè dict: §. *ſi pignora. 3. ſub litt. G. in fine.* Denique, ſi 4. emere nolit, res judicialiter pignorata ipſi addici debeat, res autem ex conventione obligata ipſo jure ei in ſolutum cedat, non immeritò quæritur, annon beneficium

16 de jure dominij impetrando, de quo eſt totus titulus in *lib. 8. Cod. de jur. dom impetr.* apud nos prorsùs inutile ſit? Et putamus, affirmativè concludendum eſſe; Atteſtatur enim *Perez. ad dict. tit. Cod. de jur. dom. impetr. n. 7.* hoc remedium impetrationis moribus hodiernis in deſuetudinem abijſſe, poſtquàm ordo diſtrahendi pignoris, ſive res mobilis, ſive immobilis fuerit, ſive pignori, aut hypothecæ obligata, ſive in cauſam judicati capta, ex publica auctione per apparitorem fieri conſuevit; Ita ut, ſi in ſubhaſtationis proceſſu emptor non inveniatur, res judicialiter pignori capta creditori addicatur, pignus verò conventionale creditori ipſo jure in ſolutum cedat pro debito ſuo. Quid igitur opus eſt ulteriori impetratione dominij, cùm vel judex illud per addictionem ex diſpoſitione legis tribuat, vel dominium ipſo jure in creditorem tranſeat? Ut omnia ſufficienter jam expoſuimus ſupra.

17 Quare autem in pignore judiciali requiratur addictio judicis, in pignore verò conventionali dominium ipſo jure tranſeat in creditorem? Ratio hæc eſt, quia judex in pignore, quod ipſe ex cauſa judicati capit, providet per addictionem, ut proinde legis proviſione opus non ſit: In pignore verò conventionali deficit proviſio hominis, cùm creditor ſibi quidem de conſtitutione, non autem de pignoris executione ob defectum juriſdictionis vigilare potuerit: Supplet igitur ipſa lex, quod deeſt, & ſtatuit, ut dominium ipſo jure in creditorem devolvatur; Vid: etiam *Artic. 14.*

18 Quæres autem ulteriùs, cùm de jure communi ex *l. 3. §. ſin autem. 3. & §. ſin verò. 5. Cod. de jure dom. impetr.* pietatis causâ poſt impetrationem dominij debitori adhuc biennium permiſſum ſit, intrà quod rem à creditore, debito cum damno & uſuris præſtito, repetere poſſit, an hoc ipſum beneficium etiam poſt addictionem, vel poſtquàm res ſubhaſtata ad emptorem ipſo jure tranſijt, locum habeat? Et Reſpondemus ſimpliciter negati-

vè,

vè, eò quòd statuta nostra Bavarica potiùs severitatis, quàm pietatis rationem habeant, postquàm tot beneficia creditori indulta fuerunt incassa, & inutilia. Et ratio differentiæ inter jus commune, & statutarium nostrum hæc est, quòd de jure communi distractio pignorum saltem conventionalium potuerit fieri ab ipso creditore extrajudicialiter, sive, ut priùs locuti sumus, extrahastaliter: Apud nos autem omnium pignorum venditio, & distractio, sive mobilia, sive immobilia sint, sive conventionalia, sive judicialia, tandem devenire debent ad subhastationis processum, post quem absolutum debitori nullum ampliùs tempus reluitionis, aut liberationis superest, ne facilè fides hastæ fiscalis convellatur, juxta hunc ipsum articulum nostrum, *Artic. 8. Tit. 4. & Artic. 11. ibidem.* deß Gandt-Proceß. Ubi jus reluitionis, sive liberationis debitori duntaxat durante processu edictali permittitur, juxta verba, Aber nach eröffneter Erkandtnuß soll jhme / id est, dem Schuldner einiger Zuegang nit mehr gestattet werden. Si ergò post sententiam subhastationis debitori nullus ampliùs regressus permittitur, multò minùs permittetur, quando dominium, vel per addictionem judicis, vel ipso jure ad creditorem jam pervenit. Vid. *D. Rath. loc. cit. assert. 81. per tot.* Diff.

Der Vierzehendte Articul.

Wirdet einem ein Lehen-Guet / mit deß Lehen-Herrn Willen verpfändt / bringt dann der / dem es verpfändt ist / das Lehen mit dem Rechten in sein Gewalt / der soll es behalten vierzehen Tag / vnnd wo er nit ein sonderbahre Verschreibung hat / solches dem Gepfändten anbieten. Bezahlt dann der Gepfändt in solcher Zeit das Gelt nit / vmb welches das Lehen-Guet verpfändt ist / sambt dem Unkosten / so mag er dasselb / durch Mittel der Gandt / auch verkauffen / vngefährlich jhm selbs ohn Schaden / Doch also / daß dem Herrn sein Lehen nit gemindert werde / vnd soll jhm der Richter von Gerichts wegen einen Brieff geben an den Lehen-Herrn / daß Er das Recht also erhalten hab. Kan er aber das Guet durch Mittel der Gandt nit verkauffen / so soll es jhme vmb sein Forderung bleiben / vnd jhm der Lehen-Herr dasselb Guet leyhen / in dem Rechten / als vorgeschriben ist.

Wolte aber der Lehen-Herr dasselb Guet / welches mit seinem Willen versetzt worden / inner Jahr vnnd Tag nit leyhen / als jhne das Recht / vnd Gerichts-Brieff weiset / so mag der / welchem das Lehen-Guet also Gerichtlich zuerkennt worden / den Lands-Fürsten ersuechen / der soll jhme es leyhen / vnnd er alsdann dasselb besitzen mit Ruhe / als ein Lehen-Mann durch Recht bey seinem Lehen sitzen soll / biß daß sich der Lehen-Herr bedenck / daß er jhms leyhen wölle. Da auch der Lehen-Mann ein solcher Erbahrer / Fürnehmer Mann wäre / daß er von demselben Lehen-Herrn nit Lehen haben solt / so soll er es seinem Trager / den er jhm nennt / leyhen; Wäre aber das Pfand nur ein Beütel-Lehen / mag solches auch / doch mit deß Lehen-Herrns Consens, den Er jhme auff sein Ersuechen nit waigern soll / verpfändt / vnnd folgends / nach Innhalt

halt dises Articuls / ohn weitern Consens deß Lehen-Herrns / vergandt werden.

SUMMARIA.

1. *An hic articulus sit intelligendus de pignore judiciali, vel conventionali, quod datur in rebus feudalibus?*
2. *Post factam denunciationem debitori dantur 14. dies, intrà quos, si velit, pignus luere potest.*
3. *Quando creditor dicatur in possessionem pignoris bona fide, & jure devenire?*
4. *An renunciatio pacto remitti possit? remissivè.*
5. *An etiam dominus ad subhastationem pignoris feudalis citari debeat, ne ei jus dominij minuatur?*
6. *Utrùm dominus emptori hastali, vel, si nullus reperiatur, ipsi creditori investituram sine tergiversatione impertire debeat?*
7. *Quid si dominus investituram intrà annum, & diem non impertiat, sed deneget, an eam Princeps terræ non possit supplere?*
8. *Quando autem emptor hastalis, vel creditor post adjudicationem neglexerit petere investituram intrà annum, & diem, an res fiat caduca?*
9. *Quare vasallus intermittendo recognitionem, caducitatem incurrat, & dominus denegando investituram, proprietatem non amittat?*
10. *An non dominus ob denegatam investituram pœnitere possit, & quodnam tempus ad hoc sit determinatum?*
11. *Quid si à Principe investitus domino feudi nullam obedientiam, aut servitia præstet, sed contumax existat, an caducitatem incurrat?*
12. *Quando creditor, vel emptor hastalis est persona vilis, & vulgaris, an dominus feudi à novo vasallo possit petere, ut constituatur curator suæ dignitati conveniens?*
13. *In quibus casibus judex pignus judiciale in rebus feudalibus capere possit?*
14. *An illa feuda, quæ cum consensu domini fuerunt oppignorata, subjaceant captioni pignorum judiciali?*
15. *An dicta tantùm intelligenda sint de feudis equestribus, vel etiam bursaticis?*
16. *Si feudum oppignoratũ mortuo vasallo ad agnatum devolvitur, estné jus creditori, pignus adversùs agnatum persequendi?*
17. *Quid si feudum cum consensu domini oppignoratum domino aperiatur, an teneatur, debitum agnoscere?*
18. *An dominus feudo ad se reverso etiam ad usuras, & interesse moræ teneatur?*
19. *Consensus domini præstitus ad alienandum, an censeatur etiam datus ad oppignorandum?*
20. *Si vasallus feudum oppignoret sine consensu domini, an illud amittat?*
21. *Si feudum sub hasta pluris fuerit venditum, quàm fuerit pecunia credita, an superfluum lucro creditoris cedat?*
23. *Cui autem sit restituendum illud superfluum, debitori, vel domino feudi?*

DEvenimus nunc ad alteram partem distinctionis in priori articulo positæ, nempè, si res feudalis pignori data sit; Et licèt de hac materia ad *Artic. 4. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / jam aliqua disputaverimus, & imposterum in Enchiridio juris nostri feudalis Bavarici plura dicturi simus, tamen, ne iste articulus sit mancus, ad ejus exsplicationem quædam in compendio afferemus.

1 Primò igitur notandum est, inter præcedentem *Articulũ 13. & hunc 14.* differentiam esse; Ille enim agit solummodò de pignoribus judicialibus: Hic verò præcipuè de conventionalibus: Ratio est, quia de pignoribus conventionalibus, quæ dantur in rebus allodialibus, sufficienter actum est in *Artic. 7. hujus Tit.* ut ita in *Articulo 13.* nihil agendum superfuerit,

quàm

quàm de pignoribus judicialibus pro re judicata capiendis : At in hoc *Artic. 14.* agitur potissimùm de pignoribus conventionalibus, quæ dantur in rebus feudalibus, ut ita *D. Balthasar. resol. 8. ad hunc tit. n. 11.* non rectè dicat, quòd hic articulus de pignore judiciali ac prætorio præcipuè intelligendus sit, nam rem feudalem pignoris nexu absque domini consensu obstringi non posse, latè diximus ad *Tit. 11. Art. 3. & Tit. 12. Art. 3. & 7.* der Land-Recht / & est textus expressus in *cap. un. in princ. de prohib. feud. alien. per Frider. in usib. feud.* Ubi dicitur, hoc Edictali, Deo propitio valitura lege sancimus, ut nulli liceat, feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel NB. oppignorare, &c, si pignoratio absque domini consensu facta est, ex communi interpretum suffragio ipso jure nulla est. *Vult. de feud. lib. 1. cap. 10. n. 43. Schrader. de feud. part. 8. cap. 1. n. 25.* Sicut igitur judex pro qualicunque debito sine domini consensu contracto in bonis feudalibus executionem facere non potest, ut latè probavimus ad *Artic. 4. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß. Ita etiam pignorationem judicialem pro executione facere non debet, quia, cui finis prohibitus est, etiam media ad illum deveniendi prohibita esse censentur, medium autem ad executionem est pignoris captio : Palàm igitur est, quòd hic articulus non de pignore judiciali, sed de pignore conventionali loquatur.

Ponitur proinde pro secundo notabili hæc regula, si cui res feudalis cum consensu domini fuerit oppignorata, & pignus bono jure in ejus potestatem venit, cui oppignoratio facta est, tenetur creditor, id debitori denunciare, ut, si velit, pignus luere possit, ad quem finem, sicut in prioribus articulis præfiguntur debitori pro reluitione à die denunciationis 14. dies, intrà quos, si debitor liberationem pignoris intermiserit, creditori liberum est, mediante subhastatione ad distractionem pignoris procedere, prout juris est. 2

Notetur tertiò, quòd articulus loquatur de pignore, bona fide, sive bono jure, mit den Rechten / ad manus creditoris, delato. Nam, si propria auctoritate occupaverit, tantum abest, ut illud possit ad subhastationem deferre, & publicè venale exponere, quin potiùs juxta priùs dicta crimen violentiæ committat, & jus suum perdat, cùm nemo quidquam propria auctoritate, aut vi quadam, sed legitimis actionibus petere, & persequi debeat. *l. extat. 13. ff. quod metûs causâ. l. penult. ff. ad l. Juliam de vi privata.* & in specie, quòd creditor possessionem rei hypothecatæ, aut oppignoratæ post solutionem cessantem privata auctoritate invadere non possit, textus est in *l. possessionem. 5. Cod. ad l. Juliam de vi privata.* etsi id pactis conventum fuerit, *l. 5. Cod. de pignor. l. 55. ff. de furtis.* Quia hoc pactum ad plus non prodest, quàm, ut creditor necesse non habeat, actione ordinaria experiri, sed imploratione officij judicis uti possit. *Wesenb. in paratl. n. fin. ff. de distract. pign.* Dupliciter autem maximè creditor in possessionem pignoris bona fide, & jure dicitur devenire, quando rem pignoratam apprehendit cum consensu, & bona voluntate debitoris, vel quando per judicem in possessionem ejus missus est, si enim judex in rem feudalem cum consensu domini pignoratam, vel hypothecatam executionem facere potest, multò magìs etiam facere potest immissionem. 3

Notetur quartò, quòd creditor, ut paulò antè diximus, obligatus sit, antequàm ad hastalem venditionem pignoris feudalis deveniat, ut debitori priùs denunciationem faciat : Ratio est, ut ad *Artic. 7.* fusiùs exposuimus, quia ad hoc, ut creditori jus vendendi competat, opportet, debitorem esse in mora solvendi, non potest autem dici in mora esse, quando illi nulla interpellatio, sive denunciatio facta est. Et ad hunc finem præfigitur creditori terminus 14. dierum, intrà quos à venditione, sive distractione abstinere debet, ut debitor possit de medijs solutionis sibi circumspi-

4 cere. Addit tamen articulus, ut hæc denunciatio, sive oblatio fieri debeat, Wo er nit eine sonderbahre Verschreibung hat / quæ verba nos ita intelligimus, nisi debitor ei licentiam vendendi etiam sine denunciatione, & oblatione per speciales litteras concesserit, quam quæstionem, an scilicet denunciatio pacto remitti possit, explicavimus ad *Artic. 7.* Admittendo, quòd debitor favori pro se introducto renunciare possit, creditorem tamen meliùs facturum, ut ad sustinendam boni viri existimationem, denunciationem sibi à debitore remissam nihilominùs interponat, quò Lectorem remittimus.

Notetur Quintò, quòd debitor, qui pignus feudale reluere cogitat, non tantùm ipsam pecuniam debitam, sed etiam alias expensas, quas creditor pignoris nomine fecit, in parato refundere debeat, in quo si deficiat, creditori liberum est, post inducias 14. dierum ad subhastationem procedere.

5 Notandum est sextò, licèt secundùm superiùs ad *Artit. 7.* dicta, debitor ad subhastationis processum citari debeat, quam citationem denunciatio à creditore extrajudicialiter facta non supplet, quòd tamen citatio domini necessaria non sit, nam hoc ipso, cùm ad pignoris feudalis obligationem suum consensum dedit, etiam consensisse præsumitur, ut cum ejusmodi pignore procedi possit, prout juris est.

Notandum tamen septimò, modò per venditionem hastalem pignoris feudalis jus domini non minuatur, doch daß dem Herrn sein Lehen nit geminderf werde. Ratio est, quia consensus illius ad diminutionem feudi extendendus non est, sed ad hunc solummodò effectum, ut in eadem qualitate vendi, & sibi novus vasallus ex suo consensu obtrudi possit. *Interim*, cùm ipsius domini intersit, ut in venditione hastali nullum sibi, & feudo suo præjudicium fiat, poterit, si velit, subhastationi interesse, imò judex non malè facit, juxta *Art. 2. Tit. 6.* deß Summarischen Proceß. Si dominum pro interesse suo ad subhastationem citet, vel partibus injungat, ut ipsi hoc faciant, prout ibidem de tertij intervenientis interesse plura deduximus.

6 Finito octavò subhastationis processu, judex emptori hastali litteras judiciales ad dominum feudi tribuit, ut dictum emptorem pro vasallo agnoscat, & investituram feudalem concedat.

Si autem nonò, in subhastatione emptor non reperiatur, creditori res feudalis ipso jure in solutum cedit, ut supra ad *Art. 8. Tit. 4.* deß Gandt-Proceß / de subhastatione rerum allodialium diximus, & tenetur dominus, investituram ei sine tergiversatione impertire: Ratio est, quia hoc ipso, quòd consensum dederit ad oppignorationem, censetur etiam consensisse in ea, quæ ex oppignoratione sequuntur, nempè in pignoris subhastationem, & in defectu emptoris in rei oppignoratæ addictionem, sive adjudicationem, vel potiùs cessionem in solutum, & consequenter in alterius vasalli agnitionem, & approbationem.

7 Decimò, sicut de jure communi novo vasallo ad recognoscendum feudum conceditur terminus unius anni, & diei, ita etiam hìc loci domino ad investituram novo vasallo pignoratitio tribuendam cursus unius anni, & diei indulgetur, quo elapso domino terræ, dem Lands-Fürsten / jus, & potestas est, vel emptori hastali, vel ipsi creditori pignoratitio, cui res feudalis in solutum cessit, investituram impertiendi: Ratio est, quia in potestate domini directi esse non debet, ut consensum suum ad oppignorationem datum per denegationem investituræ faciat irritum; Justissimè igitur illum Princeps terræ supplet, prout hoc in *Artic. 3. Tit. 11.* der Land-Recht / pluribus deduximus.

Quid

Quid si autem emptor pignoris feudalis sub hasta venditi, vel ipse creditor post addictionem, vel devolutionem rei in solutum neglexerit, per cursum integri anni, & diei, litteras judiciales domino feudi exhibere, & investituram eâ,quâ decet,reverentiâ petere? Putamus, nullum dubium esse, quin illa res feudalis facta fuerit caduca, & ad dominum redierit: Ratio per se clara est, quia domini, & vasalli obligatio reciproca est: Sicut ergo dominus, ut articulus habet, novo vasallo investituram sine causa denegare non potest, ita reciprocè novi vasalli officium est, ut legitimo tempore se decenter insinuet, & feudi investituram cum submissione petat, quam recognitionem, ut vocant, si per annum, & diem intermiserit, feudo cadit. Uti ad dict: *Artic. 3. Tit. 11.* der Land-Recht / pluribus probatum est. Quare autem vasallus recognitionem intermittendo caducitatem incurrat, dominus verò 8

Ut pro undecimò notandum est, proprietatem rei non amittat, sed, ut articulus noster dicit, domino terræ, dem Lands-Fürsten / solummodò potestatem faciat, actum investituræ supplendi? Hæc ratio est, quia emptor hastalis, vel creditor pignoratitius, tanquàm novus vasallus contra reverentiam, & obedientiam, quam domino debet, peccat, si intrà annum, & diem recognitionem feudi non fecerit, & proinde ob contemptum domini ex dispositione juris, jure suo cadit. Dominus autem solummodò peccat contra justitiam denegando novo vasallo investituram, ad quam concedendam obligatus est: Rectè igitur dominus terræ in defectum senioris domini feudi ex potestate, & jurisdictione principali, & territoriali illam supplet. 9

Hoc tamen duodecimò supplementum ipso jure extinguitur, postquàm dominus feudi saniora consilia admittens investituram ipse concesserit, quo casu domini territorialis intermedia, & compulsiva investitura exspirat. Quid autem in ejusmodi eventibus de solutione sportularum judicialium juris sit, diximus ad dict: *Art. 3. Tit. 11. & Art. 5. Tit. 12.* der Land-Recht. Quò Lectorem remittimus. 10

Nulla autem temporis determinatio facta est, quo dominus ob denegatam investituram pœnitere possit, ex quo inferimus, id domino, aut post ejus obitum hæredibus semper liberum esse: Ratio est, quia ex juris nostri statutarij dispositione dominus juris sui amissionem non incurrit, semper ergò illi jus dominij remanet, & proinde potestas investiendi; Nec putamus, hac ex parte ulli præscriptioni locum esse, tametsi novus vasallus ad investituram Principis rem triginta, vel quadraginta annis possederit, quia dominus feudi ex tanto temporis cursu videtur domini territorialis actum investituræ approbare, ut nihil inde juris novo vasallo accrescat, qui intermedio tempore suæ (ut articulus loquitur) quietæ possessionis omnia servitia feudalia præstitisse supponitur.

Quid si autem id non fecerit, sed contumax extiterit, sibi imaginando, cùm à domino terræ fuerit investitus, quòd domino feudi nullam obedientiam, aut servitiorum præstationem debeat? Putamus sanè, eum caducitatem incurrere, cùm investitura, quam dominus terræ supplevit, ipsi quidem justum titulum possessionis feudi tribuat, ab obedientia verò domini debita, & feudalibus obligationibus ipsum non liberet: Uno verbo, investitura domini territorialis in effectu est loco investituræ Dñi Senioris, quemadmodùm igitur domino seniori juranda, & præstanda est fidelitas, & obedientia in omnibus servitijs feudalibus debitis, ita etiam præstanda est ex investitura domini territorialis, qui per illam sibi nihil acquirit, sed jura domino directo feudali competentia in salvo constituit. 11

Notandum est decimò tertiò, si per ejusmodi pignoris feudalis mutationem qualitas vasalli diminuatur, V. C. si dominus feudi fuerit perso- 12

na

na nobilis, & in dignitate constituta, creditor verò, vel emptor hastalis persona vilis, & vulgaris, quòd dominus feudi possit petere, ut sibi à novo hoc vasallo constituatur curator suæ dignitati conveniens, qui nomine vasalli recognitionem faciat, & investituram suscipiat, vel vice versa, si dominus feudi sit persona vilis, & vulgaris, novus vasallus verò persona præstans, ut articulus ait, ein ehrbarer / fürnemmer Mann / cui non videtur convenire, ut se tam vili personæ submittat; Potest ergò suo loco curatorem constituere, cui dominus feudi investituram facere obligatus est. Frequenter hic casus in curia Electorali feudali contigit, ubi equestria feuda ante prohibitionem factam devenerunt in manus personarum ignobilium, quæ magìs opibus, quàm sanguine, & nativitate pollebant, quas ad investituram non admisimus, nisi curatores constituerint ordinis equestris, qui in casu necessitatis ad præstanda servitia equestria essent idonei. Notetur verbum, Trager / id est curator, nam, cùm procuratoris officium sit mercenarium, sub nomine curatoris comprehendi non potest, & consequenter, si ipse vasallus nobilis, & in dignitate constitutus sit, rectè secundùm consuetudinem curiæ nostræ juramentum fidelitatis, sive homagium per procuratorem præstare potest, cùm talis juret de facto alieno, & in animam ipsius vasalli tanquam personæ nobilis, & in dignitate constitutæ: Curator autem, ut in curia feudali moris est, debeat jurare in animam propriam, & pro rei exigentia servitia præstare equestria, quæ vili, & vulgari personæ non conveniunt. In novissima Episcopatus Passaviensis universali feudorum concessione à Celsissimo Principe nullus etiam pro procuratore ad recognoscendum feudum equestre admissus fuit, nisi persona nobilis, quod sanè improbare non possumus, cùm illud in respectum *domini* senioris cedat, prout etiam in Electorali curia feudali jam à *multo* tempore specialiter semper requirimus, ut ipsi vasalli equestres pro recognitione feudi personaliter compareant, quoniam dignum esse videtur, ut in tali actu dominum suum venerentur, vel, si legitimam excusationem habeant, suo nomine æqualem in dignitate mittant, qui beneficium recognoscat, & vicem vasalli subeat.

13 Sed pro decimo quarto quæri potest, an ergò judex ex rebus feudalibus nunquã judiciale pignus capere possit? Et Respondemus, toties judici jus esse, ex feudalibus bonis pignus judiciale capiendi, quoties jus habet in bonis feudalibus exequendi, quia captio pignoris fit in ordine ad executionẽ judicati, ubi igitur executio locum habet, ibi etiam locum habet captio pignoris *judicialis*, quæ est dispositio ad executionẽ: Hinc, cùm ad *Art. 4. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / deduxerimus, in fructibus feudi certo modo pro debitis vasalli executionem fieri posse, consequens est, ut etiam dicamus, captionem pignoris pro executione judicati in fructibus admittendam esse: Deinde sunt quidam casus, ubi etiam executio fieri potest in ipsa feuda, tametsi domini consensus non accesserit, quorum aliquos adduximus ad dict: *Artic. 4. Tit. 11.* deß Sumarischen Proceß. Veluti, si debitum onera feudi concernat. *Köeppen. decis. 39. n. 30.* Si debitum in feudi utilitatem fuerit conversum. *Wesenbec. part. 1. consil. 50. n. 14.* Si debitum propter dominum feudi contractum sit, fortè, quia vasallus pro domino feudi fidejussit. Idem *Köeppen. loc. cit. n. 32.* Et regulariter in omnibus ijs casibus, in quibus feudum absque domini consensu oppignorari, vel alienari potest. *Hartm. Pist. lib. 1. quæst. 15. n. 37. 87. & 89.* Vel in quibus dominus suum consensum invitus dare debet. Idem *Pistor. loc. cit. n. 90.* Ut mox de feudis bursaticis audiemus.

14 Et licèt decimò quintò, DD. se multùm fatigent, an illa feuda, pro quorum oppignoratione, & obligatione dominus suum consensum dedit, subjaceant captioni pignorum judiciali, ut videre est apud dict: *Pistor. loc. cit.*

cit. n. 84. & *Berlich. part. 1. concluſ. 82. n. 36.* tamen hoc apud nos nullam difficultatem patitur, cùm ad initium articuli pro certo præſupponatur, executionem in feudalibus fieri poſſe, ſi fuerint cum conſenſu domini oppignorata. Ad quid enim conſenſus feudi prodeſſet, niſi operaretur hunc effectum, ut ipſa executio non ſolùm in fructus, ſed in ipſam quoque ſubſtantiam feudi fieri poſſit, cùm executio in fructibus domini voluntate, & conſenſu opus non habeat? Plura de hac quotidiana materia tradituri ſumus in noſtro Enchyridio feudali, ſi DEUS vitam, & vires nobis largitus fuerit.

Ultimò notandum eſt ex noſtro articulo, quòd hactenus dicta de oppignoratione feudorum prohibita, ſolummodò intelligenda ſint de feudis equeſtribus, & non de burſaticis: Sicut enim in his executio judicialis fieri poteſt, prout in allodialibus, ut habet *Art. 4. Tit. 11.* deß Summariſchen Proceß / ita etiam pignoratio, quæ eſt prævia diſpoſitio ad executionem. Vid: quæ ſcripſimus ad *Art. 4. Tit. 11.* der Land⸗Rechts. Ubi hoc ipſum habetur, quod articulus noſter repetit, nempe feuda burſatica non poſſe quidem ſine conſenſu domini oppignorari, dominum tamen obligatum eſſe ad conſenſum præſtandum, ſi à vaſallo fuerit requiſitus, habet igitur locum regula ſuperiùs poſita, quòd toties feuda in executionem deduci poſſint, quoties dominus conſenſum ſuum ad alienationem invitus præſtare compellitur. Vid: etiam deducta ad *Artic. 4. Tit. 11.* deß Summariſchen Proceß. 15

Superſunt adhuc aliquæ quæſtiunculæ, ad hujus loci interpretationem neceſſariæ. Et quidem prima eſt, ſi vaſallus feudum cum conſenſu domini oppignoraverit, antequàm autem creditori ſatisfactionem præſtaret, per mortem ipſius nullo hærede relicto feudum ad agnatum jure ſanguinis ſuccedentem devolutum fuerit, anné creditori jus ſit, pignus adversùs agnatum perſequendi? Et hæc quæſtio omni dubio caret, cùm certum ſit, quòd dominus per conſenſum ſuum ad oppignorationem feudi datum, agnatis præjudicare non potuerit, ut ad *Art. 4. Tit. 11.* deß Sumariſ. Proceß/ diximus, & alibi fuſiùs exponemus: 16

Secunda quæſtio difficilior eſt, an, ſi mortuo vaſallo feudum cum conſenſu domini oppignoratum, tanquam apertum ob generationem finitam, revertatur ad dominum, ipſe dominus vi præſtiti conſenſus ad oppignorationem, teneatur debitum agnoſcere, & creditori ſatisfacere? Hanc quæſtionem DD. diſputant: Sed verior ſententia eſt affirmativa, quam tenet *Hartm. Piſtor. lib. 2. quæſt. 48. Fachin. controv. jur. lib. 7. cap. 56. per totum.* Ubi hanc opinionem jure, ratione, & auctoritate probabiliorem eſſe judicat. Alij diſtinguunt, an dominus conſenſum ſuum præſtiterit ſimpliciter, an verò adjectâ clauſulâ ſalvis juribus ſuis? *Zaſ. de feud. part. 6. n. 27. & part. 9. n. 38. & 39.* Quod in curia noſtra feudali frequentiſſimum eſt, cùm ſemper apponatur hæc clauſula, Doch Uns / vnnd månniglich an ſeinen Rechten vnſchådlich. Sed certè uſus curiæ noſtræ feudalis notorius eſt, quòd etiam non obſtante tali clauſula dominus ex præſtito ſuo conſenſu poſt feudi aperturam ad ſolutionem pignoratitij debiti obligetur: Per hanc clauſulam enim reſervatoriam cenſetur quidem jura dominij ſui directi, qualitatem feudi, & conſolidationem utilis dominij cum directo in caſum aperturæ, & caducitatis in ſalvo conſtituiſſe, ſed, quia per conſenſum ſuum ad oppignorationem datum debitum agnovit, ad ſolutionem illius obligatus manet. Ad quid enim aliàs creditor conſenſu opus habuiſſet, cùm re feudali apud ipſum vaſallum, vel hæredes vaſalli permanente in fructibus feudi ſemper paratam executionem conſequi potuiſſet? Cùm igitur hæc ſola cauſa requiſiti conſenſus domini fuerit, ut creditori prætenſio ſua etiam poſt aperturam, vel caducitatem feudi in ſalvo ſit, dominus ſibi imputa- 17

re debet, quòd consentiendo ad oppignorationem hanc ipsam obligationem de solvendo debito in se susceperit. In curia nostra feudali, si spes aperturæ appareat, plerumque consensus ad oppignorationem feudorum simpliciter denegatur, vel positiva clausula additur, quòd dominus post feudum ad se reversum ad debiti solutionem nolit esse obligatus, quæ resolutio creditori parum securitatis præstat: Similiter consensus plerumque restringitur ad certos annos, tres, quatuor, & ad summum sex, quibus elapsis consensus extinguitur, & creditori imputatur, si durante termino sibi de satisfactione non vigilaverit.

18 Tertia quæstio est, an dominus, qui ad oppignorationem feudi consensum suum præstitit, non tantùm feudo ad se reverso teneatur ad solutionem ipsius debiti, sed etiam ad solutionem usurarum, vel quod creditoris interest? Et siquidem in ipso contractu pignoris de solvendis legitimis usuris inter partes expressè convenerit, & dominus feudi contractum suo consensu approbaverit, dubium non est, quin censeatur, obligatus esse in totam causam, & sic etiam ad interesse, & usuras moræ. Si autem hoc factum non fuerit, distinguendum esse DD. censent, an constitutio pignoris tanquam contractus accessorius intervenerit in contractu bonæ fidei, vel in contractu stricti juris? Si prius, dominus etiam ad solutionem usurarum tenetur, cùm interesse moræ in contractibus bonæ fidei ipso jure debeantur. Si posterius, dominum à præstatione usurarum absolvunt, cùm illæ in contractu stricti juris non veniant. Aliter distinguit *Fachin. controv. jur. lib. 7. cap. 57.* An scilicet dominus in præstatione sui consensus reflexionem fecerit ad certam quantitatem, sive summam pecuniæ, dicendo, V. G. consentio, ut feudum possit oppignorari, & obligari pro centum aureis, tunc enim ultra hanc summam specificam feudum neque sortis, neque usurarum, aut interesse nomine obligabitur. Si autem consensus domini præstitus fuit sine omni restrictione, ex mente Fachinæi dominus tenebitur ad omnem causam, eò quòd contractus pignoratitius sit contractus bonæ fidei, in quo cum sorte etiam usuræ, & interesse moræ veniunt. Has ambas quæstiones ultimas, cum rationibus pro, & contra pulchrè discutit, & resolvit *Hartman. Pistor. lib. 2. quæst. 49.* & idem *Fachin. loc. cit. Rosenthal. de feud. cap. 9. membr. 1. conclus. 18. & plures alij ibidem citati*, quibus nihil addimus.

19 Quarta quæstio est, an, si dominus consensum dederit ad alienandum feudum, censeatur etiam consensisse ad illud oppignorandum? Ratio dubitandi est, quia utique plus est, concedere alienationem, quàm concedere oppignorationem, cùm per alienationem dominium utile feudi transferatur ad tertium, & domino obtrudatur novus vasallus, per oppignorationem verò dominium utile maneat apud vasallum oppignoratorem: Sed jam supra ad *Art. 3. Tit. 11.* der Land-Recht/ diximus, consensum domini tam strictè interpretandum esse, ut ab una specie alienationis ad aliam extendi non possit: V. G. Si dominus dederit consensum ad vendendum, non censetur esse datus ad permutandum, &c. imò, tametsi oppignoratio propriè alienatio non sit, tamen ibidem probavimus, quòd concessa alienatione feudi, non videatur concessa ejus oppignoratio, sive hypothecatio, cùm illa gravior sit domino, quàm ipsa alienatio, quia per alienationem non gravatur feudum, aut dominus feudi, cùm novus vasallus eadem præstare debeat, quæ præstitit antiquus; At, si feudum nexu pignoris, vel hypothecæ cum consensu domini involvitur, ipsum feudum oneratur, & dominus feudi, ut modò deduximus, feudo, vel per aperturam, vel per caducitatem ad se reverso ad solutionem debiti quandoque etiam cum usuris, & interesse obligatur. Vid: *Carpzov. part. 2. constit. 23. defin. 18. Schrader.*

der. de feud. part. 8. cap. 1. num. 24. Pinell. ad l. 1. part. 3. num. 52. Cod. de bon. matern.

Quæritur quintò, si vasallus feudum oppignoret sine consensu domini, an propterea feudum amittat? Ad resolvendam hanc quæstionem recurrendum est iterum ad distinctionem, quam ab initio hujus tituli fecimus, inter constitutionem pignoris, & hypothecæ, pignus dicitur propriè constitui, quando possessio rei pignoratæ transfertur in manus creditoris, hypotheca autem constituitur, si res hypothecata manet in potestate, & manibus debitoris: Cùm igitur communis sit sententia apud feudistas, quòd per alienationem feudi felonia non committatur, nisi traditio subsequatur, ita etiam communior est opinio, quòd vasallus per oppignorationem caducitatem non incurrat, nisi fuerit pignoris constitutio facta, non hypothecæ, cùm in hypotheca, ut diximus, possessio non transferatur in creditorem, sed per pignoris constitutionem. Vid: tamen DD. de hac quæstione sibi invicem contrarij, pro una parte *Wesenbec. in Epit. feud. cap. 11. Vult. lib. 1. cap. 10.* Et pro altera parte *Schneidew. de feud. part. 7. cap. 1. n. 20. Schrader. part. 8. cap. 1. n. 25.* Ubi rationes pro, & contra invenies, maximè apud *D. Balthasar. ad hunc tit. resol. 8. num. 4. & seqq.* Hoc tamen certum est, quòd omnis hypothecæ constitutio in re feudali sine domini consensu facta sit ipso jure nulla, quia est ipso jure prohibita, ut diximus ad dict: *Art. 3. Tit. 11.* der Land-Recht. 20

Sunt tamen ultimò aliqui tituli, qui etiam oppignorationem sine consensu domini factam sustinent: V. G. Si feudum obligatum fuerit pro mutuo, quod in necessariam feudi conservationē impensum: Fortè aliàs ab hostibus, & prædonibus exurendum, & devastandum: Vel, si pecuniâ mutuò acceptâ dominus ex manibus hostium fuerit liberatus: Si feudum ipsi domino fuerit obligatum, & in similibus casibus, quorum plures in Enchyridio nostro afferemus. 21

Unum ex *Art. 14. Reformat. de Anno 1588.* poterit videri peregrinum, quare scilicet hæc verba, Wo auch das Lehen-Guet besser wär / dann dz Gelt / darumb es verpfändt ist worden / so soll es mit der Schätzung / vnd Uberteurung allermaß / wie von dem Aigen in negsten Articul gesetzt ist / gehalten werden / in novis constitutionibus fuerint omissa? Et Respondemus, id propterea factum fuisse, cùm, ut in præcedente articulo exsplicavimus, jus nostrum statutarium rigorosiorem sententiam amplectatur, vi cujus in casu, quo in venditione hastali emptor non reperitur, res hypothecata, sive oppignorata creditori in solutum cedit, tametsi reverà majoris valoris sit, quam ipsum debitum, prout verba nostri articuli clara sunt, Kan er aber das Guet durch Mittel der Gandt nit verkauffen / so soll es jhm vmb sein Forderung bleiben: Aliud tamen est dicendum, si in processu subhastationis feudum pluris fuerit venditum, quàm fuerit pecunia creditoris, tunc enim superfluum lucro creditoris non cedit. 22

An autem illud superfluum restituendum sit debitori, vel domino feudi, vel inter utrumque pro qualitate, & proportione dominij directi, & utilis dividendum, meritò quis subsistere posset? Sed nobis videtur, residuum pertinere ad debitorem: Ratio est, quia venditio pignoris feudalis etiam sub hasta aliter fieri non potest, quàm, ut domino nihil minuatur de feudo, juxta verba, Doch daß dem Lehen-Herrn sein Lehen nit gemindert werde / si igitur dominus feudum suum in omnibus conservat salvum, & illæsum, necessarium est, ut de solius debitoris detrimento agatur, ad quem superfluum ex feudi pretio redactum, & non ad creditorem devenire debet. Hoc satìs demonstrat articulus Reformat: de Anno 1588. Ubi dicitur, idem juris esse de superfluo ex bonis feudalibus, quod juris est de su- 23

 per-

perfluo ex bonis allodialibus oppignoratis, sed hoc ultimum, juxta priorum articulorum exsplicationem, transit in debitorem, ergò etiam prius residuum de bonis feudalibus oppignoratis.

Der Fünffzehendte Articul.

Klagt ainer den anderen an vmb Gelt / vnnd laugnet der Antworter das Gelt nicht / spricht aber dargegen / der Kläger hab darumb Pfandt von ihm / so soll der Antworter das Pfandt nennen/ vnd anzaigen / Laugnet dann der Kläger / er hab kein Pfandt von jhm jnnen / vnd kan das bereden mit seinem Aydt / oder nach Gelegenheit der Person / bey Trauen vnd Glauben / an Ayds statt / das soll er geniessen / Es beweiß dann der Antworter / wie recht ist / daß der Kläger das benennt vnd anzaigt Pfandt von jhm jnnhabe / vmb das Gelt / darumb er jhne beklagt habe / das soll er geniessen / vnd darnach der Antworter mit Ruhe sitzē / biß daß der Kläger das Pfand verkaufft/ als recht ist/ vnd ist der/ so über die Pfand geklagt/ vnd daß er sein Pfandt hab/ widersprochen hat/ dem Gericht darum̄ in die Buß gefallen; Embrech aber der Kläger dem Antworter/ so ist der Antworter/ vmb das er fürgeben/ der Kläger hab Pfand/ebenmässig zestraffen.

SUMMARIA.

1. *Utrùm iste articulus intelligendus sit de juramento litis decisivo?*
2. *Licèt hodie litis contestatio non ampliùs fiat mediante juramento, an non quid speciale contineatur in hoc Art: & in contractu pignoratitio?*
3. *Quale hoc juramentum sit, an calumniæ?*
4. *Solvuntur quædam objectiones, & sustinetur, quòd in effectu sit juramentum calumniæ.*
5. *& 7. Præstito juramento, debitor probare debet, creditorem habere possessionem rei pro pignore à se denominatæ, & designatæ, item ex causa pignoris pro eodem debito, pro quo conventus fuit.*
6. *An hoc juramentum locum habeat solummodò in pignore, vel etiam hypotheca?*
8. *Quomodò puniatur creditoris negatio cum juramento, vel debitoris fallax assertio pignoris?*

ISte articulus substantialiter desumptus est ex Reformatione de Anno 1588. paucis verbis ex antiqua litteratura pro meliori sensu immutatis: Prima autem origo continetur in antiquo libello statutorum Bavariæ de An: 1384. ubi sensus eò obscurior est, quò antiquior. Putat D. Balthasar, hîc loci
1 quæstionem esse, quomodò pignoris constitutio, & traditio per juramentum judiciale probari possit? Sed certè hæc non est intentio articuli nostri, videantur, quæ diximus supra ad *Art. 1. Tit. 6.* der Land-Recht / ubi monuimus, ferè in omnibus actionibus antiquitùs moris fuisse, ut reus conventus debuerit litem negativè, vel affirmativè contestari medio juramento, quod in novis nostris constitutionibus Provincialibus postmodùm immutatum fuit, probabiliter ad præcavenda periuria, ad quæ hodierno tempore homines aliàs maximè proclives sunt: Possemus ex antiquissimo libello statutorum Bavaricorum de Anno 1384. plurimos casus in medium afferre, sufficit nobis unicus, quem ad dict: *Art. 1. Tit. 6. & Art. 1. Tit. 13.* der Land-Recht / fusiùs deduximus, ut planè hunc articulum incorrectum irrepsisse, nobis firmiter imaginemur: Quare enim in emptione, & vendi-tione

tione antiqua illa juramenti necessitas expuncta sit, & hic in contractu pignoratitio persistere debeat, nobis nulla probabilis ratio occurrit. Intrà 30. annos, quo Dicasterijs judicialibus interfui, nullum unquam casum contigisse recordor, quo contestatio litis mediante juramento petita fuerit, vel in causa pignoris, vel alia quacunque. Si benevolus Lector percurrat utrúmque pocessum nostrum summarium, & ordinarium, ubique inveniet, Daß die Antwort in der Haubt-Sach / an statt der Kriegs-Bevestigung seye / quæ etiam simplicissimis verbis, & sine omni juramenti solennitate fieri possit, & pro vera litis contestatione habeatur, *Art. 1. Tit. 6.* deß Summarischen Proceß / *l. 16. & Artic. 19. Tit. 5.* der Gerichts-Ordnung / *& l. 2. Tit. 2. eod.* Item *Art. 4. Tit. 46.* der Land-Recht / ubi nullibi de juramenti necessitate mentio fit. Nec mihi persuadeo, si aliquem ex mutuo convenirem, & is excipiendo diceret, quòd pro credito meo sufficientibus pignoribus provisus sim, ullum judicem futurum, qui actori pignora neganti juramenti præstationem injuncturus sit, ad quid enim prodest hoc juramentum, si reus conventus nihilominùs ad actoris contradictionem probationem suscipere compellitur? Prout verba articuli nostri clara sunt. Non nego quidem, quin talis causa pignoratitia litigiosa per juramentum litis decisivum decidi, & determinari possit, modò observentur, quæ in *Art. 20. Tit. 7.* deß Summarischen Proceß / religiosè præscribuntur, sed, quòd in hoc nostro articulo de juramento litis decisivo nulla cogitatio sit, manifestè ex eo convincitur, quòd reus conventus post juramenti præstationem adhuc ad probationem obligetur, ergo juramenti præstatio litis decisiva non fuit, quia post juramentum litis decisivum non quæritur ampliùs, quid probatum, vel probandum sit, sed solùm, an juratum fuerit? Interim tamen, quia articulus sic scriptus est, observari debet, & quidem eò magis, cùm videatur ex proposito, & destinata mente legislatoris insertus fuisse, quia distinctio, quæ in antiquis codicibus non reperitur, apposita fuit inter personas viles, & plebejas, & inter personas nobiles, & privilegiatas, ut illæ ad formale juramentum præstandum obligentur, hæ verò ad solam depositionem loco, sive sub fide juramenti, quod signum est, hujus juramenti observationem ex singulari quadam ratione, quamvìs nobis incognitâ, requiri. Si benevole Lector dicere velis, causam esse exuberantiam bonæ fidei, quæ in contractu pignoratitio requiritur, plerumque inter bonos amicos sine testium adhibitione fieri solito, tibi libenter assentiar, quamvìs in emptione, & venditione non minor exuberantia bonæ fidei locum habere debeat, ut supra ad *Tit. de præscript.* admonuimus. In quo contractu tamen hæc superflua juramenti præstatio expuncta est, ut diximus ad *Art. 1. Tit. 6.* der Land-Recht.

Conabimur tamen legem, quandoquidem sic scripta est, interpretari, modo, quo possumus. Præsupponit igitur articulus, quòd quidam alteri mutuaverit pecuniam, vel alio modo crediderit, quam debito tempore non solvit, ut consequenter creditor contra hunc suum debitorem necessitetur, actionem instituere convenientem: V. G. condictionem ex mutuo, actionem ex vendito, vel similem. Reus conventus non negat debitum, sed excipit, se actori tanquam creditori suo pignora dedisse, ex quorum distractione sufficientem satisfactionem habere possit. Actor negat, se pro credito suo accepisse pignora, cùm igitur exceptio constituti, & traditi pignoris, facti sit, necessariò sequitur, quòd debitor conventus illam probare debeat, maximè, cùm excipiendo actoris vicem sustineat. *l. 1. ff. de exceptionibus. l. in exceptionibus. 19. ff. de probat. Wesenb. in parat. de except. n. 10.* Quare autem, antequàm ad probationem admittatur, actori, qui negando pignoris constitutionem, & traditionem litem contestatur, injungatur, ut litis contestationem juramento confirmet, de hoc nobis non satìs

tis liquet, cùm aliàs regula generalis ſit, quòd actore non probante (qualis in propoſito caſu eſt debitor conventus, cùm, ut diximus, reus excipiendo actor fiat) reus ſit abſolvendus, etiamſi nihil præſtiterit. *l. qui accuſare. 4. Cod. de edendo. cap. fin. §. fin. x. eodem.*

3 Quæres, quale ergo hoc juramentum ſit, cùm ſupra jam dixerimus, juramentum judiciale non eſſe, eò quòd poſt præſtationem illius debitor primùm ad probationem admittatur, & in articulo noſtro de delatione à debitore facta nec verbo mentio fiat, ſed potiùs clarè appareat, neceſſitatem jurisjurandi creditori ex ipſa legis diſpoſitione obtrudi? Et Reſpondemus, hoc juramentum in effectu eſſe juramentum calumniæ; Nec obſtat, ſi dicas, juramentum calumniæ ex notorio uſu dicaſteriorum noſtrorum partibus non injungi, niſi ſpecialiter fuerit petitum, juxta *l. 17. Tit. 5.* der Gerichts-Ordnung; Quia juxta *l. ſeq. 18. ejuſd. Tit.* ſemper judici liberum eſt, in quacunque parte judicij ante, & poſt litis conteſtationem juramentum calumniæ etiam non petitum partibus injungere, quotieſcunque id neceſſarium eſſe judicaverit: Si ergò judex id poteſt, cur non & lex? Inſtabis, ſupra dictum fuiſſe, quòd juramenta judicialia, quale eſt juramentum calumniæ, præſtari debeant formaliter, non per æquipollens, quale eſt aſſertio ſub fide nobili, an Aids ſtatt; Cùm enim articulus in perſonis nobilibus, vel aliàs in dignitate ſubſiſtentibus formale juramentum non requirat, ſed tantùm depoſitionem, bey Trauen/ vnnd Glauben/ ſequitur, hoc non eſſe juramentum calumniæ. Sed Reſpondemus, legi plus licere, quàm judici: Tametſi igitur juramentum à judice delatum præſtandum ſit formaliter, & non in æquipollenti, tamen, quia hîc lex aliter diſponit, ut juramentum hoc apud perſonas nobiles, & in dignitate conſtitutas *poſſit* ſuppleri per depoſitionem, bey Trau/ vnd Glauben/ ob majorem bonæ fidei exuberantiam, illud meritò obſervandum eſt: Sic habemus exemplum in *l. 2. Tit. 7.* der Gerichts-Ordnung/ ubi expreſsè dicitur, quòd judex nulli teſtium juramentum remittere poſſit, & tamen lex in *Art. 15. Tit. 7.* deß Summariſchen Proceß/ juramentum teſtimoniale pluribus perſonis formaliter præſtandum remittit, & depoſitione ſub nobili fide facta, vel bey Trau/ vnd Glauben/ contenta eſt.

Dices ulteriùs, quòd judex juramentum calumniæ ex officio non deferat, niſi ex certa cauſa, quando ſcilicet de partis malitioſa protractione, aut alia pericula machinatione ſuſpicio eſt: Reſpondemus, id verum eſſe, & proinde non dubitamus, prægnantem rationem ſubeſſe, quamvìs obſcuram, quare legislator in hoc articulo neceſſitatem præſtandi juramenti reliquerit intactam, & incorrectam, quam tamen in alijs textibus, juxta priùs dicta expunxit, quæ fortè hæc eſt, quòd debitori convento, qui conſtitutionem, & traditionem pignoris aſſerit, hoc injungatur, ut illud ſpecificè denominet, in verbis, So ſoll der Antworter das Pfand nennen/ vnd anzaigen/ ut ita ex ſpecificatione, & denominatione pignoris contra creditorem, qui illud abnegat, mala ſuſpicio oriatur, à qua ſe creditor per juramentum calumniæ ex legis diſpoſitione purgare debet, antequàm debitor conventus ad probationem arctetur: Ex quo ſequitur, dicendum eſſe, ſi debitor pignus ſpecificè deſignare, & denominare non poſſit, quòd ob nudam ejus aſſertionem creditor ad juramenti præſtationem adigendus non ſit, ceſſante enim ſuſpicione, manet regula inconcuſſa, quòd actore non probante reus, etſi nihil præſtiterit, abſolvi debeat. Interim tamen adhuc ſemper durat illa difficultas, quare in emptione, & venditione, tametſi actor illam ſpecificè denominare poſſit, reo convento neceſſitas juramenti in antiquis conſtitutionibus impoſita hodierno jure remiſſa ſit, & non etiam in pignore? Quod alijs ulteriùs cogitandum relinquimus.

Præstito itaque à creditore juramento calumniæ, debitor ad probationem constituti, & traditi pignoris admittendus est, in quo processu probatorio juxta articulum nostrum duo specialiter verificanda sunt. Primum, quòd creditor habeat possessionem rei pro pignore denominatæ, & designatæ ab ipso debitore, & quidem secundò, ex causa pignoris pro eodem debito, pro quo conventus fuit: Quod attinet ad primum, potest contingere, ut creditor sit quidem in possessione illius rei, quam debitor conventus allegat, à se in pignus traditam esse, sed illam tamen à tertio quopiam ex longè alio titulo in possessionem acceperit. Optimè igitur articulus probationem ad hanc qualitatem restringit, ut debitor probet, pignus in possessione, & manibus debitoris esse, ex suo non ex alieno contractu. 5

6 Deinde per se clarum est, quòd hic articulus loquatur de pignore, & non de hypotheca: Si enim debitor conventus excipiat, fateor, me actori centum debere, pro quibus me convenit, sed pro illis centum constitui ei sufficientem hypothecam, hac exceptione nihil prorsùs proficit, quin non statim ad solutionem condemnari possit, quia constitutio hypothecæ præsupponit, rem esse in manibus debitoris: Nihil est igitur, quod condemnationem sine ullis juramentorum, aut quibusvis ambagibus impedire possit; Cur enim nudus creditor personalis ad confessionem judicialem condemnandus est, & non etiam creditor hypothecarius, qui rem hypothecatam adhuc in manibus suis habet, & de illius periculo conqueri nihil potest? Aliud dicendum est de solo pignore propterea, quia pignus constituitur traditione, quam debitor malitiosus facilè abnegare potest, à qua consequenter suspicione se religione juramenti purgare debet. Hypothecam, quæ instrumenti erectione opus habet, propterea contradicere nequit, quia res hypothecata manet in potestate debitoris, & instrumentum transit in potestatem creditoris, ita ut nullius malitiosæ suspicionis causa subesse possit, quæ juramento locum præbeat.

7 Circa alterum punctum hoc mysterium subest, quòd quidem creditor rem à debitore convento specificè nominatam, & designatam in possessione habeat, sed non ex eadem causa, in qua conventus fuit: V. G. Titius debet mihi ex mutuo centum aureos, & deinde ex vendito alios centum aureos, pro quibus mihi certum, & speciale pignus constituit, & tradidit, posteà ego illum convenio pro centum aureis, mihi ex mutuo debitis, & ille excipit, quòd ego hoc, vel illud specificum pignus habeam: Certè hæc exceptio inepta, & inutilis est, cùm specificum pignus denominatum non ex causa mutui, sed ex causa venditi possideam, post cujus demonstrationem mihi juramentum imponi non potest, utpote, cùm veritate rei detecta, cesset sinistra suspicio, quæ juramento calumniæ locum facit. Et ita benevole Lector hunc obscurum articulum intelligendo omnes difficultates facilè evades. Vid: *Art. in primò libell. Statut. Provin. de Anno 1348. cap. 17.* Vers: **Umb Gelt deß einer nit laugendt.** Ubi verba adhuc magis obscura, & intricata sunt.

8 Quia verò nec malitiosa creditoris negatio pignoris cum juramento, neque debitoris fallax, & insidiosa assertio impunita esse debet, articulus noster cuique parti succumbenti mulctam comminatur, quæ utique arbitrio judicis committitur, cùm nihil specificè determinetur: In antiquissimo libello creditori, & debitori æqualis pœna imponitur, nempe nummorum septuaginta duorum, sed quilibet facilè videt, creditorem graviùs peccare, si juramenti religionem violet, quàm debitorem, qui nuda assertione adversario suo fallaciam struxit, rectè itaque judicis arbitrio locus relinquitur, qui ex circumstantijs gravitatem malitiæ dijudicare, & quantitatem pœnæ delicto commensurare potest.

Dispu-

Disputat hîc D. Balthasar ad longum, an, si res debitoris inveniatur in manibus creditoris, potiùs censeatur, apud illum esse ex causa dationis in solutum, quàm ex causa pignoris? Sed, quia hæc quæstio propriè hujus articuli non est, Lectorem ad eundem remittimus, ubi illam inveniet diligenter discussam.

Der Sechzehendte Articul.

WEr von dem anderen fahrende Haab zu Pfand innhat / vnd dieselben Pfand nutzt vnd braucht / ohne deß Versetzers Willen / dem solcher Gebrauch zu Schaden kombt / So soll jhm der Innhaber solches Pfands / den Schaden abtragen / vnd dem Richter halb als vil zur Bueß geben; Wären es aber essende Pfand / so mag er die zimblich / vnd solcher massen / als sein aigen Vieh / für die åtzung wol brauchen / da er aber die nit brauchet / so soll der die Pfand versetzt hat / die åtzung zubezahlen schuldig seyn. Ein gleiche Mainung soll es haben / wo einem essende Pfand von Gericht in seinen Gewalt wåren geantwort worden.

SUMMARIA.

1. *An creditor pignore in suum commodum inscio, & invito domino uti nequeat?*
2. *Quid si nulla damnificatio, vel deterioratio pignoris ex usu sequatur?*
3. *Quando autem pignore utitur, ut malæ fidei negotiator, an non teneatur ad id, quod ex usu rei oppignoratæ percepit, vel percipere neglexit?*
4. *An creditor habeat perceptionem fructuum in pignore, ita tamen, ut illos in diminutionem debiti computet?*
5. *Quomodò usus rei pignoratæ à sorte deduci possit?*
6. *Cùm creditor præstet levem culpam, si res ipsius culpâ deterioretur, an etiam ista deterioratio pignoris in diminutionem sortis veniat?*
7. *An non tantùm fructus, quos ex bona voluntate domini percepit, sed etiam quos percipere potuit, in sortem imputentur?*
8. *An hoc sit intelligendum de fructibus, quos creditor, vel debitor percipere potuit?*
9. *Si animalia pro pignore dentur, quibus creditor uti non vult, an debitor obligatus sit, nutritionem condigno pretio solvere, aut, si ijs uti velit, usus cum nutritione compensetur?*
10. *An eadem sit dispositio de nutritijs pignoribus judicialibus?*
11. *An etiam fructus, & usus rerum immobilium in defalcationem debiti veniant?*
12. *Utrùm non pacto caveri possit, ne fructus ex pignore percepti in sortem imputentur?*
13. *Quid si autem ex contractu usuræ licitæ debeantur, an non acceptum priùs in usuras, & deinde, quod superest, in sortem sit imputandum?*
14. *Quot sint casus, ubi fructus non computantur in sortem?*
15. *Qualis sit contractus antychreseos?*
16. *An de jure subsistat?*
17. *An non rustici cum dominis suis directis contractum antychreticum inire possint?*
18. *Quid juris sit, si quis domum oppignoratam inhabitaverit, vel alteri locaverit?*

SÆpiùs in hoc titulo dictum fuit, distinctionem esse inter pignus, & hypothecam, eò quòd pignus tradatur in manus creditoris, hypotheca verò remaneat in manibus debitoris, quod pro hujus articuli interpretatione iterum subservit: Cùm enim debitor in possessione hypothecæ maneat,

ad quem fructus rei hypothecatæ tanquam dominum ipso jure pertineant, apparet, hunc articulum de solo pignore loqui, quod creditori ad manus traditur: Et hæc est nostra opinione causa, quòd articulus quæstionem ponat de re mobili tantùm, **von fahrender Haab /** alteri in pignus data, quia plerumque mobilia tantùm de pugno ad pugnum dantur, & traditione, non litteraria obligatione pro pignoribus constituuntur. De his igitur utendis, & fruendis, quale sit officium creditoris, in hoc articulo disquiritur. Ut res eò clarior fiat, distinguimus inter ea, quæ opportet creditorem omittere, & inter ea, quæ opportet eum facere.

In puncto commissionis ponitur communiter regula generalis; quòd 1 creditor pignore in suum proprium commodum inscio, ac invito domino uti non possit. *l. qui jumenta. ff. de furtis.* §. *furtum autem. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc. l. si pignore. 56. in princ.* & §. *1. ff. de furtis.* Et hujus rei ratio est, quòd pignus solummodò tradatur in debiti securitatem, & proinde tam usus, quàm fructus illius ad debitorem spectet, cui dominium remanet: Concordat articulus noster, in verbis, **Ohne deß Versetzers Willen:** Ex quibus clarè demonstratur, usum & fructum rei oppignoratæ creditori absque voluntate debitoris licitū non esse. Et quamvìs de jure communi creditor furtum committat, qui sibi usum rei oppignoratæ, & fructus ejus attribuit, dict: *l. si pignore. 56.* & §. *furtum. Inst. de oblig. quæ ex delict. &c.* tamen articulus noster tam severus non est, cùm de furto, aut de pœna furti nullam mentionem faciat, sed tantùm hoc disponat, ut damnum resarciat creditor, quod per usum, & fructuum usurpationem debitori intulit: **Daß Er der Innhaber solches Pfands dem Versetzer den Schaden abtrag / der jhm solchen Gebrauchs halber zuekombt.** Ne autem hoc delictum maneat impunitum, creditor usurpator punitur in dimidium damni, quod per usurpationem domino rei oppignoratæ intulit, quod adhuc favorabile est, cùm aliàs furtum puniatur in duplum, vel in quadruplum.

Duo autem circa hanc damnificationem observanda sunt: Primum 2 est, ut probari debeat, quòd dominus per usurpationem creditoris damnificatus fuerit: V. G. si ex usu pignoris deterioratio rei oppignoratæ contigerit: Quid si enim quis mihi oppignoraverit vas argenteum, insignem picturam, vel aliquam Bibliothecam, & ego subinde vase argenteo sine omni deterioratione convivio adhibuerim, picturam oblectationis causâ inspexerim, in uno, vel altero libro aliquid legerim? Certè, cùm debitori exinde nihil decedat, nec de jure communi furti, nec apud nos ex lege Aquilia de damno dato, aut in factum actio esse potest, **Weil der Versetzer darburch nichts zu Schaden kombt.**

Secundum caput est omissionis, ex quo creditor, qui re oppignorata 3 utitur domino inscio, & invito, tanquam malæ fidei negotiator non tantùm tenetur ad id, quod ipse ex usu rei oppignoratæ percepit, sed etiam quod percipere neglexit, prout paulò post ampliùs dicemus: V. G. si quadrigam meam sibi oppignoratam alteri locavit pro florenis quatuor in singulos dies, cùm habere potuisset octo. Ratio clara est, quia malæ fidei negotiatoris pœna est, ut teneatur non tantùm ad fructus perceptos, sed etiam ad fructus percipiendos. Quid si autem creditor usus fuerit pignore cum bona voluntate debitoris, quale hoc in casu officium est creditoris? Et dicimus, alteram regulam esse, quòd nihilominùs fructus ex re oppignorata cum bona voluntate debitoris percepti sortē extenuent ipso jure, *l. quod ex operis. 2. Cod. de pign. act. l. si dominum. 9. Cod. de pign.*

Interim hæc inter usum, & fructuum perceptionem differentia est, 4 quòd debitor domino inscio, & invito re oppignorata omninò uti non possit, attamen illo ignorante, & renuente fructus rei oppignoratæ percipere, eò quòd pignori cedant, ut sunt partus ancillarum, fœtus ani-

malium, &c. quæ, ſi ſervando ſervari non poſſint, à creditore vendi, & pretium eorum in diminutionem debiti computari debet, ut in effectu aliud ſit, de uſu pignoris, & de fructibus pignoris, invito domino diſponere, cùm illud ſit extra creditoris poteſtatem, hoc autem in ejus arbitrio, quia eadem facilitate conceditur illi diſtractio fructuum, quàm ipſius pignoris, utpote tanquam acceſſorium rei principalis, eodem nexu cum pignore obligatum: Pretium tamen non ſuo, ſed debitoris lucro accipit, & à ſorte detrahit. *Molina. de Juſt. & Jur. diſput. 535. de contract. num. 2.*

5 Quæres, quomodò uſum rei pignoratæ à ſorte deducere poſſit? Et Reſpondemus, non deducendum eſſe à ſorte pretium pignoris accepti, ſed quantum æſtimabitur uſus illius pro tempore, quo creditor illum inſcio, & invito domino ſibi attribuit, ut eſt text: in *l. qui jumenta. ff. de furtis. l. ſi pignore in princ. & §. 1. ff. eod. §. furtum autem. Inſtit. de oblig. quæ ex delicto, &c.* Ubi, ut diximus, creditor pignore utens dicitur furtum committere, non ut in actionem veniat ipſa res pignorata, vel ejus æſtimatio, ſed ſola æſtimatio uſûs.

Et hoc ad ſenſum articuli noſtri ſervit, qui judici pro pœna dimidium damni debitori allati addicit, quæ dimidietas utique de æſtimatione ſolius uſus, & non pignoris intelligenda eſt.

6 Nunc redeundo ad officium creditoris in omittendo, jam ſupra ad *Artic. 7.* deduximus, quòd conſtitutio pignoris ſit contractus bonæ fidei, in quo ex parte utriúſque contrahentis præſtatur dolus, lata, & levis culpa, ex quo ſequitur, quòd creditor pignore uti debeat juxta arbitrium boni viri, & ſi res oppignorata culpâ illius deterioretur, quòd deterioratio pignoris non minùs, quàm ipſa æſtimatio uſûs in diminutionem ſortis veniat, dict: *l. quod ex operis. 2. Cod. de pign. act. Ant. Neguzant. de pign. & hypoth. 5. part. princ. membr. 5. n. 1.* Sicut ſimiliter creditori licet deducere, quidquid in rei oppignoratæ meliorationem, aut conſervationem neceſſariò, vel utiliter impendit, eò quòd ejuſmodi expenſæ neceſſariæ, & utiles ad debitorem, ſive rei dominum pertineant.

7 In hoc autem inter DD. maxima differentia eſt, an creditor non debeat tantùm fructus, quos ex pignore cum bona voluntate domini percepit, ſed etiam quos percipere potuit, in ſortem imputare? Ratio dubitandi eſt, quia bonæ fidei poſſeſſor non tenetur ad fructus, quos percipere potuit, atqui, ut præſupponimus, creditor percepit fructus cum bona voluntate domini, & ſic optima maxima fide, ergo ad illorum, quos non percepit, diminutionem ex debito non obligatur, præſertim, cùm culpa omiſſionis in contractibus bonæ fidei neminem obliget ad reſtitutionem fructuum percipiendorum. Sed duplex eſt textus in jure noſtro, qui creditori reſtitutionem fructuum etiam percipiendorum imponit: Primus eſt in *l. creditor. 3. Cod. de pignor. act.* Ubi dicitur, creditor, qui prædium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare, neceſſe habet, ubi Baldus legem ita ſummat, fructus, qui debuerant percipi, extenuant ſortem, ſicut percepti. Alter textus eſt in *l. cùm pignoris. 2. Cod. de partu pign.* Ubi dicitur, cùm pignoris titulo mancipia vos obligâſſe pro mutua, quam accepiſtis, pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit, vel quas percipere potuit, in uſuras computatis, & poſt in ſortem: Extenuato debito reſiduum offerentibus, vel, ſi non accipiat, conſignatum deponentibus, mancipia vobis præſes Provinciæ reſtitui jubebit; Ubi notetur, quòd in priori textu *l. creditor. 3.* habeatur verbum, *percipere debuit*, in poſteriori verò textu *l. cùm pignoris. 2.* habeatur verbum, *quas percipere potuit*: Ex quibus apparet, creditorem obligationem habere, pro fructibus non ſolùm

per-

perceptis, ſed etiam percipiendis, id eſt, quos percipere debuit, vel potuit: Cujus rei ratio eſt, quia hoc ipſo, ut inquit gloſſa in dict: *l. creditor.* tenetur etiam de percipiendis, quia illorum curam habere debuiſſet, poſtquàm eos in ſuam fidem recepit: Si ergò circa illos negligentiã commiſit, ad illam præſtandam obligatur ex natura contractus pignoratitij, qui bonæ fidei eſt, & utriuſque contrahentis gratiã initur. *Molina. loc. cit. diſput. 535. n. 3.*

Singulariter tamen obſervandum eſt, quòd creditor non teneatur ad illos fructus percipiendos, quos ipſe debitor percipere potuiſſet, ſed tantùm, quos percipere potuit creditor, & ſuâ culpâ neglexit: Licèt enim regulariter poſſeſſor teneatur de fructibus, qui potuerunt percipi à domino, tamen hoc locum non habet in tali poſſeſſore, qui cauſam habet à domino, ſicut in effectu creditor pignoratitius, qui pignus poſſidet ex conceſſione domini, & fructus percipit ex illius voluntate. *Mozz. ad tit. de pignor. & hypoth. rubr. de natural. num. 1.* quod ibidem benè notare jubet, cui tu hoc quoque addas, quòd hic ſit caſus ſingularis, ubi fructuum perceptor etiam bonæ fidei tenetur de fructibus percipiendis, ſcilicet, quando ad percipiendorum neceſſitatem ex natura contractûs bonæ fidei ſe ipſum obligat, vel auctoritate juris adſtringitur. 8

Verùm hæc regula, quam ſupra poſuimus, quòd creditor inſcio, & invito debitore re pignorata uti non poſſit ſine crimine furti, limitatur in pignore ſe movente, ſive nutritio, in eſſenden Pfanden / id eſt in animalibus: Concedit enim articulus noſter poſſeſſori pignoratitio, ut eo tempore, quo illa ſub manibus, & in ſua poteſtate habet, ex beneficio legis uſurpare poſſit, ſicut propria ſua animalia. Diximus, *poſſit*, quia hoc creditoris voluntati, & arbitrio permittitur, ita tamen, ut, ſi ijs uti velit, pro paſtu, & nutritione à debitore tanquam domino nihil petere poſſit, ſi autem uti nolit, obligatus ſit debitor, nutritionem, die äßung / condigno pretio ſolvere; Eò quòd alimentatio ſpectet ad animalium dominum. Diximus ulteriùs, quòd uti poſſit pignoratis animalibus, ſicut proprijs: Ratio eſt, quia contractus pignorationis eſt bonæ fidei, ut jam aliquoties innuimus, requiritur igitur officium boni viri, ut nimirum pignoratis animalibus non plus oneris imponat, quàm proprijs, nam, ſi contra fecerit, actione pignoratitia tenetur debitori ad omne damnum; Quare autem uſus cum nutritione compenſetur, tametſi quis cum animalibus pignoratis plus mercedis lucrari potuerit, quàm in alimenta eorum inſumptum ſit, prout quotidie in ſtabularijs experimur, qui ſua animalia pro certa mercede in ſingulos dies locant, ut tamen conductor præter mercedem etiam jumentis neceſſariam pabulationem ſubminiſtrare debeat: Ratio alia non videtur eſſe, quàm, ut litigia evitentur, cùm modicum prætor non curet, raró autem animalia plus in die mereri poſſint, quàm ſumptus eorum requirat. 9

Ad finem articuli additur, id, quod modò de pignoribus conventionalibus, quæ nutritione indigent, dictum eſt, etiam locum habere in ejuſmodi pignoribus judicialibus, potuit enim dubium eſſe, an creditor etiam illis uti debeat pro arbitrio boni viri per ea, quæ ſupra deduximus, quòd in pignoribus judicialibus præſtetur tantùm dolus, & lata culpa, non autem levis, quæ facit, ut quis curam debeat habere rei alienæ tanquam propriæ: Non incommodè itaque hæc diſpoſitio de nutritijs pignoribus judicialibus ad ſuperiorem regulam de ſolo præſtando dolo, & culpa lata limitationem comprehendit, cùm creditor ad talem diligentiam in uſu talium pignorum judicialium, der eſſenden Pfand / obligatus ſit, qualem adhibet circa propria animalia. 10

11 Vidimus ad initium articuli, quòd hîc loci tantùm sermo sit de usu & fructibus rerum mobilium, quæ creditori in manus traduntur; Sed, quia nullum dubium est, quin etiam bona immobilia, V. G. domus, ager, pratum, &c. creditori jure pignoris per actualem traditionem constitui possint, quæstio alia superest, quid de usu,& fructibus talium immobilium bonorū dicendum sit? Et Respondemus, idem judicium esse de fructibus,& usu rei imobilis, quod diximus de fructibus,& usu rei mobilis: Text: express. in *l. si dominiū. 9. C. de pign. & hypoth. l. 1. 2. & ult. C. de pign. act. l. 1. C. de distrah. pign. l. 2. C. de partu pign.* Qui textus specificè etiam de pignoribus rerum imobilium loquuntur, cùm eadem subsit in utrisque, scilicet bonis mobilibus,& imobilibus, decisionis ratio, quòd pignora dentur pro securitate debiti, & non ad lucrum creditoris. Quamvis igitur fructus ex rebus immobilibus non minùs accedant pignoribus, quàm fructus nati, sive percepti ex rebus mobilibus, & creditor possit illos, maximè, si servando servari non possint, distrahere, cùm sint pars pignoris, tenetur tamen, pecuniam exinde redactam in defalcationem debiti computare, vel post solutionem ejus, fructus debitori simul cum ipsa re restituere.

12 Et hoc adeò verum est, ut propter suspicionem usurariæ pravitatis non possit pacto caveri, ne fructus ex pignore percepti in sortem imputentur. *cap. 1. x. de usuris. cap. illo vos. cap. cùm contra. x. de pignor. l. 1. Cod. de distract. pign. & l. 5. Cod. de pign. act. Card. Mant. de tacit. & ambig. convent. lib. 11. tit. 8. n. 1.* quia per obliquum admitti non debet, quod prohibitum est per directum, prohibitum autem est de jure canonico, ex pecunia credita, sive mutuo data accipere usuras, ergò etiam prohibitum esse debet, loco usurarum accipere fructus pignoris. *cap. consuluit, & toto. tit. x. de usuris.*

13 Quod tamen ita intelligendum est, si versemur in tali contractu per constitutionem pignorum roborato, qui præstationem usurarum excludit, ut diximus de mutuo, in quo usuræ jure divino, ac humano prohibitæ sunt: Aliud est dicendum de casibus, & contractibus, in quibus usuræ permissæ sunt, ut in contractibus bonæ fidei, ubi usuræ quincunces, id est quinque per centum ex consuetudine Patriæ nostræ debentur loco interesse moræ, vel etiam in ijs contractibus, ubi debentur ex pacto, & stipulatione propter lucrum cessans, vel damnum emergens, de quibus diximus in *Art. 1. Tit. 13.* vmb Gelt-Schulden: Nam in similibus casibus fructus percepti non tantùm imputantur in sortem, sed etiam in usuras legitimas. Idem *Mant. loc. cit. n. 18.* Quod in tantum verum est, ut acceptum priùs in usuras, & deinde, quod superest, in sortem computandum sit. *l. 1. Cod. de solut.* Ubi dicitur, si contrarium actum non sit, id, quod solvitur, priùs in usuras, deinde primùm in sortem acceptò ferendum esse: Similes textus sunt in *l. si usuras. Cod. de usuris. l. in ijs. §. Imperat. & §. fin. ff. de solut.* cujus rei rationem DD. adhuc indagant, ut videre est apud *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 21. n. 25. cum seqq. usque ad finem.* Et in specie de fructibus pignorum textus est in *l. cùm pignoris. 2. Cod. de partu pignor.* Ubi jubentur mancipiorum operæ, quas creditor accepit, priùs in usuras computari, & post in sortem.

Notetur tamen iterum, non solùm fructus perceptos, sed etiam eos, qui percipi potuerunt, in defalcationem capitalis, & usurarum imputandos esse, eò quòd creditori etiam percipiendorum cura incumbat, quam, si dolò malo, vel culpa lata, aut etiam in conventionali pignore culpa levi neglexit, imputationem in usuras, & sortem nihilominùs facere debeat.

14 Sunt tamen quidam casus, ubi fructus non computantur in sortem, quorum aliquot notabiles enumerat *Petr. Nicol. Mozz. rubr. de natural. pign.*

pign. num. 7. & seqq. 1. Quando res pignorata ſpectat ad creditorem jure proprietatis, cui debitor uſumfructum ad ſe pertinentem in pignus dedit. 2. Si emphyteuta utile dominium prædij ſui, vel vaſallus utile dominium feudi domino directo in pignus conſtituit. Quod, an verum ſit, nos multùm ſubſiſtimus, quamvìs enim textus in *cap. conqueſtus. 8. x. de uſuris.* caſum de feudo per expreſſum excipiat, tamen gloſſa ibidem quid ſpeciale eſſe dicit in Eccleſia, ſive Monaſterio, ad quod directum dominium feudi pertinebat, quod noſtra opinione non ita ſtatim etiam ad omnem directum dominum feudalem, & emphyteuticum, imò & ad dominum rei uſufructuariæ extendi poteſt: Præſertim, cùm ratio Mozzij non ſubſiſtat, dicentis, hoc fieri propter dominiorum conſolidationem, cùm certum ſit, quòd nec per vaſallum, nec per emphyteutam, nec per uſufructuarium in conſtitutione pignoris plus juris transferatur, quàm nudus titulus conſtituti pignoris, qui ſolutione acceptæ pecuniæ reſolvitur, & dominium utile feudi, emphyteuſis, vel juris uſufructuarij ad ſuum dominum utilem redit, à quo per conſtitutionem pignoris nullo modo in conſolidationem tranſire potuit, contra intentionem agentium, cùm debitor ſimul, & creditor de præſtanda ſolummodò ſecuritate pro pecunia credita ex natura pignoratitij contractus inter ſe egerint, & convenerint. Tametſi aliàs Mozzius non malè dicat, quòd in *cap. conqueſtus.* nulla ſpecialitas eſſe poſſit, cùm clerici, & piæ cauſæ magìs abſtinere debeant ab uſuris, quàm laici. 3. Caſus eſt, quem habet Mozzius in fructibus perceptis per generum ex pignore ſibi dato à ſocero pro dote, tales enim fructus propterea non computantur in ſortem, quia cedunt loco intereſſe pro oneribus matrimonij ex cauſa dotis, modò maritus vivat, & onera matrimonij ſuſtineat, nec fructus pignoris intereſſe dotis multùm excedant, latè *Covar. tom. 2. var. reſol. lib. 3. cap. 1. n. 3.* 4. Caſus eſt, quem ponit Mozzius, quòd, ſi quis debitor juràſſet, ſe creditori pecuniam creditam in parato ſoluturum, non poſſit creditorem compellere, ut fructus ex pignore perceptos in diminutionem debiti imputet, de quo nos iterum ſubſiſtimus, cùm ſortem capitalem pignoris fructus ipſo jure extenuent. *l. 1. Cod. de diſtract. pign.* Ubi dicitur, fundum pignori obligatum, ſi creditor ex fructibus debitum conſecutus eſt, cùm ipſo jure pignus ab obligatione liberatum ſit, diſtrahere minimè poteſt, de quo videatur *Covar. in relect. cap. quamvìs. §. 4. n. 18.* Quod tamen non multùm ad rem facit, cùm èContra debitor, quem ſupponimus, ex religione juramenti præcisè ad factum ſolutionis obligari, jus habeat, pignus unà cum fructibus à creditore repetendi, non ſolùm perceptis, ſed etiam, ut diximus, percipiendis. 5. Si creditor pares, vel majores expenſas neceſſarias, aut utiles in pignus fecit, ad deductionem fructuum ex ſorte non obligatur, ſed poteſt illos cum expenſis compenſare, quia fructus non ſunt, niſi deductis expenſis. *l. ſi à domino. 3. §. fin. ff. de petit. hæred. l. 1. Cod. de fructib. & lit. expenſ. l. fructus. 7. ff. ſol. matrim.* Idem eſt, ſi pro re oppignorata, & ejus cuſtodia, aut conſervatione creditor multum laborem impendit. Idem *Mozz. loc. cit. n. 12.* In omnibus autem ejuſmodi exceptionibus hæc æquitatis ſubeſſe debet regula, ne fructus multùm excedant penſionem, pro qua compenſatio admitti dicitur, cùm aliàs cauſa in pravitatem uſurariam declinaret. *Covar. tom. 2. var. reſol. lib. 3. cap. 1. n. 2. & in relect. cap. quamvìs. de pact. in 6. part. 1. §. 4. n. 18.* Plura videantur apud D. Balthaſar hîc loci.

Cœterùm uſitatiſſimus contractus eſt in Germania noſtra, qui vocatur 15
contractus antychreſeos, ein Pfandſchafft / ut creditor utatur, & fruatur pignore in vicem uſurarum, donec pecunia ſolvatur. *Cujacius. lib. 3. obſer. cap. 35. Gail. lib. 2. obſerv. 3. Mynſing. cent. 6. obſerv. 71. n. 1. Martini. de annuis reditib. cap. 1. num. 144.* Maximè inter magnos Principes, & apud Sta-

Status Imperij ſupremat um habentes uſitatus, ubi urbes, caſtra, integros pagos, & oppida, imò ſubindè integra territoria cum jure ſuperioritatis pro certa pecuniæ ſumma in antychreſin, & contra fruitionem concedunt, donec pecunia reſtituatur. Quæ res calamitoſis noſtris temporibus maximè circa exercitium religionis maximas turbas concivit:

16 De hac igitur ſpecie pignoris quæſtio eſt, an de jure ſubſiſtat? Contractum antychreticum eſſe uſurarium, communiter concludunt Canoniſtæ apud *Neguzant. de pign. & hypoth. 5. membr. 5. part. princ. n. 10. Medices. de compenſ. part. 1. quæſt. 9. num. 9. Robert. rer. judic. Pariſ. lib. 2. cap. 8.* Noſtri Germani illum defendunt, ut fusè videre eſt apud *Frider. Martini. de cenſib. cap. 1. à n. 124. uſque ad finem*, ubi plurimos citat. Libenter huic materiæ ſubtraheremus manum, utpote quæ in conſcientiam incurrit, quia tamen etiam inter privatos homines frequens eſt, cùm ſæpè viderimus, quòd miſeri homines, qui ære alieno gravantur, ita res immobiles, V. G. domum, agrum, hortum, pratum, &c. alteri in pignus concedant, ut creditor ejus fructus pro uſuris præcipuos habeat, nec in ſortem conferre debeat, quem prædictus Frider: Martini in eo caſu approbat, quando talis conventio facta eſt per modum emptionis, & venditionis cenſualis, quod utique ſecuriſſimum eſt: Alij tamen etiam extra contractum emptionis, & venditionis admittunt, quando incertus eſt eventus, quantum fructuum ex re in antychreſin data creditor percipere poſſit. *Mynſing. dict. obſerv. 71. n. 1. & in Reſponſis ſuis decad. 13. Reſp. 2. n. 16. n. 98. & 100.* Ubi dicit, quòd leges conventionem antychreticam patiantur, etiamſi modum legitimarum uſurarum excedat, propter incertum fructuum proventum tanquam periculi pretium. *Grævæus. ad Gail. lib. 2. concluſ. 3. n. 5. & D. Frider. Martini.* Ubi plures alias diſtinctiones examinat, quas, ſi velis, pro majori dilucidatione videre poteris.

Nobis hoc unum lubet addere, quòd talis antychretica conventio agricolis in *Novell. 32.* graviſſimè ſit interdicta, etiamſi cum milite fiat, ut ſupplet *Novell. 33.* Ubi Juſtinianus pro favore agriculturæ multas præclaras rationes in medium affert. Idem *Græv. loc. cit. n. 9. & Martini. n. 189.* Principalis ratio eſt, ſecundùm *Mart. loc. cit.* quòd Reipublicæ interſit, ne ruſtici fundis exuti, agriculturam deſerant, & ſolum vertant.

17 Quin autem cum ſuis dominis directis ita convenire poſſint, nobis vix dubium eſt, cùm plus domino licitum eſſe debeat, quàm privato extraneo, utpote, cùm hæc diſpoſitio principaliter etiam ipſius domini favorem videatur concernere, ne prædia ipſius fiant facilè deſerta, cui utique dominus contravenire poterit, ſi ipſe prædium ſuum tali pacto antychreſeos ad ſe reduxerit: Cui noſtræ opinioni videtur favere cit: *cap. conqueſtus. 8.* Ubi domino feudi circa fructus oppignorati dominij utilis aliquid ſpeciale defertur, modò fructus dominij utilis domino oppignorati, non multùm excedant legitimam penſionem ex pignore domino debitam, *Covar. tom. 2. var. reſol. lib. 3. cap. 1. n. 3. per tot.* uti paulò antè monuimus, cùm æqualitas fructuum cum penſione, ſola juſtificet talem penſionem pignoratitiam, & ab uſuraria labe purget, in quacunque cauſa, & perſona etiam privilegiata, uti de dote priùs diximus, & idem *Covar. loc. cit. cap. 1. n. 3. verſ. quam ob rem, &c.* pulchrè deducit.

18 Quid autem juris ſit, ſi creditori fuerit domus pignorata, quam ipſe inhabitaverit, vel alij inhabitandam locaverit, videatur *l. ſi is qui. §. 1. ff. de pignor.* Et apud *D. Balthaſar. ad hunc tit. reſol. 10. num. 9.* Res noſtro judicio nullam difficultatem habet, cùm juſta merces ſemper in defalcationem debiti veniat, ſive ipſe creditor domum inhabitaverit, ſive alteri locaverit, ſive locare omninò neglexerit; Quia ex contractu pignoratitio, qui bonæ fidei eſt, & utriuſque gratiâ celebratur, fructus, ut diximus,

mus, in diminutionem veniunt, non tantùm quos ipſe creditor percepit; ſed etiam quos percipere potuit, & debuit.

Der Sibenzehendte Articul.

JSt das jemand beklagt würdet / er habe dem von der Obrigkeit geschickten Fronbotten Pfand zegeben / sich gewehrt / deß laugnen soll man nemmen / mit seinem Ayd / Es bezeug dann der Fronbott mit einem vnparteyischen Ehrbaren Mann / zu jhm / der es gehört / vnd gesehen hab. Und wer also überwunden würdet / der soll von dem Gericht nach Gebühr / da sich aber jemand wehrete Pfand zegeben / nit nur mit Worten / oder mit Versperrung der Thüren / sonder mit Gewalt / den er an deß Fronbotten Persohn gelegt hat / Maleficisch gestrafft werden.

SUMMARIA.

1. *An puniatur, qui reſiſtit judici, ſive officialibus ejus miſſis ad captionem pignorum?*
2. *Quomodò ſit puniendus, qui non violenta manu, ſed tantùm reſiſtentia verbali, vel actuali non malè qualificata ſe opponit?*
3. *Quare mulcta pecuniaria non ſit conſulta?*
4. *Quæ poſſint eſſe circumſtantiæ aggravantes delictum?*
5. *An apparitori aſſerenti, ſibi reſiſtentiam factam eſſe, ſimpliciter ſit credendum?*
6. *Si pignoratus per apparitorem, & unum teſtem de reſiſtentia verbali convictus eſt, debetné admitti, quando contrarium probare vult?*
7. *& 9. Quando, & in quibus caſibus judici, & apparitoribus juſtè reſiſtatur, quidſi ſententia, & executio ſit injuſta, & ipſo jure nulla?*
8. *Quid ſi officiales, & executores notoriè in executione excedant officium, vel in officio?*
10. *Quid ſi judex pendente appellatione executionem, vel pignorationem demandet?*
11. *Quid ſi juris ordine non ſervato, & ſine cauſæ cognitione tanquam privatus pignorationem decernat?*
12. *An non via juris per appellationem, vel impetrationem inhibitorialium ſecurior ſit viâ facti, ſeu reſiſtentiâ?*
13. *Quid ſi tertius utpote amicus debitoris ſe executioni, & pignorationi oppoſuerit?*
14. *Debitor, qui pignoratur, non abſtinens à convitÿs, & injurÿs verbalibus, an teneatur actione injuriarum?*
16. *An officialis depoſitio de injurÿs ſufficiat, vel requiratur probatio?*

GEneralis regula de jure communi eſt in toto mundo recepta, quòd judici, vel ejus officialibus, miniſtris, nuntijs, famulis, apparitoribus, executoribus, & ſimilibus perſonis judicialibus, den Schergen / Ambt-Leüthen / Fronbotten / Ainſpennigeren / & ſimilis farinæ hominibus ad judicialia mandata exequenda deputatis, reſiſtere minimè liceat, prout textus ſunt tam in jure canonico, *c. qui reſiſtit. 2. quæſt. 3. c. patet. 9. quæſt. 3. c. præſentium. 7. quæſt. 1.* Quàm in jure civili. *l. addictos. Cod. de episc. aud. l. milites agrum. §. irruens. ff. de re milit. & alÿs concordantibus locis, adductis per Socinum Regula 442.* In cujus conformitate articulus iſte ſtatuit, ut puniatur etiam ille, qui reſiſtit judici, ſive officialibus ejus miſſis ad captionem pignorum. 1

Diſtinguit autem articulus, an quis reſiſtentiam fecerit nudis verbis, vel ſolummodò tali actu contrario, qui fieri poteſt ſine adhibita violentia, 2

V. G.

V. G. occludendo januas, oppessulando fores, introitum obstruendo omnis generis impedimentis, vel alijs modis, sine vi, & absque injectione manuum, aut armorum usu exercitis : Vel an resistentiam fecerit, cum publica violentia, manus in officiales injiciendo, ijs pignora capta vi eximendo, vel tumultum publicum excitando, ad arma conclamando ? &c. In utroque casu articulus noster pœnam arbitrariam decernit : In primo tamen civilem: In secundo criminalem : De quibus videatur *Farin. in tract. de carcerib. & carcerat. lib. 1. tit. 4. quæst. 32. per totum*. Et maximè *num. 23. & seqq. Jodoc. Damhaud. in pract. rer. crimin. cap. 15. n. 29.* Ubi inquit, quisquis violenter executori apprehensuro restiterit, violenta manu ipsius sinum, aut gulam constrinxerit, similemvè violentiam illi impegerit, periculo se committit perdendi pugni, aut alterius mulctæ criminalis pro qualitate impetûs, & animi ad nocendum avidi. Resistenti officialibus in actu pignorationis, antiquus articulus Reformat: de Anno 1588. imponit pœnam duorum pondo nummorum, & duorum nummorum, Soll zur Bueß geben 2. Pfund / vnd 2. Pfenning / quod utique de resistentia verbali, sive actuali non malè qualificata intelligendum est, nam violenta resistentia *incidit in l. Juliam. de vi privata, vel publica*, cujus pœna ad deportationem, *ignis* & aquæ interdictionem, ad infamiam, ad publicationem tertiæ partis bonorum, imò pro ratione circumstantiarum etiam ad mutilationem membrorum, & pœnam vitæ extendi potest. *Gomez. 3. var. resol. cap. 6. num. 8. Jul. Clar. lib. 5. sentent. §. fin. n. 11.* prout plurima exempla ejusmodi severitatis justissimæ afferri possent ; Debet enim auctoritas judicialis sacrosancta esse, ne ob temeritatem subditorum in ludibrium veniat : Hinc pro varijs locorum consuetudinibus resistentes ministris, & officialibus *judici* etiam variè puniuntur ; In Burgundia 65. Solidorum Turonensium emendâ. In Stado di Milano 200. aureis : In Gallia capite puniuntur ; Et ex Bulla Sixti V. crimen læsæ Majestatis incurrunt : Quæ tamen apud nos in usu non sunt, probabiliter propterea, quòd judicem non deceat, jurisdictionem suam mulctâ pecuniariâ fortè sibi competente defendere, nec ipse tantæ auctoritatis sit, ut illius causâ dicatur crimen læsæ Majestatis commissum, aut liber homo membrorum mutilatione, vel severioribus pœnis corporalibus plecti debeat. Communissimus modus apud nos est incarceratio ad certum tempus, subinde cum castigatione in pane, & aqua, vel injectione compedum, &, si malæ circumstantiæ accedant, imponendo quæstoriam castigationem, mit der Rentmaisterischen Vorschreibung. De cujus effectu alibi uberior dicendi occasio dabitur, quæ tantæ efficaciæ est, ut honestiores rustici, & plebei eam plus timeant, quàm nescio quas incarcerationes, compedum injectiones, & alias corporales afflictiones, tametsi cum aliqua infamiæ macula fiant, cùm ejusmodi delinquentes ad pœnam quæstoriam remissos pro criminaliter punitis, & infamiâ juris affectis omnis si non populus, saltem universa plebs habeat, de cujus veritate etiam suo loco videbimus.

3 Diximus, pecuniariam mulctam non esse consultam, quod intelligendum est de illis judicibus, ubi mulcta cedit in eorum commodum, & utilitatem, ut plerúmque fit apud Judices Hoffmarchiales, & Statuum Provincialium, quorum salaria maximè in mulctis pecuniarijs, & rusticorum excoriationibus consistunt : Aliud est ubi ad Principem, vel Rempublicam redundant, prout in præfecturis Provincialibus, vel in civitatum, & oppidorum benè constitutis Magistratibus fieri consuevit : De quo paulò post nobis sermo redibit.

4 Cùm itaque pœna resistentium cum, vel sine violentia sit arbitraria, incumbit judici, ut facti circumstantias exactè examinet ; Graviùs enim coërcendus est, qui judici ipsi, quàm ejus apparitori, sive officiali resistit :

Gra-

Graviùs, qui apparitori resistit, & injuriam affert in ipso actu exequendi officij, quàm extra officium, aut officij causam, quia, qui extra officium, & officij causam offendit apparitorem, non videtur, eum offendere tanquam apparitorem, sed tanquam privatum, Graviùs, qui in odium executionis contra se factæ, quàm qui offendit petentem salarium ob executionem, quia in priori casu injuria redundat in judicem, qui mandavit, posteriori verò ipsi apparitori fit tanquam privato: Graviùs offendit, qui in loco publico resistit, quàm qui resistit in loco privato, qui resistit in urbe, quàm qui in agro, qui pro foribus palatij, & prætorij Senatus, vor dem Rath-Hauß / quàm qui in alia civitatis parte. Quoniam quodlibet delictum ex circumstantia loci valdè aggravatur. *l. aut facta. 16. §. locus. & l. prætor. 7. §. ult. ff. de pœnis.* Graviùs, qui resistit sine ulla causa data, quàm qui resistit lacessitus ab apparitore, justóque dolore motus, sunt enim isti homines tam insolentes, ut nullo moderamine uti possint, sed confisi in securitate caracteris sui enormiter plerúmque exorbitent, ut provocatio, & justus dolor, etsi resistentem non omninò excuset, tamen pœnam mitiget: Graviùs item peccat, qui probum apparitorem, quàm qui audacem, & contumeliosum, denique qui divitem, quàm qui egenum, & ipsa egestate probrosum repellit, ut pulchrè dicit *Anton. Faber. in Cod. suo ad tit. de injurijs. defin. 6. & Julius Clarus. in pract. crimin. quæst. 29. n. 1. & 2. quæst. 35. n. 16. & quæst. 60. n. 18.*

Sed quæritur, an apparitori asserenti, sibi resistentiam factam esse, simpliciter credendum sit? Ratio dubitandi est, quia DD. communiter tenent, quòd nuntio asserenti, se reum conventum legitimè citâsse, in causis civilibus plena fides adhibeatur, ídque propter electam fidem personæ, & juramenti religionem, quâ judicio obstrictus est. *l. magis puto. §. ne tamen. ff. de rebus eorum, qui sub tut. &c. l. 1. §. quies. & l. apparitores. 5. Cod. de exact. tribut. Gail. lib. 1. observ. 54. n. 4. Mynsing. cent. 6. observ. 10. & cent. 5. observ. 51.* latè *Anton. Gabriel. de citat. lib. 2. conclus. 4. per tot. Vasqui. in illust. quæst. cap. 24. n. 10. Mascard. de probat. conclus. 1119.* His tamen non attentis, articulus noster pignorato, qui negat, se apparitori, vel officiali à judice misso resistentiam fecisse, juramentum imponit purgatorium, quod si præstiterit, apparitoris, vel officialis relationi non creditur, de oppositione sibi facta, nisi assertionem suam ad mininum uno teste omni exceptione majore, qui deponat de proprio sensu visûs, & auditûs, resistentiam apparitori, vel officiali factam esse, probare possit, quod nostra opinione laudabiliter in Patria nostra statutum fuit, cùm isti apparitores judiciales, qui ad pignorationes adhibentur, plerumque sint homines viles, & aliquâ infamiæ notâ apud honestiores viros laborent, ut durissimum foret, eis fidem adhibere contra viros bonæ famæ, & existimationis, qui resistentiam negant, & quidem medio juramento, ut benè advertit *Ant. Gabriel. loc. cit. n. 8.* & *Maranta. in specul. part. 6. tit. de citatione. n. 53.* Ubi nuntio, sive apparitori, & ejus relationi credi nolunt, quando agitur de persona fide digna, vel, ut Maranta loquitur, circumspecta: Vel quando causa est magni momenti, &, ut nos addimus præcipuè, quando agitur de resistentia violenta, & malè qualificata, ubi juxta articulum contra resistentem procedi debet criminaliter, quia in criminalibus requiruntur probationes luce meridiana clariores, quæ causa est, quòd auctores camerales, qui nuntijs cameralibus ad officiũ suum juratis fidem adhibendam esse tradunt, considerate tantùm loquantur de causis civilibus, in quo sensu nos etiam accipimus articulum nostrũ, ut scilicet apparitori resistentiam in pignoratione sibi factam, cum unius,& singularis testis accessione alleganti tunc tantùm credatur, quando resistentia facta esse dicitur, vel nudis verbis, vel aliquo actu non violento, aut malè qualificato, qui in *l. Jul. de vi publica, vel privata.* nõ incurrit. 5

6 Sed quid si pignoratus per apparitorem, & unum testem de resistentia verbali, vel etiam actuali, sed non violenta, aut malè qualificata: V. G. occlusione portæ, vel obstructione aditûs, fuerit convictus, debetnè admitti, si contrarium probare paratus sit? Et videtur negativè Respondendum: juxta verba articuli nostri, **Und wer also überwunden wird / der soll von dem Gericht nach Gebühr gestrafft werden:** Quæ verba videntur, contrariam probationem omninò excludere. Verùm nos alterius opinionis sumus, quòd videlicet pignorato probatio innocentiæ suæ non sit adimenda: Ratio est, quia probationem apparitoris per unum testem non nisi pro privilegiata probatione habere possumus, ob præsumptionem, quæ militat pro apparitore ad officium suum jurato, omnis autem probatio ex præsumptione admittit probationem in contrarium, cùm præsumptio debeat cedere veritati. Pulchrè in terminis *Guido Papæ. in decis. Gration. quæst. 557. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 25. n. fin. Mascard. de probat. dict. conclus. 1119.* ubi *n. 27.* expresè addit, tametsi caveatur statuto, ut relationi apparitoris plenè credatur, quòd tamen id locum habere non possit, quando pars altera contrarium probare contendit, quòd certè omni rationi, & æquitati convenit, cùm istud genus hominum sæpè mendacissimum sit. Ante paucos annos, cùm feripetæ insolentiùs invalescerent, Serenissimum decretum me frustra contradicente emanavit, ut hominibus rei venatoriæ præpositis, id est venatoribus, forestarijs, **den Jägeren / Forsteren / Uberreitteren /** & alijs ejusmodi fœcis hominibus, si quem assererent, in nemoribus, & forestis cum bombarda deprehendisse, plena fides habenda sit, ita ut contra talem tanquam feripetam processus institui debeat: Quis igitur non comprehendit, injustissimum fore, si talis pro feripeta delatus ab onere contrariæ probationis arceretur? Mihi ipsi contigit, ut unus ex subditis meis à venatoris famulo, **von einem Jäger-Jungen /** in præfectura Provinciali accusaretur, tanquam die dominica tempore matutino in jaculatione cervi deprehensus; Qui ad hujus ineptissimi imberbis socij nudam assertionem in carcerem missus, multis septimanis cum domesticæ rei dispendio sine refusione unius oboli detentus fuit, cùm tamen postmodùm luculenter probaverit, se illo ipso tempore, quo dicebatur, cervum jaculâsse, in templo sacrum, & concionem audivisse, nec tota die à domo sua unquam discessisse, oportet proinde in ejusmodi probationibus privilegiatis in nuda alicujus hominis præsumpta fidelitate consistentibus esse cautum, & nunquam concedi, ut veritas per contrariæ probationis exclusionem supprimatur.

7 Sunt tamen quidam casus, in quibus & judici, & apparitoribus, sive officialibus ejus justè resistitur. Primus est, quando processus, sententia, executio, & pro executione demandata pignoratio ipso jure nulla, vel injusta sunt. *l. prohibitum. Cod. de jure fisci.* Ubi dicitur, quòd nuntijs Principis (multò minùs nuntijs cujuslibet judicis) non credatur sine litteris, & ipsis volentibus aliorum bona capere, cuilibet, cujus interest, liceat, ipso facto resistere: Et hujus rei ratio est, ut egregiè dicit *Farin. loc. cit. quæst. 32. num. 89.* quòd judex, quamdiu sequitur veritatem, & justitiam, dicatur minister DEI, ut ei resisti non possit, sed, si facit injustitiam, non DEI, sed diaboli minister est, & consequenter, ut textus in dict: *l. prohibitum.* ait, universis, quorum interest, licet objicere manus his, qui ad capienda bona alicujus venerint, ut, etiamsi officiales, sive apparitores ausi fuerint, à tenore hujus legis desistere, ipsis privatis resistentibus à facienda injuria arceantur: Quod maximè locum habet, quando in tali pignoratione, & executione agitur de damno irreparabili. Idem *Farin. num. 39.* Ubi etiam de dubio damno irreparabili loquitur.

Secundus casus est, si judex processerit juris ordine non servato. Qui casus incidit in priorem, cùm hoc ipso sententia, & ejus executio nulla sit, & in-

& injusta, quam cùm ipse judex teneatur revocare, etiam parti licitum est, ejusdem executioni resistere, cùm melius sit, intacta jura servare, quàm post causam vulneratam remedium quærere.

Tertius casus est, quando officiales, & executores notoriè in execu- 8
tione excedunt: V. G. cùm pro centum florenis debitis, & judicatis exequantur mille florenos, vel præpostero ordine contra *Articulum 7. Tit. 11.* deß Summarischen Proceß / & *l. 5. Tit. 13.* der Gerichts-Ordnung / executionem incipiant à rebus, vel omninò non, vel solummodò ad extremum executioni subjectis, &c. textus est clarus in *l. contra nostra. 5. Cod. de execut. & exactor.* Ubi dicitur, quòd facienti exactionem contra modum resistere, & Provinciali, si probetur obnoxius executor, contra vetitum exactionem sibi vindicantis temeritatem legitimè repellere liceat. Vid: tamen *Farin. loc. cit. n. 104.* Ubi distinguit, an executor excedat officium, aut utrùm excedat tantùm in officio: Si excedat ipsum officium, id est, si aliquid faciat, quod est extra suum officium, habetur pro privato, & ei impunè resistitur: Si autem excessum faciat in suo officio, impunè quidem eidem non paretur, sed resistentia improbatur: quò Lectorem remittimus.

Quartus casus est, quando judex pignorationem demandat, qui juris- 9
dictionem in debitorem non habet, sed hoc ipsum incidit in primum, nam, cùm ejus jurisdictio sit nulla, etiam apparitoris potestas demandata nulla erit.

Quintus casus est, si judex pendente appellatione executionem, sive 10
pignorationem demandet: Ratio est, quia post appellationem interpositam judex remanet ut privatus, ideò ei impunè resistitur: Idem *Farin. loc. cit. n. 108.* Ubi in tantum extendit, ut resistentia etiam justè fiat, tametsi incertum sit, an appellatio valeat, nec ne, aut notorium non sit, quòd gravamen appellantis sit justum, quia hæc à cognitione judicis superioris dependent, non judicis à quo. Hoc tamen ita restringendum est, si supponamus, executionem fieri in causa civili, nam, cùm in causa criminali apud nos nulla appellatio admittatur, per se clarum est, quòd judici sententiam suam executioni mandanti resisti non possit. Idem *Farin. loc. cit. num. 114.*

Sextus casus est, quando judex quidem in eum, qui pignoratur, ju- 11
risdictionem habet, sed pignorationem extrajudicialiter tantùm sine causæ cognitione nullo ordine juris observato decernit, quia judex sic procedendo dicitur procedere ut privatus, cui proinde impunè resistitur. Idem *Farin. n. 116. & seqq.*

Nos tamen omnibus reis suademus, ut ad hoc miserabile beneficium 12
oppositionis, & resistentiæ non facilè deveniant, cùm in illo moderamen inculpatæ tutelæ tenere, valdè difficile sit, & à Doctoribus ponatur regula: Toties abstinendum esse à remedio privatæ resistentiæ contra judicis, & officialium injustam executionem, quoties alio modo præjudicio occurri, & obviari potest, scilicet viâ juris per appellationem, revisionem, inhibitorialium impetrationem, vel per aliam viam juris, quæ viâ facti securior est. Et quia apud nos justitia sine querela administratur, & omnia judicia subordinata benè constituta sunt, non facilè aliquem, qui apparitori ex mandato judicis pignoranti resistit, à pœna hujus articuli excusarem, nisi in unico hoc casu, quando judex à quo non attenta appellatione interposita contra inhibitionem superioris judicis ad pignorationem procedere vellet, tunc enim contra ejusmodi attentatum reus se viâ facti, & propria auctoritate justè opponit, dict: *Farin. loc. cit. n. 108.*

Sed quid si non ille, qui pignoratur, se opposuerit, sed alius tertius 13
fortè pignorati debitoris bonus amicus? Certè hic non minùs, quàm ipse

debitor se opponens pro qualitate circumstantiarum exemplariter puniendus est, &, si per suam resistentiam effecerit, ut creditor suo carere debuerit, tenetur etiam creditori, in cujus gratiam pignoratio facta fuit, ad solutionem totius debiti, acsi pro illo fidejussisset. *l. quotiens. 3. Cod. de exact. tribut.*

14 Denique ultimò debitor, qui pignoratur, debet etiam abstinere à convitijs, & injurijs, si enim quis ministros judiciales in officio suo verbalibus injurijs afficit, non tantùm actione injuriarum tenetur ipsis officialibus, & ministris injuriâ affectis, sed, quia talis convitiatio redundat etiam in ipsum judicem, vel magistratum, præter actionem civilem officiali competentem agi potest etiam criminaliter ob contemptum magistratûs, sive judicis, de quo vid: *Berlich. lib. 5. conclus. 66. per tot.*

15 Hoc tamen singulariter notandum est, quòd officialis depositio de injurijs, & convitijs sibi illatis nullam prorsùs probationem faciat, eò quòd ipsius propriam causam concernat, in qua nemo ullum gradum probationis, nec præsumptivè tantùm facere potest. Idem *Berlich. loc. cit. num. 18.* Quod maximè verum est in nuntijs judicum inferiorum, qui, ut supra diximus, vilissimi plerumque homines sunt, matutino tempore vino ardenti, & postmeridiano cerevisiâ sordidè repleti, qui immodestè se gerentes causant, ut patientiâ læsâ, à debitoribus subinde acerbiùs tractentur, & hinc nuntijs cameralibus in *Ordin. Camer. part. 1. Tit. 37. §. 9.* præcipitur, ut se modestè gerant, & duriùs accepti placidè necessitatem officij, & muneris sui prætexant, quo casu, si pignoratus tamen ad convitia, & injurias convolet, quæ probari possint, non solùm justam persecutionem actione jnjuriarum ab officiali patiuntur, sed etiam ob contemptum magistratûs pœnam criminalem justè merentur.

Der Achtzehendte Articul.

ZU besserer Erleutterung dises gantzen Tituls / vnnd viler anderer mehrer Articuln / ist zuvermercken / das viererley Pfand seyn. Nemblich gedingte Pfand / die ein Thail dem anderen selbst versetzt / vnnd verschreibt. Dann zum andern / Rechtliche Pfand / da die Recht selbs einem die Pfand Gerechtigkeit erthailen / als in stillschweigenden Pfanden. Drittens / die Pfand / die ein Obrigkeit / jemand zu Handhabung vnd Vollstreckung einer ergangnen Urthail / oder Abschieds / dem obsigenden Thail einantwortet ; Dann lestlich solche Pfand / die der Richter allein wegen deß Ungehorsambs / so ein Parthey im wehrenden Proceß übet / nemmen last / biß sie zu Gehorsamb gebracht würdet / davon im neündten Gesetz / dritten Tituls / der Gerichts-Ordnung. Derohalben dieweil die Articul / von den Pfanden geordnet / nit jederzeit von ainerley Pfand reden / ist auff disen Underschied wol acht zu geben / damit die Articul / vnd derselben Satzungen / nit vermischt / vnd also zu Nachthail der Partheyen / vnd Verwirrung deß Proceß gejrret werde.

SUMMARIA.

1. Quid sit pignus conventionale?

2. Quotuplex sit pignus conventionale, & quæ bona in obligationem generalem veniant, an etiam feudalia, &c.?

3. An pecunia credita, si adhuc extet, sub generali hypothecatione comprehendatur?

4. Qualis sit differentia inter pign⁹ judiciale, & prætorium?

5. Quan-

5. *Quando constituatur pignus prætoriũ, & an immissio ex primo decreto tribuat jus pignoris?*

6. *Quid sit pignus legale, quod datur in rebus invectis, & illatis, in steuris, tributis, &c.?*

OBservavit utique benevolus Lector, quòd in hoc titulo de diversis pignorum speciebus locuti fuerimus, maximè autem de pignore conventionali, & judiciali, quia hæc duo genera frequentissima sunt, cùm verò adhuc aliæ duæ species pignorum sint, id est legalium, & prætoriorum, articulus noster in fine hujus tituli ad omnem confusionem evitandam, etiam illorum mentionem facit, & jubet, ut ad eorum quoque differentiam observandam sollicita reflectio fiat. Nos hunc articulum paucis expediemus, cùm in sola cognitione singularum specierum consistat, reliqua autem ex benè cognita natura differentiarum facilè discerni possint.

Est igitur pignus conventionale, ut benè exsplicat *Mozz. de divis. pign. & hypoth. n. 5.* quod ex partium conventione provenit, & voluntarium dicitur. *l. 1. in princ. ff. de pign. act.* atque partium conventione, aut testamento constituitur. *l. non est mirum. 26. ff. eod.* Quod partium conventione fit, ex supra dictis indiget scripturæ, sive instrumenti erectione contra jus commune, quo constitutio pignoris solo consensu inter præsentes, vel etiam per nuntium, aut epistolam inter absentes fieri potest, *l. contrahitur. 4. l. creditor. 23. ff. de pignor.* Et hic contractus pignoratitius est bonæ fidei, utriusque tam debitoris, quàm creditoris gratiâ initus, §. *fin. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Ex quibus principijs in superioribus articulis plura deduximus: Vel constituitur traditione rei, quæ juxta superiùs dicta loco scripturæ, sive instrumenti est: Et hoc pignus, quod à pugno nomen habet, proprijssimè pignus est, ut dicit idem *Mozz. loc. cit. num. 1.* quia re ipsa pugno contrahitur, & per traditionem jus reale transfertur, licèt enim etiam per constitutionem hypothecæ jus aliquod reale nudo consensu per scripturam, vel legitimum instrumentum declarato transeat in creditorem, tamen id fit ex speciali juris dispositione, cùm aliàs jura realia non nisi per traditionem transferantur. 1

Constitutio pignoris conventionalis, quæ fit sine traditione rei in manus creditoris, est iterum duplex, vel specialis, vel generalis: Specialis est, quando debitor aliquod bonum mobile, vel immobile certum, & specificum, vel res specificas plures alteri pro pignore obligat. Generalis est, quando quis omnia bona sua præsentia, & futura in obligationem pignoratitiam deducit. Quin imò necesse non est, ut in instrumento pignoratitio expresse contineatur, omnia bona præsentia, & futura obligata fuisse: Nam, si simpliciter dicatur, quòd quis omnia bona sua obligaverit, hoc ipso intelliguntur obligata, quæ habet, & quæ habebit. *l. ult. Cod. quæ res pignor. oblig. poss.* Excipiuntur tamen in generali obligatione pignoratitia omnia bona prohibita alienari, ut sunt bona fidecommissaria, primogenituræ subjecta, feudalia (sive loquamur de feudis equestribus, sive bursaticis) emphyteuticaria, vitalitia, & similia, quoniam ex regulis constitutionum nostrarum Bavaricarum nec alienari, nec hypothecari, aut oppignorari possunt sine consensu domini, quod quoad bona emphyteutica, & feudalia *D. Balthasar. ad hunc tit. 15. resol. 3.* fortiter defendit, quamvìs nos in *semicent. nostr. 1. controv. 32. per tot.* ex pluribus rationibus contrarium defenderimus, quò benevolum Lectorem remittimus: De pluribus alijs rebus, quæ in obligationem generalem non veniunt: Vid: *Mozz. de pign. & hypoth. tract. de subdist. à n. 19.* usque ad *n. 33.* & *Neguzant. in secundo membro. part. 2. per longum.* 2

Unum hoc specialiter notandum addimus, tametsi nomina, & omnia jura debitoris cum parata pecunia, quæ apud eum reperitur, in generalem 3

hypothecationem, vel obligationem veniant, quòd tamen illa ipsa pecunia, pro qua creditori hypothecatio, sive oppignoratio generalis facta est, si adhuc in specie extet, sub hac hypotheca, sive oppignoratione non comprehendatur, ad quod est textus satis clarus in *l. cùm taberna. 34. §. creditor. 2. ff. de pign. & hypoth.* absurdissimum enim esset, si creditor pecuniam suam, quam alteri sub specie amicitiæ mutuavit, statim iterum sub prætextu constituti pignoris, vel hypothecæ generalis repetere vellet, supra tamen jam diximus, in constitutione hypothecæ generalis, cùm in illa traditio ad manus creditoris fieri non possit, quæ aliàs supplet instrumenti erectionem, juxta *Artic. 6.* Scripturâ, sive instrumenti erectione opus esse. Plura alia de differentia inter hypothecam specialem, & generalem in præcedentibus hujus tituli, & in processu edictali diximus, quæ hîc repetere, supervacaneum est: Aliqua tamen adhuc subsequentur.

4 Secunda species pignorum est judicialium. Dicitur autem pignus judiciale, quod à judice capitur, & parti traditur pro mantentione, & executione rei judicatæ: Et de hoc nobis hactenus semper sermo fuit; Licèt enim pignus judiciale sub termino generali pignoris prætorij etiam contineatur, magnum tamen inter utrumque pignus judiciale, & prætorium discrimen esse, sufficienter deduximus in *semicent. nostr. 1. controv. 18.* & paulò post ampliùs demonstrabitur: Præcipua autem natura pignoris judicialis est, ut pari passu ambulet cum pignore conventionali, ita ut, qui prior est tempore, potior sit jure, ut in sequenti titulo exsplicabitur.

5 Tertia species pignoris est, pignus prætorium, quod articulus noster ita describit, ut tunc constituatur prætorium pignus, quando judex solummodò ob contumaciam, & inobedientiam partis rem aliquam in hunc finem, & eò usque pignori capit, donec contumax ad obedientiam compellatur, & hoc propriè pignus est, quod capitur ex primo decreto immissionis, de quo agitur in *l. 8. & 9. Tit. 3.* der Gerichts-Ordnung / & nostra opinione in *contr. 17. cit. semicent. 1. n. 8.* luculenter exsplicatum est, quando ex primo decreto immissionis, quod fit contumaciæ, vel judicati causâ, oriatur jus reale pignoris, vel non: Quò Lectorem remittimus, cùm hæc materia valdè subtilis sit, & quæstio, an is, qui pignus ex primo decreto immissionis contumaciæ causâ impetravit, inter reliquos creditores hypothecarios jus prioritatis habeat, multa adhuc indagine, & distinctione indigeat, ut ex cit: *contr. 17.* apparet, quam hîc repetere nolumus.

Qui de his tribus speciebus pignorum, & earum differentia plura rescire cupit, videat glossam in *l. 1 ff. de pign. act.* Ubi pignoris conventionalis, & prætorij septem differentias enumerat, & *Nicol. Mozz. sub cap. de divis. pign. n. 9. & seqq.* Ubi cum Bartholo decem ordine recenset, inter pignus autem judiciale, & prætorium quatuor, quas etiam *D. Balthasar. ad hunc Artic. resol. 12.* diligenter examinat; Nos omittimus, quia pro homine experto nullum singularem usum videmus.

6 Ultima species pignorum est legalium, & dicuntur legalia, quia à lege conceduntur, vocantur etiam hypothecæ tacitæ, eò quòd ipso jure sine omni facto, aut opera hominis, pignoratitia obligatio rebus insit: Exempla habemus in rebus invectis, & illatis in domum conductam. *§. item Serviana. Inst. de obligationibus. l. certi juris. Cod. locati.* quæ tacitè domino domûs pro mercede obligatæ sunt. In eo, qui pecuniam mutuavit ad refectionem ædium, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac. contrah. l. procuratoris. §. planè. ff. de tribut.* In steuris, & tributis, aliisque prætensionibus fiscalibus, in dote, & similibus, de quibus ad longum diximus in *Processu Edictali, Tit. 2. per totum.* & quædam sequentur in proximo *Tit. 16.* In jure autem communi duo integri tituli habentur in *Cod. ac ffis. in quib. caus. pignor. tac. contrah.* de quibus omnibus tanta dicendi copia esset, ut integer

ger liber conſcribi poſſet, cùm tamen articulus noſter nullam aliam intentionem habuerit, quàm differentiam pignorum ad hunc ſolummodò finem ruditer annotandi, ne ex tot diverſis ſpeciebus confuſio oriatur, quam nos omni modo præcavere ſtuduimus, cùm in exſplicatione præcedentium articulorum diligenter ſemper monuerimus, an de pignore conventionali, vel prætorio, ſive judiciali ſermo ſit.

Pro pignoribus verò legalibus, ſive hypothecis tacitis eadem regula eſt, quæ eſt in hypothecis conventionalibus, ſpecialibus, & generalibus, ut ſemper jure potior ſit, qui eſt prior tempore, ſive poſtmodùm talia legalia pignora ſola ſint, vel cum conventionalibus conveniant, niſi quando ſimul privilegio prælationis munita ſunt, quæ omnia fusè exſplicavimus, in dem Gandt-Proceß / ad *Art. 2. per tot.* & mox aliqua addemus.

Deß XVI. Tituls

Wer zu aines Guet / oder Pfand / die beſſer Gerechtigkeit habe / oder der erſt Wehrer ſeyn ſoll.

Erſter Articul.

WEr ſein Haab vnd Guet einem andern vmb ein benanntliche Summa Gelts verpfändt vnd verſetzt hat / vnd ob daſſelb verpfändt Haab vnd Guet / beſſer iſt / vnnd ein Ubermaß ertragen kan / ſo mag der Herr deß Pfands / der es verſetzt hat / ſolche Beſſerung vnd Ubermaß / einem / oder mehr andern / doch dem erſten an ſeinem Rechtē vnd Vorgang ohne Schaden / wol verpfändten / daran jhne auch der erſt / dem er es verpfändt hat / alsdann nit hindern mag.

Wurde aber jemand ainich Special-Pfand / welches kein Ubermaß ertragen mag / mehr Perſohnen hierüber weiter verpfändten / ſoll ſolche nachfolgende Pfandung / nit allein dem erſten ohn Schaden / vnd Krafft-loß ſeyn / ſonder auch der Verpfänder darzu gehalten werden / demſelben dem ers nachfolgend verpfändt hat / ein ander / als gut vnd tauglich Pfand / zuzeſtellen / Thät er aber das nit / oder vermöcht es nit zuthuen / ſo ſoll er die Haubt-Schuld / ſambt allem Intereſſe, Koſten vnd Schaden / dem / welchem er nachfolgend die Verpfändung gethan hat / erſtatten vnd außrichten / daß jhm auch der Richter ohne Verzug verhelffen / vnnd den Verpfändter der Gebühr nach vmb Gelt / oder / wo Er ein Gelt-Straff nit vermöcht / oder die Sach ſo gefährlich vnnd bößlich gehandlet wäre / am Leib mit Gefängnuß / nach Gelegenheit ſeines Verbrechens / ſtraffen ſoll.

SUMMARIA.

1. *An liceat, eandem rem pluribus pignorare ſine crimine ſtellionatûs, ſi pignus quantitatem primi debiti excedat?*
2. *Quando committatur crimen ſtellionatûs?*
3. *Si quis ignoranter, & non ſcienter rem pluribus oppignoret, an non ignorantia excuſet à crimine ſtellionatûs?*

4. An

4. An secundo creditori, cui ignoranter res fuit oppignorata, non detur actio pignoratitia contraria, & ad quid?

5. Quæ sit pœna criminis stellionatûs in pignore de jure communi, & quomodo puniatur de jure statutario?

6. Oblato omnibus debito, & satisfactione facta ante litem contestatam, an causa criminis perimatur?

7. An secunda oppignoratio malitiosè facta maneat nulla, & inefficax, tametsi debitor primo creditori ex post facto satisfactionem præstiterit?

8. Utrùm pœna stellionatûs locū habeat solummodò in pignore speciali, vel etiam hypotheca generali?

9. Quid si debitor opes suas notoriè perspectas habeat, & nihilominùs contrahendo unum debitum post alterum, creditores malitiosè seducat, an absolutionem à pœna stellionatûs mereatur?

10. Utrùm primus creditor consentiens in secundam oppignorationem non solùm jus prioritatis, sed etiam totum jus pignoris amittat?

11. Quid si primus creditor in secundam pignoris constitutionem non consentiat, sed actui intersit, & non contradicit, an sibi præjudicet?

TOtus iste titulus principaliter agit de jure prioritatis inter creditores, de quo in *Processu Edictali ad Tit. 2.* ex instituto egimus, ut proinde in subsequentibus eò breviores esse possimus.

1 Primus verò articulus tantùm unam quæstionem examinat, an scilicet debitor, qui alicui rem suam hypothecavit, vel pignori dedit, possit eandem ex postfacto etiam alteri hypothecare, vel in pignus concedere: Et Respondetur cum distinctione, an scilicet res hypothecariè, vel pignoratitiè obligata quantitatem primi debiti excedat, vel non excedat? Si primum, debitori liberum est, ut superfluum ex pignore possit alteri in hypothecam, vel pignus licitè, & validè concedere: Licèt enim improbum, & criminosum esse dicatur, easdem res pluribus pignorare, dissimulando in posteriore obligatione, quòd eædem alijs pignori tenerentur, ut dicitur in *l. 1. Cod. de crim. stellion.* Ita ut talis debitor, qui rem eandem duobus obligavit, crimine stellionatûs puniatur, tamen hoc permissum est, ut, si res pro utriusque debiti satisfactione sufficiat, sine improbitate duobus obligari possit. *Boss. de crim. stellion. n. 5.* Imò tametsi duobus pro utriúsque debito non plenè sufficiat, sed quantitatem primi debiti tantùm in aliquo excedat, id superfluum, die Ubermaß / justè alteri obligatur: Ratio est, quia tunc tantùm crimen stellionatûs committitur, quando aliquis secundum creditorem dolosè ad mutuandum inducit, proponendo illi pro securitate rem jam alteri priùs ex integro obligatam: Si ergò supponamus, pignus prioris creditoris summam creditam excedere, jam hoc ipso secundus creditor, qui superfluum loco pignoris accipit, non decipitur, & proinde debitor nec crimen stellionatûs, nec ullam pœnam committit.

Dices, quòd creditor, tametsi rem decuplo plus valentem in pignus accipiat, jus individuum habeat in toto pignore, ut supra jam notabiliter asseruimus, ergò debitori licitum non fuit, rem alteri jam ex asse, & integro obligatam, tertio iterum in pignus concedere: Sed Respondetur, ex articulo nostro, quòd primo creditori per secundam obligationem nihil præjudicetur, neque secundo ulla fiat injuria: Primus enim, qui prior est tempore, est etiam potior jure, & potest totum pignus persequi, donec sibi plenariè satìs fiat: Econtra creditor secundus hoc privilegium habet, ut primo creditori solutionem faciendo pignus sibi soli acquirere possit, ut

2 in priori titulo clarè exsplicavimus: Optimè igitur articulus noster disponit, ut tunc tantùm debitor rem eandem pluribus obligans ex stellionatu puniendus sit, quando primam obligationem dissimulando secundum creditorem dolosè ad credendum inducit, notoriè sciens, rem pignoratam non

nisi

nisi primo creditori pro securitate crediti sufficientem esse: Imò, si res pignorata quidem primi debiti quantitatem excedat, debitor autem secundo creditori eandem non pro solo excessu, sed pro integro ejus valore dissimulata prima oppignoratione in pignus concedat, de stellionatu tenetur, mitiùs tamen puniendus, cùm secundum debitorem ex supposito non ex integro, sed pro parte tantùm induxerit, & circumvenerit.

Conveniunt hæc omnia cum jure comuni in *l. 1. Cod. de crim. stellion.* Ubi supponitur debitor, rem alicui obligatam alteri malitiosè quoque in pignus constituisse, dissimulando, ut inquit textus, in posteriore obligatione, quòd eædem res alteri quoque pignori teneantur, qui enim dissimulat actû, utique illum scire debet, cùm dissimulatio præsupponat scientiam, qui autem scienter rem unam duobus diverso tempore pignorat, malitiosè, & dolosè agit, & proinde in crimen stellionatûs incidit: Aliud est, si secundam oppignorationem fecisset ignoranter, tunc enim crimen stellionatûs cessaret, & solummodò actioni pignoratitiæ locus esset, ut mox sequetur.

Deinde convenienter articulo nostro oppignorationẽ ejusdem rei duobus, vel pluribus factam jura communia approbant, quando res illa pro duorum, aut plurium creditorum pecunijs creditis sufficiens est, textus est expressus in *l. si quis. 36. §. sed etsi. 1. ff. de pignor. act.* Sed etsi quis (inquit Ulpianus) rem alienam mihi pignori dederit, sciens, prudénsque, vel si quis alij obligatam mihi obligavit, nec me ex hoc certioraverit, eodem crimine stellionatûs plectetur, ubi mox exceptionem addit; Planè, si res ampla est, & ad modicum æris fuerit pignorata, dici debebit, cessare non solùm stellionatûs crimen, sed etiam pignoratitiam, & de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit. Ubi glossa dicit, qui obligat rem alienam, vel alteri obligatam, stellionatum committit, nisi res cuilibet creditori sufficiat pro utroque debito. Paucis verbis rem hanc pulchrè distinguit Juris-Consultus Paulus in *l. tutor. 6. §. contrariam. 1. ff. de pignor. act.* Vel enim debitor rem eandem duobus, vel pluribus 3
successivè oppignorat, quæ omnibus sufficiens non est? Et tunc distinguitur, an illud scienter fecerit, vel ignoranter. Si scienter, committit crimen stellionatûs. Si ignoranter fecit, crimini stellionatûs locus non est, cùm ignorantia à dolo, & delicto excuset, competit tamen posteriori creditori actio pignoratitia contraria ad se indemnem servandum, nisi res illa tam ampla sit, ut dicit textus in supra cit: *l. 36. §. 1. h. tit.* ut etiam posteriori creditori ex pignore satisfactio fieri possit: Tunc enim cessat etiam actio pignoratitia contraria, qui verissimus sensus est hujus articuli.

Si quæras, ad quid detur actio pignoratitia secundo creditori, cui 4
eadem res ignoranter oppignorata fuit? Respondemus ex articulo nostro, quòd detur ad compellendum debitorem, ut sibi aliud pignus æquè bonum, & idoneum substituat, vel, si id facere non possit, ut pecuniam creditam cum omni damno, & interesse refundat, & judex eidem sine mora justitiam administret.

Quæ autem pœna sit malitiosè rem pluribus oppignoranti, in articulo 5
nostro non exprimitur, & proinde arbitrio judicis censetur relictum. De jure communi pœna stellionatûs nulla legitima est, cùm non sit legitimum crimen, commensurari igitur debet secundùm circumstantias facti, ita tamen, uti DD. plerique volunt, dummodò pœna non egrediatur in plebeis opus metalli, in alijs verò, qui in honore aliquo positi sunt, relegationem temporalem, vel motionem ab ordine. *Perez. ad tit. Cod. de crim. stellion. n. 4.* Articulus noster pecuniariam pœnam decernit, vel, si debitor illam solvere non possit, aut secunda obligatio fuerit malitiosa, & periculosa, so die Sach sonsten gefährlich / vnd böslich gehandlet wäre / pœnam incarcerationis. Reformatio de Anno 1588. pœnam pecuniariam determi-

nat sexaginta trium pondo nummorum, *63.* Pfund Pfenning / quæ in homine plebejo satis dura pœna est, ut proinde judices in arbitrio suo non debeant esse nimiùm faciles, præsertim, cùm non pauci Doctores sint, qui huic crimini stellionatûs in pignoribus commisso etiam pœnam infamiæ irrogatam esse velint, de quo videatur *Anton. Faber. conject. 4. cap. 2. Zæsius. in Cod. ad hunc tit. quæst. un.* quod tamen alij contradicunt, & distinctionibus nostra opinione non satis probabilibus expediunt, cùm certè crimen stellionatûs esse non possit, nisi cum dolo, dolus autem semper infamet.

6 Hoc tamen certum, & in hoc crimine speciale est, quòd oblato omnibus debito, & solutione facta ante litem contestatam, causa criminis instituendi perimatur. *l. 1. Cod. de crim. stellion.* cùm ècontra raptori, & furi ad pœnam evitandam nihil prosit, ante judicium, & litem incohoatam rem ablatam restituere. *l. penult. ff. de vi bon. rapt.*

7 Et hæc est exsplicatio hujus articuli, circa quam tamen adhuc aliqua examinanda sunt: Primum est, cùm articulus dicat, quòd secunda oppignoratio malitiosè facta debeat esse nulla, & inefficax, an simpliciter talis permaneat, tametsi debitor primo creditori ex post facto satisfactionem præstiterit, quocunque tandem modo illa facta sit? Et putamus, probabile esse, extinctâ primâ obligatione alteram omninò subsistere, tametsi enim *l. 1. Cod. de crim. stellion.* requirat, ut oblato omnibus debito satisfactio facta fuerit, tamen ibi tantùm agitur de crimine stellionatûs perimendo, & nihil dicitur de annullando secundo oppignorationis actu, & contractu, nec verba articuli nostri annullationem in omnem casum extendunt, sed tantùm, ut posterior pignoris constitutio inefficax, & sine damno esse debeat quoad creditorem primum, ut proinde, si creditori primo solutionem, & satisfactionem factam esse præsupponamus, secunda pignoris constitutio non tantùm quoad creditores chyrographarios, prout *Dominus Rath. in contin. differ. assert. 82.* benè dicit, sed nostra opinione quoad posteriores etiam hypothecarios creditores valida, & efficax esse debeat: Ratio est evidens, quia articulus noster invalidationem quoad solum priorem creditorem hypothecarium, sive pignoratitium inducit, & non quoad alios posteriores, ergo ad illos invaliditas extendenda non est, præsertim, cùm de jure communi secunda pignoratitia obligatio etiam primam non annullet, adeò, ut

Diff. hac in parte annullatio hujus articuli aliqualem differentiam inter jus commune, & statutarium importet, quæ tamen multum utilitatis primo creditori afferre non potest, cùm aliàs ipsius pignoratitia obligatio tanquam tempore prior, fuerit etiam jure potior.

8 Alterum est, cùm articulus in secundo Vers: Wurde aber / expressè tantùm loquatur de speciali pignore pluribus constituto, quid ergo dicendum sit de pluribus constituto pignore generali, an talis debitor etiam crimen stellionatûs incurrat, & pœnâ carceris, vel pecuniariâ, juxta dispositionem articuli nostri arbitrio judicis plectendus sit? Hunc casum proponit *Ant. Gomez. var. resolut. tom. 3. cap. 7. n. 2.* Ubi regulam de debitore rem pluribus dolosè, & cum calliditate oppignorante pœnâ stellionatûs plectendo ita limitat, quando specialiter rem pluribus obligavit, vel hypothecavit: Secus verò, si generaliter, tunc enim non incidit in aliquod crimen, quia quodammodò esset tollere commercium: Et addit, tametsi *Angelus. ad dict. l. 1. Cod. de crim. stellion.* hoc confirmet, quòd tamen ipse salva ejus pace contrarium teneret, quia in hypotheca, vel alijs actibus, ex quibus quæritur, vel confertur jus, tantùm valet generica dispositio quoad genus, sicut particularis quoad speciem, imò, quòd generalis dispositio sit majoris potentiæ, quàm specialis, cùm extendatur etiam ad bona futura. Angeli opinionem sequitur *D. Rath. loc. cit. assert. 83. sub litt. B.* Ubi hanc rationem differentiæ inter hypothecam specialem, & generalem

lem affert, quòd in generali hypotheca non possit quis æquè certus esse de ejus insufficientia, quàm in speciali, cùm sæpè homines plus de facultatibus suis sperent, quàm in ijs est, & debitor à dolo, & malitia in generali hypotheca excusari possit, cùm in illam veniant quoque bona futura, de quibus ille in posteriori oppignoratione spem habuisse præsumi potest. *Art. 1. antiquæ Reformationis. Tit. 39.* de generali oppignoratione æquè intelligi posset, ac de speciali, quia tamen terminus, ainich Special-Pfand/ ad Consiliariorum monita in novis constitutionibus additus fuit, satis clarum est, quòd pœnam stellionatûs legislator ad oppignorationem generalem extendere noluerit, quam tanquam mitiorem opinionem in pœnalibus rectè amplectimur.

Unum tamen casum excipimus: Si debitor opes suas notoriè perspectas habeat, & nihilominùs unum debitum post alterum clandestinè, & inscijs creditoribus contrahat, generalésque hypothecarias, vel pignoratitias obligationes expediat, certè, quin talis crimen stellionatûs incurrat, nemo bonæ conscientiæ negare poterit, quamvis præteritis calamitosis temporibus viderimus, plurimos processus edictales fieri, in quibus obligationes generales hypothecariæ, & pignoratitiæ patrimonium subhastati sæpè binis, vel trinis vicibus exhauriebant, & tamen ejusmodi homines, tametsi luridè vixerint, habebantur pro viris honestis, ut nullum eorum crimine stellionatûs notari unquam viderimus. 9

Et hæc nostra opinio media est inter opinionem D. Rath, & D. Balthasar: Ille enim in hypothecis generalibus ex duplici capite propter incertitudinem, & futurorum bonorum sperantiam crimen stellionatûs omninò excludit: Iste cum Gomesio non minùs admittit, quàm in hypothecis specialibus: Nos distinguimus, an ille, qui plures generales hypothecas constituit, patrimonij sui vires cognitas habeat, vel non? Si cognitas habet, utique plus onerando debitis, posteriores creditores seducit, & in crimen stellionatûs incidit, nec ulla majori misericordia dignus est, quàm ille, qui rem specialem pluribus scienter obligavit, posterioribus creditoribus priorem obligationem dissimulando: At quando bona fide credidit, patrimonium suum omnibus creditoribus suis satisfaciendis idoneum esse, propter ignorantiam à crimine stellionatûs excusatur, & à creditoribus periclitantibus non nisi actio pignoratitia contraria contra ipsum institui potest: Et sic D. Rathij opinio, quæ fundatur in incertitudine quantitatis patrimonialis, rectè admitti potest. At quæ fundatur in spe futurorum bonorum, scilicet quando debitor exspectat, donec thesaurum inveniat, vel montes aurei sibi crescant, &c. vel similem inanem chymeram, spe sua devoret, atque desuper bonis avibus prodigè vivat, & unum debitum post alterum contrahat, miseros creditores pinguissimis obligationibus hypothecarijs generalibus decipiendo, cùm notoriè sciat, sibi in bonis tantundem non esse, quantum æris alieni contrahit: Is certè absolutionem à crimine stellionatûs non meretur. Interim, cùm D. Balthasar crimen stellionatûs eadem facilitate in oppignoratione generali admittat, sicut in speciali, non videtur convenire cum articulo nostro, qui in. Vers: Würde aber/ (ubi de pœna stellionatûs agitur) expresè solius specialis hypothecæ posterioris mentionem facit, quo satis innuitur, pluralitatem oppignorationum potiùs in specialibus hypothecis, quàm in generalibus locum habere. Opponit quidem D. Balthasar *in primo Vers: nost. Artic.* sermonem esse de generali hypotheca, quod pro argumento sumit, textum utriusque hypothecæ tam generalis, quàm specialis æqualem rationem habere: Sed iste non est sensus articuli genuinus, cùm in primo versiculo nihil aliud disponatur, quàm quòd debitor id, in quo pignus debitum excedit, alteri ulteriùs oppignorare non prohibeatur, qui excessus, cùm in generali hy-

potheca sæpiùs contingat, quàm in speciali, ideò in Vers: 1. exemplum de generali hypotheca positum est: In secundo autem Vers:, ubi de pœna agitur, mentio tantùm specialis hypothecæ fit, ad significandum, quòd in hypotheca generali non tam facilè stellionatus comitti possit, quàm in hypotheca speciali, eò quòd incertitudo patrimonij, & ignorantia debitoris facilè stellionatum excusare possint.

10 Tertium est, quid juris sit, quando debitor rem alicui oppignoratam secundo creditori cum consensu primi de novo oppignorat? Quidam putant, quòd primus creditor consentiens tantùm amittat jus prælationis, sive prioritatis, quod equidem sine difficultate, & dubio est, per textum in *l. si creditor, qui prior. 12. §. si tecum. 4. ff. qui pot. in pign.* Ubi Martianus Juris-Consultus inquit, si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit, ex quo clarè apparet, quòd primus hypothecarius creditor per suum consensum jus prioritatis, sive prælationis præ secundo creditore amiserit: Alia autem quæstio est, an per suum consensum etiam amiserit jus hypothecæ, ita, ut etiam reliquis hypothecarijs creditoribus, pro quorum favore non consensit, posterior, & inter nudos chyrographarios computandus sit? De quo articulus noster nihil disponit: Inter Doctores res anceps, & controversa est, potiores existimant, quòd primus creditor in secundam pignoris constitutionem consentiens non solùm jus prælationis, sed totum etiam jus pignoris amittat; Nos cum Martiano putamus, hanc quæstionem facti esse, &, si non appareat ex legitimis conjecturis, quòd primi creditoris intentio fuerit, totum pignus remittere, difficile esse, si res, in cujus secundam hypothecationem consensit, utrique creditori sufficiens sit, contra omnem fortè intentionem suam plectatur amissione totius pignoris. Articulus noster debitori facultatem concedit, ut creditore invito rem hypothecatam, si plus valeat, quàm ejus creditum sit, alteri quoque quoad excessum in hypothecam, vel pignus concedere possit: Cur igitur primo creditori non sit licitum, tametsi secundo quoad prioritatem cedere debeat, in excessu pignoris, in der Ubermaß / se indemnem servare? De hac quæstione fusè tractat *Hartm. Pistor. lib. 3. quæst. 16. per totum.* Quò Lectorem remittimus, *Berlich. lib. 1. conclus. 66. à n. 67. usque ad n. 78.* adhuc duriorem casum ponit, scilicet de debitore, qui se non tantùm duobus, sed pluribus obligavit. V. G. Personis quatuor, vel quinque: Primus creditor consensit in hypothecationem tertiæ personæ factam, sed non in hypothecationem, quæ facta est secundæ, quartæ, & quintæ: Quæritur, an solùm tertio creditori postponatur, vel etiam alijs personis, quarum hypothecationi non consensit? Ubi post longam disputationem tandem concludit, quæstionem facti esse, & videndum, an evidenter appareat, quid inter debitorem, & primum creditorem consentientem actum fuerit, vel non appareat? Si primum, quod placuit inter ipsos, servandum, & tenendum est, si posterius, tunc in dubio actum videtur, non ut ab hypotheca in totum discedatur, sed ut inter eos ordo servetur, & tertius creditor primo quidem potior sit, ita tamen, ut secundi creditoris intermedij causa, cui eadem res, sed non cum consensu primi creditoris, est obligata, per hanc remissionem, & renunciationem melior efficiatur, & sic primus creditor ambobus, non autem reliquis in ordine sequentibus creditoribus postponatur, ubi casum per exempla pulchrè dilucidat, cui certè assentimur, hoc solum addentes, si quæstio de remissione totius pignoris facti sit, quòd mallemus præsumere, intentionem primi creditoris consentientis fuisse in excessu pignoris jus suum reservare, quàm ex asse perdere, cùm aliàs donatio, & remissio juris non præsumatur. Videat: *Balthasarus. ad hunc Titulum. resol. 1. num. 12.*

Sed quidsi pro quarto, creditor primus in posteriorem hypothecationem non consensit, sed actui constituti pignoris interfuit, & non contradixit? Et ex supra dictis Respondemus, quòd sibi non præjudicaverit, quia potuit existimare, jus suum prioritatis, & prælationis sibi semper in salvo esse, textus est in *l. sicut.* §. *non videtur. 15. ff. quib. mod. pign. solv.* Ubi textus inquit: Non videtur autem creditor concessisse, si sciente eo debitor rem vendiderit, cùm ideò passus sit venire, quòd sciebat, ubique sibi pignus durare: Si igitur primus creditor sibi non præjudicat, si sciverit, debitorem rem sibi oppignoratam vendere, multò minùs præjudicavit, si sciverit, rem alteri etiam fuisse obligatam, maximè, si res oppignorata excesserit creditum suum, cùm in illo casu ulteriorem oppignorationem impedire non potuisset, juxta expressum sensum articuli nostri. Requiritur igitur ad jus pignoris, vel prioritatis amittendum, ut primus creditor expressè consenserit; *Petr. Surd. decis. 302.* ubi *num. 8.* ita in Senatu Mantuano judicatum esse refert, quamvis, ut verum fateamur, textus in *l. sicut. 8.* §. *non videtur. 15. ff. quib. mod. pign. solv.* non multum ad rem faciat, cùm ibi de alienatione agatur, & non de oppignoratione: Pignus enim à debitore tanquam domino rei alienari potest, etiam invito creditore, non est igitur mirum, quòd per scientiam alienationis creditor sibi non præjudicet, cùm illam impedire non possit: At in pignore res aliter se habet, cùm primus creditor ulteriorem oppignorationem impedire possit, & debitor illam invito creditore faciens, nullitatem, & crimen stellionatûs committat: Et hæc est causa, quòd dixerimus, primum creditorem in pignore, quod alteri quoque obligatur, tacendo, & non contradicendo, tunc maximè sibi non præjudicare, quando pignoris pretium quantitatem debiti excedit, cùm in eo casu pignoris ulterior obligatio prohibita non sit. Interim tamen non negamus, probabilem sententiam esse, quòd taciturnitas hæc etiam tunc nihil obsit, quando res oppignorata debitum primi creditoris ne hilo excedit: Ratio est, quia amissio juris sui res est gravis præjudicij, ubi autem consensus requiritur in re gravis præjudicij, ibi taciturnitas pro consensu non habetur, sed expresso consensu opus est, ut pluribus deducit idem Surdus, & contrarijs respondet. 11

Der Ander Articul.

DErgleichen / wo jemand ein frembde Haab / oder Guet / die nicht sein ist / verpfändtet / so soll alsdann derselb auch darzue vermögt werden / von seiner Haab / oder Guet / ein ander / als guet vnd tauglich Pfand / dem er die Verpfändtung gethan hat / zuezestellen; Wo er aber das nit thät / oder zethuen nit vermöcht / so soll es ferrer gegen jhme mit Bezahlung / vnnd Erstattung Unkosten vnd Schadens / auch der Straff halb / da solche Verpfändtung wissentlich beschehen / wie im Beschluß nechst vorgeschribenen Articuls gesetzt ist / gehalten werden.

SUMMARIA.

1. *An res prorsùs aliena in pignus constitui possit?*
2. *An non debitor rem alienam oppignorans teneatur actione personali, sive pignoratitiâ contrariâ ad substituendum aliud pignus?*
3. *Quid si debitor rem alienam in manibus suis habeat, alteri verò hypothecariè obliget, an creditori adversùs eum actio hypothecaria competat?*

4. An non saltem creditori detur actio pignoratitia contraria, sive sciverit, sive ignoraverit, rem hypothecatam fuisse alienam?

5. An creditor non habeat jus retentionis adversùs debitorem repetentem rem alienam pignori datam?

6. In quibus casibus oppignoratio rei alienæ subsistat, & quid si dominus consentiat, vel oppignorationem ratihabeat?

7. Quid si res oppignoretur sciente, & dissimulante domino?

8. Quid si oppignoratio fiat sub conditione, quando mea futura sit?

9. An valeat obligatio rei alienæ, quæ alteri debita est, vel in qua jus habet, ut emphyteusi, feudo, &c.

10. Quando res aliena tertio oppignorata titulo hæreditatis, vel alio ad oppignorantem deveniat, an pignus, quod antè non valuit, posteà convalescat?

11. Si res aliena debitoris effecta fuerit, quæ creditori scienti fuit hypothecata, an non creditori competat actio utilis hypothecaria ad persecutionem rei?

12. An hæc utilis actio non detur contra dominum, si factus est hæres debitoris, qui rem alienam pignori dedit?

IN primo articulo, ut præmisimus, hæc unica quæstio fuit, an res alicui hypothecata, vel oppignorata etiam alteri in pignus, vel hypothecam dari possit? Nunc altera quæstio proponitur: An res prorsùs aliena in pignus constitui possit? Ratio dubitandi est, quia res aliena vendi potest, ergo videtur etiam oppignorari posse, cùm plus sit vendere, & alienare, quàm oppignorare: Deinde, qui rem alienam defacto pignori dedit, tenetur actione pignoratitia. *l. si rem. 9. in princ. ff. de pign. act.* ergò præsupponit textus, oppignorationem valere, ex contractu enim nullo, invalido, & lege prohibito non videtur nasci posse obligatio, & actio personalis. Sed hac in parte distinguendum est inter dominum rei alienæ oppignoratæ, & inter debitorem oppignorantem. Oppignoratio rei alienæ inscio, & invito domino propterea inutilis est, quia per oppignorationem jus reale transfertur: Atqui domino inscio, & invito jus reale transferri non potest, *tot. tit. Cod. si res alien. pign. data sit. l. qui filios. Cod. quæ res pignori, &c.* Ergò, &c. Et hoc in tantum verum est secundùm *l. si debitor. 2. ff. de pign. act.* tametsi res illa priùs fuerit illius, cui à non domino in pignus constituitur: V. G. obligavi tibi rem pro centum florenis, eandem rem postmodùm tibi vendidi: Deinde ab alio creditore accepi centum, & tibi solvi, & pignus, quod tibi vendideram, secundo creditori obligavi. Quæritur, an hæc obligatio valeat? Et respondet Pomponius Juris-Consultus, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori accepisti. Ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere cœpisse, neque ad rem pertinuisse, quòd tuâ pecuniâ pignus sit liberatum: Ratio est, quòd non teneat obligatio, quia in effectu res aliena pignori data est, nulla autem rei alienæ pignoratio in præjudicium domini valeat. Quod attinet ad debitorem rem alienam oppignorantem, is obligatur actione personali, ita ut contractus pignoris subsistat quoad personam debitoris efficaciter per verbum promissivum, ut benè dicit *Mozz. loc. cit. n. 2.* Non autem subsistat verbo effectivo, per rationem, quòd sine voluntate domini jus in re constitui non possit. Et hinc facilis est Responsio ad rationes dubitandi in contrarium allatas, quia in venditione rei alienæ solùm obligatur persona pro evictione ad possessionem (ut Mozzius dicit asininam) tradendam: In pignore verò constituitur jus in re, quod dominij potestatem præsupponit. Ex quo sequitur communissima illa doctrina, quòd res aliena vendita præscribi possit, cùm omnia requisita ad præscriptionem necessaria adsint: In oppignoratione verò rei alienæ præscriptio deficiat, quia deficit titulus.

Si

Si dicas, hunc titulum quoque inutilem esse ad effectum, ut ex re aliena pignori data actio adversùs debitorem competat, quia, cùm contractus, ut præsupponimus, pignoratitius nullus sit, etiam exinde nulla actio oriri potest. Sed pulchrè respondet *D. Rath. loc. cit. ass. 84.* Ubi dicit, necesse non esse, rem ita dari pignori, ut sit verè pignori, sive, ut in ea pignus jure consistat, sed sufficere, rem datam esse pignoris causâ. Verbo dicimus, competere creditori adversùs debitorem actionem pignoratitiam contrariam, ad id, quod suâ interest, à debitore malitiosè fuisse inductum, & ita intelligendus est textus in *l. si rem alienam. 9. §. is quoque. 5. ff. de pignor. act.* Ratio fundatur in reciproco contrahentium sinalagmate: Debitor enim, qui rem alienam alicui pignori dedit, habet adversùs creditorem actionem pignoratitiam directam, tametsi non probet, se rei oppignoratæ dominum esse, ergò etiam creditor habet actionem pignoratitiam contrariam, tametsi constet, rem oppignoratam esse alienam, quia utriusque contrahentium intentio fuit, se invicem obligare, & licèt ex alio capite obligatio quoad ipsam rem sit inutilis, efficax tamen est quoad illud, quod unius, vel alterius partis damnificatæ interest.

Et hoc, quod modò diximus de actione pignoratitia contraria creditori competente, cui res aliena oppignorata est, habet etiam locum in jure nostro statutario: Dum enim articulus disponit, quòd debitor rem alienam oppignorans compelli debeat ad rem propriam ejusdem valoris, & bonitatis pro alieno pignore substituendam, hoc ipso supponit, creditori ad hoc consequendum actionem superesse, quæ alia non est, quàm modò dicta actio pignoratitia contraria, ut benè advertit *Dom. Rath. loc. cit. assert. 84.* 3

Quid si autem debitor rem alienam, quam alteri hypothecariè obligavit, in suis manibus habeat, anné creditori adversùs debitorem actio hypothecaria competat? Et Nicol: Mozzius distinguit, an creditor tempore hypothecationis sciverit, rem fuisse alienam, vel nesciverit? Si nescivit, putat Mozzius, actioni hypothecariæ locum esse, propterea, quòd, licèt per hypothecationem jus reale sine consensu domini, ut jam priùs diximus, oriri non possit. Hoc tamen tantùm intelligendum sit quoad ipsum dominũ, cui debitor per hypothecationem præjudicare non potuit, quoad ipsum debitorem verò teneat actio hypothecaria, si res in ipsius manibus existat: Idem approbat *Anton. Perez. ad tit. Cod. si aliena res pign. data sit. num. 4.* Ubi dicit, quantum ad hypothecariam obligationem attinet, distinguendum est inter creditorem, qui rem alienam sciens sibi hypothecari passus est, & eum, qui ignorabat: Si enim scivit, vera est sententia, quòd denegetur ei actio, quia sibi imputet, quòd rem alienam pignori acceperit: At si ignoravit, ei actio hypothecaria datur adversùs debitorem, vel posteriorem creditorem, vel alium possessorem non dominum, quia in re aliena creditor plus juris habet, quàm debitor, qui alienationem malitiosè fecit, vel alius creditor, aut possessor, ubi citat *l. 9. §. penult. l. 22. §. 2. & l. 32. ff. de pignor. act.* quæ tamen non de hypothecaria, sed actione personali pignoratitia loqui videntur. Quare autem creditor sciens hypothecariâ agere non possit cum effectu, aliam & subtiliorem rationem dat *Mozz. loc. cit.* dicens, si creditor scivit, rem hypothecatam alienam esse, & postmodùm actione hypothecaria contra debitorem experiatur, quòd debitor rectè possit refricare quæstionem dominij, dicendo, hypothecationem nullam esse, eò quòd non fuerit rei hypothecatæ dominus, quam exceptionem creditor replicatione doli repellere non potest, quia ipse quoque in dolo fuit, si rem alienam hypothecari prohibitam scienter in hypothecam acceperit. *l. cùm donationis. 34. Cod. de transact. l. 1. §. usque adeò. ff. de injurijs.* Sed, cùm articulus noster simpliciter statuat, debitorem compellen- 4

dum

dum eſſe, ut rem propriam æqualis valoris, & bonitatis pro pignore, ſive hypotheca ſubſtituat, videtur nudam actionem pignoratitiam contrariam admittere, utpote perſonalem, cùm reverà debitor malitioſus jus in re aliena, ſive ſciente, ſive ignorante creditore conſtituere non potuerit, uſque adeò, ut contrarium faciens incidat in crimen ſtellionatûs, juxta verba articuli, So ſoll es der Straff halber gegen den gehalten werden / wie im Beſchluß deß negſt-geſchribenen Titul geſetzt iſt / quæ eſt pœna ſtellionatûs, prout id etiam de jure communi locum habet. *l. tutor. §. 1. ff. de pign. act. & l. 1. §. ſi quis. eod.* Et hujus opinionis videntur eſſe D. Rath, & D. Balthaſar, qui creditori tantùm actionem perſonalem pignoratitiam admittunt, de hypothecaria autem nihil dicunt, dubio procul, quia actionis hypothecariæ natura eſt, ut perſequatur rem hypothecâ affectam, articulus autem noſter ejus perſecutionem nullibi approbet, ſed ſolùm alterius pignoris ſubſtitutionem, quæ actione perſonali pignoratitia, ex capite, quanti meâ intereſt, peti debet.

5 Hoc tamen verum eſt, quòd, ſi creditor, ſive ſciens, ſive ignorans alienam rem pignori acceperit, contra debitorem rem repetentem jus retentionis habeat. De ignorante propterea nullum dubium eſt, quia prædicti Doctores eidem concedunt actionem, ergò multò magìs concedere debent retentionem: De ſciente verò textus eſt in *l. ſi non. 14. ff. qui pot. in pign.* Ratio eſt, quia debitor improbè faceret, ſi ex ſuo mendacio ſe juvare vellet, ut inquit *Perez. ibidem.*

6 Sunt tamen ſatìs multi caſus, in quibus etiam obligatio rei alienæ ſubſiſtit. 1. Si facta fuerit domino conſentiente, vel oppignorationem ratam habente. *l. aliena res in princ. ff. de pignor. act. Mozz. loc. cit. n. 8.* Ex quo infert, ſi dominus rei, qui habet electionem, an pro re ſua alteri oppignorata velit adversùs creditorem poſſidentem rei vindicatione agere, vel debitorem convenire, ut rem ſuam ſibi reſtituat, actionem contra debitorem elegerit, & inſtituerit, quòd hypothecationem tacitè approbaverit, niſi agendo contra debitorem proteſtatus fuerit, quòd nihilominùs contra creditorem actionem rei vindicatoriam ſibi ſalvam eſſe velit. Addit Dom. Balthaſar, quòd pignus ratihabitione domini confirmatum firmitatem ſuam accipiat non à tempore ratihabitionis, ſed à tempore factæ oppignorationis, ſive celebrati contractus, quod tu benevole Lector non aliter intelligas, quàm, ut pleniùs exſplicavimus ad *Artic. 6. Tit. præced. Verſ. inſtabis:* Aliàs in manifeſtum errorem incides, quòd ipſe *D. Balthaſar. n. 9. ſub Verſ. quod autem ex parte.* agnoſcit, dum optimè dicit, ratihabitionem domini ſubſecutam nocere non poſſe alteri creditori, qui intermedio tempore ab ipſo domino oppignorationem accepit, nam hoc ſecundùm dicta in *Verſ. inſtabis. Art. 6. prior. Tit.* diſtinctionem admittit, an oppignoratio ratihabita, vel intermedio tempore ab ipſo domino facta, fuerit inſtrumento, vel actuali traditione pignoris roborata? V. G. Alius rem meam tanquam alienam oppignoravit Titio, poſtmodùm ego dominus oppignoravi Sempronio, & denique etiam oppignorationem Titij ratihabui. Si igitur præſupponas, nec Titio, nec Sempronio ſuper iſta oppignoratione inſtrumentum fuiſſe erectum, vel rem legitimè traditam, nulla erit utraque oppignoratio, & ille prior efficietur in pignore, qui per inſtrumenti erectionem, vel traditionem legitimè factam jus reale pignoris acquirit. 2. Si res aliena op-
7 pignoretur domino ſciente, & diſſimulante, ut creditor in fraudem, & periculum inducatur: Tunc enim res manet efficaciter obligata, cùm domino fraudulenta ſua diſſimulatio non debeat patrocinari. *l. ſi probaveris. 2. Cod. ſi alien. res pign. data ſit.* 3. Oppignoratio conditionalis utique lici-
8 ta eſt, ſi itaque tibi rem alienam obligavero, ſi mea futura ſit, conditione exiſtente reviviſcit oppignoratio, adde ſemper, ſi ante, vel poſt exi-

ſten-

ſcientiam conditionis jus pignoris, vel per instrumenti erectionem, vel per rei traditionem fuerit corroboratum. Quid ſi autem pendente conditione prior dominus alteri per inſtrumentum jus hypothecæ legitimè conſtituerit? Certè conditionata poſterioris domini oppignoratio, juxta *Art. 6. prior. Tit.* tam parùm retrotrahi poteſt, quàm parùm ratihabitio, cùm actus retrotrahitionis ſemper præſupponat, actum eo tempore potuiſſe valere, ad quod retrotractio intenditur. 4. Obligatio rei alienæ fieri poteſt, ſi alteri ſit debita ex quocunque tandem capite, textus eſt clarus in *l. 1. ff. de pignor.* 9
Ratio eſt, quia cenſetur pignus datum in caſum, quo res debita ad oppignorantem devenerit. 5. Sic ſimiliter quilibet jus, quod in re aliena habet, ſi non ſit oppignorari prohibitum, ut in emphyteuſi, feudo, fideicommiſſo, & ſimilibus clarum eſt, alteri in pignus dare poteſt. *l. ſi ab eo. ff. de pignor.* Ratio eſt, quia in effectu non oppignorat rem alienam, ſed jus, quod habet, tanquam rem propriam.

Totam hanc rem gloſſa in *l. 1. ff. de pignor.* in pulchrum compendium reducit, dicendo, ſi quis obligat rem ſuam, tenet obligatio, ſi autem obligat rem alienam, non tenet obligatio: Si illi res eſt debita, tenet obligatio, ſi verò non eſt debita, ſed habet jus in re, ſimiliter tenet obligatio, quoad jus illud. Si autem res non ſit ſua, nec habeat jus in ea, ſed obligat eam, cùm ſua erit, tenet obligatio. Si obligat ſimpliciter rem alienā, vel obligat ſcienti, & non datur actio, ſi autem obligat ignoranti, tunc dabitur utilis actio, intellige, ut exſplicavimus, perſonalis pignoratitia, vel de jure communi etiam hypothecaria ſuo modo.

Quid autem dicendum, ſi res aliena tertio oppignorata per hæreditatem, legatum, vel alium juſtum titulum ad ipſum oppignorantem deveniat? Et ad hoc Reſpondet idem *Perez. loc. cit. n. 7.* quòd hoc caſu pignus, quod ante non valuit, ex poſt facto, non quidem ipſo jure, ſed ex æquo, & bono convaleſcat. *l. cùm res. 5. Cod. ſi alien. res pign. data ſit.* Ubi Imperatores ajunt: Cùm res, quæ necdum in bonis debitoris eſt, pignori data ab eo, poſteà in bonis ejus eſſe incipiat, ordinariam quidem actionem ſuper pignore non competere, manifeſtum eſt, ſed tamen æquitatem facere, ut facilè utilis perſecutio exemplo pignoratitiæ detur. Habet igitur creditor actionem, ſed non ſtricto jure, propter regulam, quâ dicitur, quòd vitioſum ab initio, tractu temporis convaleſcere non poſſit, habet tamen actionem ex æquitate, non hypothecariam, aut pignoratitiam veram, ſed tantùm utilem, eò quòd verum ſit, debitorem nunc ejus rei, quam ab initio inutiliter oppignoravit, eſſe dominum, & negotium in eum ſtatum deveniſſe, à quo incipere potuiſſet: Certè, ſi creditor ſit in poſſeſſione rei quondam alienæ hypothecatæ, contra debitorem, hoc maximè caſu, quo dominus effectus eſt, jus retentionis habet, ſive ſciens, ſive ignorans prædictam rem alienam in pignus acceperit. 10

Quæres, cùm ſupra dixerimus, creditorem, qui ſcienter rem alienam ſibi pignori dari paſſus eſt, hypothecariam actionem contra debitorem non habere, tametſi debitor rem illam poſſideat, an ſaltem habiturus ſit utilem actionem hypothecariam, ſive utilem perſecutionem rei, prout loquuntur *Impp. in dict. l. cùm res. 5. Cod. ſi aliena res pign. data ejus propria effecta ſit?* Et Reſpondet *D. Balthaſar. reſol. 2. ad hunc Tit. n. 15.* Negativè. Cui videtur patrocinari *Papinianus. in l. 1. ff. de pign. & hypoth.* Ubi dicit, in ſpecie autem alienæ rei collata conventione, ſi non fuerit ei, qui pignus dabat, debita, poſteà debitori dominio quæſito, difficiliùs creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, quem ſenſum gloſſa ita exprimit, quòd obligatio certæ rei non contrahatur etiam in illa re poſteà debitoris effecta, ſi creditor ſciens fuerit; Sed planè hoc textus non dicit, quòd creditor ſcienter rem alienam pignori accipiens utilem actionem hypothe- 11

cariam non habeat, si debitor illius dominus effectus fuerit, sed tantùm id dicit, quòd creditori utilis actio difficiliùs detur ad rem persequendam, quàm, si in possessione sit, retentio ad illam conservandam. Rectiùs igitur alij sentiunt, quòd etiam creditori scienti utilis actio ad persecutionem rei contra debitorem detur, si res sit in ejus dominio, & manibus, vel contra possessorem, in quem debitor rem post dominij acquisitionem transtulit. Contra debitorem ideò, quia, si hac defensione uti velit, quòd tempore obligationis non fuerit dominus, venit contra factum suum, & doli mali replicatio ipsi obstabit, textus est expressus in *l. si inter. 21. §. 1. ff. de pign. & hypoth.* Convincitur enim de suo mendacio, quia rem non pro aliena, sed pro sua oppignoravit. *l. rem alienam. 41. ff. de pign. act.* Ubi dicitur, quòd is, qui de convento pignore ex suo mendacio arguitur, improbè resistat, quò minùs adversùs ipsum utilis actio moveatur. Contra eum verò, qui à debitore domino effecto causam habet, ideò utilis actio conceditur, quia debet auctoris sui jure niti. *l. 54. ff. de R. J.* Non autem datur hæc utilis actio contra alios possessores à debitore causam non habentes, quia in illis prædictæ rationes cessant, & proinde agenti creditori rectè objicitur, rem non fuisse tempore obligationis in bonis debitoris, ita pulchrè, & subtiliter hanc quæstionem resolvit *Ant. Perez. ad dict. tit. Cod. si aliena res pignori data sit. n. 9.* Ubi plures alios citat, qui verbum, *difficiliùs*, in dict: *l. 1. ff. de pign.* ita exsplicant.

12 Quid si autem ponamus casum conversum, si nimirum dominus rei obligatæ succedat debitori, qui rem ejus tanquam alienam pignori dedit, annè creditori contra dominum rei oppignoratæ, nunc hæredem, hypothecaria saltem utilis concedatur? Doctores in hac quæstione multùm inter se dissident, quia *l. si Titio. 25. ff. de pignor. & l. rem alienam. 41.* è diametro sibi contravenire videntur, præcipuis auctoribus ingenuè fatentibus, hac in parte manifestam juris antinomiam inveniri; Nobis simplicitas placet, quòd hæres teneatur præstare factum defuncti, & ratum facere, quod pepigit, ut dicit *Zœsius. ad tit. Cod. si res alien. pign. data sit. quæst. 3.* Ex articulo decisio facilis est, tametsi enim dicas, utilem actionem hypothecariam non dari contra dominum rei, qui debitoris rem alienam oppignorantis hæres effectus est, tamen tenetur actione pignoratitia contraria, ad aliam rem æqualis valoris, & bonitatis substituendam: Ratio est, quia ex tenore articuli nostri ipse debitor rem alienam oppignorans ad hoc obligatus est, ergo etiam hæres ejus obligatus erit, quicunque tandem ille fuerit, sive dominus rei oppignoratæ, sive alius tertius extraneus.

Der Dritte Articul.

Daß zween / oder mehr auff ein Pfand klagten / so soll ein jeder benennen / zu was Zeit jhme solches Pfand gesetzt seye / Und welcher alsdann mit Brieffen vnnd Insigeln beybringet / daß es jhm zum ersten versetzt ist / der soll auch von dem Pfand deß ersten gewehrt werden. Zu gleicher Weiß soll es gehalten werden mit den andern. Hätte aber einer nur das Pfand in seinem Gewalt / vnnd deßhalben keine Brieff vnnd Sigel / der mag mit Zeugen / wie recht ist / wol weisen / zu was Zeit jhme das Pfand gesetzt seye / sintemahl die würckliche Einantwortung deß Pfands / an statt Brieff vnd Sigel ist.

SUM-

SUMMARIA.

1. *An regula, quòd prior tempore potior sit jure, comprehendat hypothecas diversæ speciei, E. G. tacitam, & expressam, pignus conventionale, & judiciale, &c.?*
2. *An etiam generalis hypothecarius anterior præferatur speciali?*
3. *Quid si generalis hypothecarius ab eodem debitore habeat hypothecam specialem, an non priùs debeat excutere speciale, antequàm admittatur ad persequendam generalem?*
4. *An prioritas antiquioris hypothecæ generalis extendatur etiam ad bona à debitore specialiter obligata, sed primùm de novo acquisita?*
5. *Utrùm etiam in hypotheca pura, & hypotheca in diem, vel sub conditione prioritas locum habeat?*
6. *Quid si autem prior contractus in diem, vel sub conditione initus non fuerit perfectus?*
7. *Qui antiquiorem hypothecam habet, an etiam præferatur illi, qui eandem rem posteà in pignus accepit?*
8. *Si non constet, quis antiquior sit, ille, qui habet hypothecam, vel qui accepit pignus, quisnam sit præferendus?*
9. *Si inter duos hypothecarios unus immissionem ex causa judicati, & sic apprehensionem, sive possessionem impetravit, an non sit prior altero?*
10. *Quando duo creditores unius diei concurrunt, an præferatur, qui causam privilegiatam habet, vel an in tributum veniant?*
11. *Quando in tributum vocantur, quæ proportio sit servanda, arithmetica, vel geomethrica?*
12. *An in probanda prioritate etiam unius horæ, & momenti ratio habenda sit?*
13. *Quid si in uno instrumento duobus, vel pluribus creditoribus eadem res diversis temporibus fuerit obligata?*
14. *An inter plures creditores in eodem instrumento contentos non præferatur ille, qui in honestiori, & primo loco positus est?*
15. *Si duo creditores instrumenta pignoratitia super eadem re habeant, & in uno sola dies, in altero verò dies, & hora sit denominata, quis ex illis erit potior?*

POnitur in hoc articulo communissima Regula illa generalis in materia pignorum de jure communi recepta; Quòd prior tempore, sit etiam potior jure, *l. qui generaliter. 2. l. si pignus. 8. l. si & jure judicatum. 10. l. potior. 11. l. creditor. 12. ff. qui pot. in pign. & alijs pluribus locis.* Quamvìs itaque de creditorum prioritate, & præferentia ad totum *Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / plurima dixerimus, tamen ad hunc articulum aliqua adhuc dicenda, & annotanda supersunt, quæ generalitatem hujus regulæ explicant, vel etiam in quibusdam mitigant: Quod proinde per aliquas quæstiunculas compendiosè faciemus, abstrahendo ab ijs creditoribus, qui ratione causæ, vel personæ cœteris magìs privilegiati sunt: De quibus specialiter agit dict: *Tit. 2.* deß Gandt-Proceß.

Quæritur ergò primò, an hæc Regula, quòd prior tempore sit potior 1
jure, comprehendat omnes hypothecas etiam diversæ speciei? Et Respondemus 1. Quòd hac in parte nulla differentia sit inter hypothecam expressam, & tacitam, quæ enim ex illis antiquior est, regulariter etiam jure potior erit. Gandt-Proceß / *Tit. 2. Art. 22. Berlich. l. 1. conclus. 66. n. 2. Mozz. sub tit. de natural. pign. num. 22.* Licèt enim tacita hypotheca constituatur à lege, expressa verò ab homine, tamen legalis majorem efficaciam non habet, quàm provisionalis ab homine: Idem *Mozz. loc. cit. n. 24.* per textum in *l. si fundum. 4. & l. diversis. 8. Cod. qui pot. in pign.* 2. Nulla differentia est inter habentem pignus conventionale, & habentem pignus judiciale, quia inter utrumque is potior est, qui prior est tempore: De

quo *Berlich. loc. cit. n. 2. ad finem.* inquit, quòd immiſſus ex ſententia judicis par jus prioritatis habeat cum alijs hypothecarijs conventionalibus, quod
2 ulteriùs exſplicabimus ad articulum ſubſequentem. 3. Nulla eſt differentia inter illum, qui hypothecam generalem habet, & qui habet hypothecam ſpecialem. *l. qui generaliter. 2. ff. qui pot. in pign.* Nam etiam generalis hypotheca anterior præfertur ſpeciali poſteriori, textus in *l. ſi generaliter. 6. Cod. qui pot. in pign.* Si generaliter (inquiunt Impp:) bona ſint obligata, & poſteà res alij ſpecialiter pignori dentur, quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui anteà contraxit, ſi ab illo priore tempore tu comparâſti, non oportet te ab eo, cui poſteà credidit, inquietari. *Gail. lib. 2. obſerv. 25. n. 4. Mozz. loc. cit. n. 26. D. Rath. in diſſert. de contin. differ. &c. aſſert. 93.* Ubi dicit, quòd hæc vulgata prioritatis regula in generali hypotheca locum habeat, eàque de cauſa is, qui generalem hypothecam ex minimo tempore priùs accepit, illis præferendus ſit, quibus poſtmodùm res ſingulæ pignori datæ fuerunt, ubi hanc ſententiam pulchris rationibus firmat, niſi fortè agatur de tali re, quæ ſpecialiter oppignorari non prohibetur, ſed ex præſumpta oppignorantis voluntate in obligationem generalem non venit. Idem *D. Rath. loc. cit.* Ubi rectè dicit, quòd in tali caſu non agatur de prioritate inter hypothecarium generalem, & ſpecialem, cùm generalis hypothecarius nullum jus habeat, ex quo cum ſpeciali hypothecario concurrere poſſit. Ut proinde ſpecialis hypothecarius non poſſit dici in re ſibi obligata prior, ſed ſolus eſſe creditor: Et hoc in tantum verum eſt, quòd antiquior generalis hypothecarius ſpeciali præferatur, tametſi debitor plura bona habeat, ex quibus hypothecarius generalis ſatisfactionem habere poſſit; quia generalis hypothecæ natura eſt, *ut creditor ſingulas res perſequi, nec cogi, aut compelli poſſit*, ut initium fa-
3 ciat ab ijs bonis debitoris, quæ nulli ſpecialiter obligata ſunt, niſi fortè, ſimul cum generali hypotheca ab eodem debitore etiam habeat hypothecam ſpecialem, tunc enim ad alias res ſub hypotheca generali comprehenſas perſequendas non admittitur, niſi priùs excutiat hypothecam ſuam ſpecialem, ut eſt textus expreſſus in *l. quamvis. 2. Cod. de pign. & hypoth. Berlich. loc. cit. n. 77.* Quia tacitè actum eſſe videtur, ut præter generalem hypothecam etiam accipiens ſpecialem priùs illam excutiat, & ad generalem hypothecam tanquam ſubſidiariam priùs non deveniat, niſi res in ſpecie obligata ſolutioni non ſufficiat, ut pulchrè diſcurrit idem *Rath. loc. cit. aſſert. 94. litt. B.*

4 Major difficultas eſt, an prioritas antiquiori hypothecæ generali competens præ ſpeciali extendatur etiam ad bona à debitore poſt utramque obligationem primùm de novo acquiſita? Ut res clarior fiat, ponamus exemplum, quòd ego Titio dederim pro mille florenis obligationem generalem de omnibus bonis meis præſentibus, & futuris, Sempronio obligem domum, quam tempore generalis hypothecæ non poſſedi. Sed de proximo acquiſiturum ſperavi: Nam, cùm certum ſit, quòd generalis hypothecæ virtus, & efficacia ſe etiam extendat ad bona futura, ut in ſuperiori articulo probavimus, & domus primùm ſupervenit, poſt utramque tam generalem, quàm ſpecialem hypothecam conſtitutam. *Marcellus. in l. idémque eſt. §. ſi tibi. 1. ff. qui in pot. in pign.* putavit, utrúmque creditorem generalem, & ſpecialem in domo noviter acquiſita pro pignore concurrere: Ex hoc igitur Marcelli utrique creditori conceſſo concurſu cum gloſſa in dict: *l. 7.* multi DD. in hunc errorem lapſi ſunt, ut voluerint, hypothecæ generali, quando concurrit cum ſpeciali, in bonis poſteà ſupervenientibus, tametſi antiquior ſit, præ ſpeciali nullam prioritatem competere, ſed utramque in tributum vocari. Ratio eſt ſecundùm gloſſam ibidem, quia res duobus ſimul obligata eſt ſub conditione tacita, quando ſcilicet res ad me

deve-

devenerit, ergò conditione existente sunt in pari jure; & quia conditio eodem tempore purificatur, neuter præ altero potius jus habere videtur: Sed planè hæc interpretatio regulis juris non est conformis, cùm enim purificatio conditionis existentis retrotrahatur ad tempus constituti pignoris, & in facti specie hypotheca generalis supponatur priùs constituta, quàm specialis, ab universali regula, quòd prior tempore sit potior jure, declinandum non est, ut valdè benè deducit *D. Rath. loc. cit. assert. 95. per tot.* Ad dict: *l. 7.* Respondendum est cum communi interpretatione, quòd tunc tantùm generalis, & specialis hypothecarius concurrant, quando utriusque obligatio præcedens facta est eodem tempore. Aliam distinctionem facit *Conan. lib. 4. coment. jur. civil. cap. 17.* sed comunis responsio nobis videtur esse firma. Respondemus 4. Etiam nullam differentiam esse in- 5
ter hypothecam, & oppignorationem puram, sive in diem, & sub conditione. Ratio est, quia obligatio, quæ fit in diem, vel sub conditione per existentiam diei, vel eventum conditionis retrotrahitur ad tempus initæ conventionis. *l. qui balneum. 9. l. creditor. 12. §. si primus. 2. ff. qui pot. in pign.* Quod intellige, si conditio sit casualis, vel mixta, non autem potestativa, scilicet dependens ex mera potestate debitoris. *Mozz. loc. cit. de natural. pign. num. 31. Neguzant. tract. de pign. membr. 2. part. 5. ampliat. 16. Berlich. loc. cit. num. 32.* ubi plures citat. Pulchram aliam exceptionem facit *D. Rath. loc. cit. assert. 90.* Si nimirum prior contractus in diem, vel 6
sub conditione initus non fuerit perfectus: E. G. Titius convenit cum Sempronio, quòd, si sibi ad Nundinas Jacobæas Monacenses mille florenos solvat, vel, si Cœsar ad diætam Ratisponensem veniat, mille florenos mutuet, quòd eidem domum suam pro securitate hypothecare velit: Antequàm autem Nundinæ, vel Cœsar advenirent, domum suam alteri purè in hypothecam constituat, certè hic Sempronio, tametsi post diei, vel conditionis eventum promissa millia Titio quoque solverit, erit jure potior, & prior tempore: Ratio est, quia obligatio Titij conditionalis, & in diem facta primùm post numerationem pecuniæ fuit perfecta, non patitur ergò juris ratio, ut retrotrahatur ad tempus primæ imperfectæ conventionis, cùm in debitoris potestate fuisset, pecuniam non accipere, adeòque omninò non obligari, prout dicitur in textu *l. potior. 11. §. 1. ff. qui pot. in pignor.* Et ex hoc iterum confirmatur, quod supra diximus ad *Artic. 6. Tit. 15. Vers. instabis*, si creditori in diem, vel sub conditione super hypotheca, vel pignore constituto nullum instrumentum tempore conventionis factum, aut pignus realiter traditum, sed instrumenti erectio, vel pignoris traditio ad conditionis, vel diei existentiam dilata fuerit, quòd intermedia obligatio pura, si instrumento, vel traditione perfectè fuerit consummata, potior sit, eò quòd ratihabitio retrahi non possit ad tempus, quo actus fuit imperfectus, quod ad exsplicationem dicti *Articuli 6.* benè notandum est.

Respondemus 5. Nullam etiam differentiam esse inter hypothecam, 7
& pignus. Jam sæpiùs diximus, hypothecam ex jure nostro Statutario esse, quando res oppignorata permanet in manibus debitoris, pignus autem, quando traditur in manus creditoris. Si igitur ponas, quòd Titius Calendis Januarij Sempronio in domo sua hypothecam constituerit, & instrumento legitimè firmaverit, posteà autem ad festum Pascatis à Cornelio aliam pecuniæ summam mutuo accipiat, & eandem domum Sempronio priùs obligatam pignori det, & loco instrumenti realiter, & actualiter in manus consignet, Sempronius sine ulla hæsitatione Cornelio in jure potior erit, eò quòd prior sit tempore. Licèt enim in re vendita ex duobus emptoribus is præferatur, cui res tradita est, non quòcum priùs venditio celebrata fuit, per textum in *l. quoties. 15. Cod. de rei vindicat.* Aliud tamen est in pignoris,

ris, & hypothecæ constitutione, quoniam ille prior est, quócum primò de pignore, sive hypotheca convenit. *l. 1. ff. de pign. act.* Ratio diversitatis hæc est, quia in venditione non acquiritur jus in re, nisi per traditionem, ut supra diximus, in pignore autem hoc singulare est, ut jus in re constituatur etiam nudo contractu, & conventione sine traditione: Ex quo necessariò sequitur, quòd is, qui antiquiorem hypothecam habet, præferatur illi, qui eandem rem posteà in pignus accepit, cùm traditio plus juris ipsi non conferat, quàm alter ex contractu legitimè perfecto acquisivit: Procedit igitur regula, ut inter eos, qui utuntur pari jure, is potior sit, qui est tempore prior.

8 Alia quæstio est, & quidem difficilior, si non constet, quis ex ejusmodi duobus creditoribus antiquior sit, an ille, qui in certa quadam re nudam hypothecam accepit, vel alter, cui res reali traditione pignori data fuit, quis ex illis præferendus sit? Cùm articulus noster de hoc casu in specie nihil decernat, ex eo autem videri possit, utrósque in tributum vocandos, eò quòd articulus noster eos pari jure censeat, cùm traditionem tantùm æquiparet instrumentali erectioni, nòn autem præferat: Certum est autem, ut paulò post sequetur, si duo instrumenta super eadem re duobus eodem die hypothecata præ manibus sint, nec appareat, an unum altero priùs fuerit expeditum, quòd ambo creditores concurrere, & in tributum venire debeant, ergò etiam idem dicendum est de hypotheca, & pignore, quando nescitur, an instrumentum pro hypotheca priùs fuerit expeditum, vel traditio citiùs facta. Hoc tamen non obstante, nos possessorem pignoris dicimus esse potiorem, per textum in *l. si debitor. 10. ff. de pign. & l. si quis à multis. 14. ff. de noxal. act.* Ubi expressè statuitur, si duæ, vel plures hypothecæ sint constitutæ, & dubitatur, quæ sit prior, quòd melior conditio sit possidentis. *Berlich. lib. 1. conclus. 66. num. 4.* Et hoc non propterea fit, quasi dispar sit utriúsque creditoris conditio, sed, quòd ex jure certo etiam in pari causâ, causa possidentis potior sit. *l. in pari. ff. de R. J.* Nec actor queat possidenti evincere, & rem aufferre, nisi se priorem esse probaverit. *Rath. loc. cit. assert. 88. ad litt. E.*

9 Imò, si supponas, duos concurrere hypothecarios creditores, quorum neuter possessionem pignoris à debitore impetravit, sed unus ex illis sibi citiùs vigilavit, & ex causa judicati immissionem in rem utrique hypothecatam impetravit, ille propter immissionem, & apprehensionem hoc ipso prior erit, tametsi non constet, quòd altero in contractu pignoratitio fuerit tempore prior. Idem *D. Rath. loc. cit. sub litt. F.* Quamvìs *Ant. Faber. in error. pragmat. decad. 80. error. 9.* solam litis contestationem sufficere affirmet, qui tamen refutatur à *Bacchov. ibidem*, & hujus rei ratio est, quia per immissionem ex causa judicati consecutus est possessionem rei, & proinde novum adminiculum, ex quo ipsius conditio, si non melior, saltem potior fit, dict: *l. si debitor. 10. ff. de pignor.*

10 Si pro tertio quæras, quid judicandum fit de casu, quando duo creditores unius diei concurrunt, quorum alter causam habet privilegiatam, V. G. Fiscus, mulier, Ecclesia, pupillus, &c. annon causa privilegiata alteri præferenda sit, cum qua de prioritate litigium est? *D. Rath. loc. cit. assert. 89.* casum contigisse in quadam præfectura Electorali, in einem Land-Gericht / refert, inter Ecclesiam, & alterum privatum creditorem, & concludit, tametsi obligationes eorum una die fuerint erectæ, quòd tamen Vice-Præfectus, der Pflegs-Verwalter / rectè pro Ecclesia judicaverit: Ex ratione, quòd DD. idem privilegium fisco tribuant, maximè, si concurrat ex causa onerosa, juxta *Neguzant. de pignor. 2. part. membr. 4. n. 17. & Bald. Novell. de dote. part. 1. privil. 1.* Ergò etiam causæ piæ, & Ecclesiasticæ, quæ fiscali æquiparatur tribuendum esse Dom. Rath censuit. Sed

quia

quia hoc privilegium etiam fisco gratis asseritur, cùm id nullo juris textu probetur, unum obscurum, & dubium per alterum æquè obscurum, & dubium non probatur: Putamus ergò, justius, & sanctius esse, ut privilegium, quod possessioni datum est, ad pares in titulo non extendatur, sed necesse sit, ut, qui se priorem existimat, prioritatem liquidò doceat, maximè, cùm prior hypotheca expressa alicujus privati non cedat hypothecæ tacitæ personis privilegiatis de jure competenti. Et proinde fieri possit, ut facilè persona privata, quæ V. G. eodem die, quo vitricus Ecclesiæ administrationem suscepit, de expressa hypotheca sibi constituta convenit, tempore prior fuerit, & ex nuda præsumptione pro pia causa jure suo contra jus, & æquitatem privetur: Magìs proinde Christianum esse judicamus, ut etiam causa pia se submittat, &, si utrique satisfieri non possit, in tributum ex æquitate veniat.

Si pro quarto quæras, quæ proportio in tali casu pro divisione rei hy- 11
pothecatæ servanda sit, an arithmetica pro numero personarum, sive causarum, vel geomethrica secundùm quantitatem cujuslibet debiti, & prætensionis? Et rectè Respondet *Berlich. loc. cit. n. 4.* Quòd quilibet creditor pro rata sui debiti admittatur. Vide: quæ diximus ad *Art. 30. Tit. 2.* **deß Gandt-Proceß /** quomodò debeat distributio fieri inter creditores chyrographarios, sive personales, qui nullo reali, vel personali privilegio gaudent, sed per omnia pares, & æquales sunt.

Quinta quæstio est, cùm articulus noster hoc non definiat, quanti 12
temporis prioritas in ejusmodi casu dubio probanda sit? De jure communi Doctores inter se variant, quidam enim existimant, illa pignora dici simul constituta, quæ constituuntur eodem die. *Hottoman. & Cujacius. ad l. aliena. 20. §. 1. ff. de pign. act.* quod etiam videntur approbare Statuta nostra Bavarica, *Art. 6. hoc Tit.* Ubi ita loquuntur, **jedoch so zween/ oder mehr an einem Tag Urtel erlangten / die sollen gleiche Gerechtigkeit der Wehrung haben.** Si igitur prioritas in sententijs jus personale prælationis tribuentibus restringitur ad terminum unius diei, non apparet ratio, cur non idem de pignoribus, & hypothecis dicendum sit? Sed *D. Rath. loc. cit. assert. 85.* nostra opinione rectiùs dicit, etiam unius horæ, imò momenti rationem habendam esse. *Gail. lib. 2. observ. 25. n. 3. Berlich. dict. lib. 1. conclus. 66. n. 3. Schultes in addit. ad Modest. Pistor. part. 3. quæst. 128. n. 23. & n. 32.* Ne fraudibus via aperiatur, & in debitoris potestate sit, ut jus uni creditori tempore matutino constitutum eodem die post meridiem, sive vespertino tempore iterum adimere, vel per adjunctionem alterius creditoris difficilius reddere possit: Ad argumentum ex *Art. 6.* desumptum respondebimus ibidem solidè.

Sed quid si pro sexta quæstione, in uno eodémque instrumento duo- 13
bus, vel pluribus creditoribus eadem res diversis temporibus fuerit obligata: V. G. Titio circa horam septimam matutinam, Sempronio circa horam undecimam meridianam, Cornelio circa horam tertiam vespertinam; Vel Titio nudius tertius, Sempronio heri, & Cornelio hodie; Et tum primùm instrumentum per subscriptionem, & sigillationem corroboretur? Anné creditores eo ordine, quo instrumento inserti sunt, ex pignore satisfieri debent, ita ut Titius jus prælationis habeat, & ex integro solvendus sit, tametsi duobus reliquis creditoribus ex pignore nihil remaneat? Ita putat *Neguzant. de pign. 4. membr. 2. part. num. 110.* Ubi alios quoque in suam sententiam citat. Sed D. Rath contrariæ opinionis est, auctoritate *l. testamento. 3. ff. de testam. tut.* & eorum, quæ ibidem interpretes tradunt de Codicillis in testamento confirmatis, quorum neutris major virtus, aut efficacia est, tametsi testamento diversis temporibus inserta fuerint, cùm eorum validitas dependeat ex fide testamenti, adeóque prius, aut posterius

non

non admittat. Nos clariùs sic dicimus, quòd instrumentum pignoratitium continens plures obligationes hypothecarias diverso tempore factas fidem, robur, & perfectionem suam non recipiat ab eo tempore, quo creditores instrumento inserti sunt, sed quo instrumentum per subscriptionem, & sigillationem, suam perfectionem, & consummationem accepit: Illud autem tempus individuum est, ergo etiam omnibus creditoribus in instrumento contentis individuum quasi, ut ita dicam, sive æquale jus tribuit, ut consequenter neuter præ altero prærogativam justè prætendere possit. *Dominus Balthasar. resol. 3. ad hunc tit. n. 34.* vel Dominum Rath non intelligit, vel ego non intelligo Dominum Balthasar, *D. Rath. dict. loc.* nostra opinione nullo modo agit de contractu pignoratitio, qui necessariò fieri debet in scriptis, sed solùm loquitur de contractu, qui factus est scripturâ interveniente: Et concludit, quòd ordo scripturæ dependeat ab instrumenti subscriptione, & sigillatione, & non à nominatione personarum. Quanto magìs ergò idem dicendum est, si ad substantiam actûs scriptura (prout apud nos juxta priùs dicta certum est in contractu pignoratitio) requiritur? Quia, ut *Card. Mant. de tac. & ambig. convent. lib. 11. tit. 22. n. 4.* optimè dicit, tunc contractus ultimo verbo perficitur, quando ex dispositione legis pro perfecto, & absoluto habetur, cui opinioni D. Rath, nec verbo contradicit, manet igitur firma nostra positio, quòd plures hypothecarij creditores in eodem instrumento contenti non nisi à tempore sigillationis, & subscriptionis jus pignoris consecuti sint, sive agamus de casu, quo instrumenti erectio non fuisset necessaria, sive in casu, quo de substantia, & solennitate requiritur, quia sine perfectione instrumenti in primo casu non potest probari perfectio contractûs, in secundo casu verò ipso jure non perficitur contractus, & proinde in utroque, creditores in eodem instrumento contenti vocantur in tributum, & ita intelligimus D. Rath. Lon-
14 gè minùs autem in eo casu, quando V. G. tres creditores uno tempore instrumento inserti sunt, ille jus habet, prærogativam aliquam prætendendi, qui honestiori, & primo loco in instrumento positus, & nominatus est, cùm id fiat solius dignitatis observandæ, non tribuendæ melioris conditionis causâ, quæ omnium creditorum par, & æqualis est, cùm juris acquisitio præsupponatur eodem temporis contextu facta. Recordamur, aliquando in Regimine Straubingano, cùm duo uno Electorali decreto pro Consiliarijs fuerint deputati, litem exortam fuisse, annon illi prior locus, sive prior sessio competat, qui in decreto Electorali alteri præpositus fuit? Sed communiter conclusum, illi potiorem sessionem deberi, qui prior comparuit, juramentum fidelitatis præstitit, & locum suum actualiter apprehendit, cùm ordo scripturæ nihil aliud videretur importare, quàm æstimationis alicujus prærogativam.

15 Quid si autem pro septima quæstione, duo creditores habeant instrumentum pignoratitium super eadem re, ita ut in unius instrumento sola dies, in alterius verò dies, & hora fuerit denominata, quis ex utrisque potior erit? Et nos planè Respondemus, quòd denominatio horæ nihil ad rem faciat, sed uterque creditor paris conditionis sit. Ratio satìs manifesta est, quia neutra pars pro se majorem præsumptionem habet: Si enim ille, in cujus instrumento hora denominata est, dicat, tibi incumbit probatio, quòd ante prædictam horam instrumentum tuum expeditum sit: Alter rectè replicat, eo ipso, quòd in tuo instrumento hora adscripta sit, præsumitur debitor fraudulenter agere, & mihi præjudicare voluisse, eò magìs, cùm aliàs moris non sit, in instrumentis obligatorijs appositionem horæ fieri. Videat: *Mantica. de tac. & ambig. convent. lib. 11. tit. 22. num. 13.*

De

De cessione pignorum, & jurium cohærentium, & an jus creditorum etiam extendatur ad usuras, & interesse capitalium, egimus in processu edictali, quod hîc repetere supervacaneum est.

Der Vierdte Articul.

WO zween / oder mehr zu krieg kommen / vmb Pfandtschafft / die ihnen mit den Rechten eingeantwortet seynd / doch jhrer kainer zur zeit / wann sie deß Vorgangs halben zu Stritt kommen / das Pfandt würcklich besitzt vnd jnnhat / haben sie Gerichts-Brieff darumb / so soll der vorgehen / der die älteren Brieff hat. Haben aber jhr etliche Brieff / vnd die andern nit / so kan der jenig / welcher nit Brieff hat / anderst nit weisen / daß jhm das Pfand vor dem / oder denen / die Brieff darumb haben / mit Recht eingeantwortet worden sey / dann mit dem Richter / oder dreyen Mannen / oder wo er die nit gehaben mag / mit zwayen / doch daß vnder denselben zwayen der Fronbott einer sey / die da mit jhme schwören / daß jhnen solches kundt vnd wissend sey. Wäre aber einem ein Guet zu Pfand versetzt / vnd hätte es jhme der Schuldner / in sein Hand vnnd Gewalt geantwortet / ob er gleich kein Pfand-Verschreibung darumb hätt / der gehet dem vor / der erst hernach auff dem Guet Gerichts-Pfand / vnnd deßhalben Gerichts-Brieff erlangt / aber das Pfand zuvor nit jnngehabt hätt.

SUMMARIA.

1. *Quomodo jus immissionis probetur per instrumenta*, durch die Einsatz-Brieff?
2. *An probatio prioris immissionis etiam per testes fieri possit, & quomodò?*
3. *Si unus ex creditoribus pignus judiciale documento probet, alter verò per judicem, vel testes, qui erit potior?*
4. *An judicis attestatio de posteriori immissione prævaleat instrumento extrajudiciali, per quod notoriè de priori immissione constat?*
5. *Quæ sit distinctio facienda inter instrumentum constitutivum, & probativum pignoris?*
6. *Utrùm & quando creditor conventionalis, qui rei pignoratæ traditionem accepit, creditori posteriori ex causa judicati immisso præferatur?*
7. *Quodnam sit discrimen inter dispositionem hujus articuli, & Artic. 21. Tit. 2.* deß Gand-Proceß?
8. *Solvuntur duæ difficultates ex Art. 4. Tit. 29. Reform. de Anno 1588.*

INter alia, in articulo præcedenti diximus, quòd inter creditores hypothecarios, quorum unus habet hypothecam, sive pignus conventionale, & alter ex causa judicati pignus judiciale in eadem re, is præferatur, qui tempore prior est, cùm specifica diversitas pignorum circa Regulam, qui prior est tempore, potior est jure, nihil immutet. Addit articulus noster, idem juris esse, si duo concurrant, qui eandem rem in causam judicati pro pignore judiciali acceperunt, ut scilicet is prior sit, qui ex causa judicati priùs in possessionem rei missus est, quod equidem dubio caret.

Sed de hoc articulus noster sollicitus est, si tempore ortæ litis neuter ex litigantibus in possessione rei sit, quomodò jus immissionis ab utraque parte probari debeat? Et siquidem instrumenta judicialia in parato sint, wann die Einsatz-Brieff verhanden seyn / is sine omni hæsitatione prior est ju- 1

re, qui potior est tempore, haben sie Gerichts-Brieff darumb / so soll der vorgehen / der die älteren Brieff hat.

2 Sed quid si neuter documentis litterarijs judicialibus provisus sit, anné probatio prioris immissionis, deß ersten Einsatz / fieri possit per testes? Negativam tenet *Guid. Papæ. decis. 356.* per textum in *l. Edicto. 3. Cod. de edict. D. Hadrian. tollendo.* Quem sequitur *Mascard. de probat. vol. 2. concl. 1066. Menoch. in tract. de adipisc. possess. remed. remed. 4. n. 914.* Sed his non attentis, articulus noster probationem etiam per testes admittit. Supple, si forte acta fuerint deperdita, nam ijs existentibus probatio per testes inutilis est, & superflua, cùm acta inducant notorium. Nihilominùs tamen exactior quidam modus requiritur, quàm in reliquis probationum speciebus, ubi in ore duorum stat omne verbum.

Triplex autem probatio est, quam articulus noster admittit, prima per ipsum judicem, qui, cùm tanquam persona publica testetur de facto officij sui, propter dignitatem & auctoritatem, plenam meretur fidem. Secunda per tres testes, mit dreyen Mannen. *Mascard. loc. cit. n. 6.* in defectu scripturæ judicialis quinque testes requirit, eò quòd loco probationis per scripturam judicialem non nisi numerus quinque testium sufficiat, quem tamen articulus noster ad tres restrinxit, valdè convenienter, ne propter numerum testium facultas probationis, quæ aliàs favorabilis est, nimiùm difficilis fiat. Denique tertiò articulus etiam probationem admittit per duos testes, si tres haberi non possint, modò inter hos duos testes unus sit nuntius, sive apparitor judicialis, der Fronbott / hujus rei ratio est, quia apparitor testatur de facto officij sui, & proinde majorem fidem habet, quàm alius extraneus testis, quamvìs, ut jam supra notavimus, plenam probationem non faciat, maximè in judicijs inferioribus, ubi *vilissimi homines* pro servis, & ministris judicialibus constituuntur.

Duæ autem rationes sunt, quare in probando pignore judiciali fortior probatio necessaria sit, quàm in alijs negotijs. 1. Quia, ut modò diximus, agitur de probando actu judiciali. Si enim, ut in *Tit. 2. Artic. 21.* deß Landt-Proceß / habetur, judiciale instrumentum pignoratitium prævalet instrumento pignoratitio extrajudiciali coram tribus testibus erecto, necesse est, ut actus judicialis immissionis exactiùs probetur, cùm nostra opinione hæc judicialis probatio non minùs, quàm instrumentum judiciale fidem privati instrumenti, & extrajudicialis etiam tribus testibus roborati, in quo eadem res pro pignore conventionali constituta est, enervet. 2. Ratio est, quòd in probanda prioritate pignoris agatur de re magni præjudicij, eò quòd talis probatio alteri jus suum ex asse intervertat.

3 Quid si itaque unus ex creditoribus captionem pignoris documento judiciali, mit einem Einsatz-Brieff / probet, alter verò priorem immissionem in eadem re, quam posteà dimisit, per judicem, vel per tres testes, aut saltem duos, inter quos sit ipse apparitor, der Fronbott / quis ex utrisque potior erit? Et Respondemus, hunc ipsum esse casum articuli nostri, ex cujus decisione utique præfertur, qui prioritatem juris sui modo in hoc articulo præscripto docuit, quod in tantum procedere, non dubitamus, ut, si V. G. Titius pignus suum judiciale docuerit privato, & extrajudiciali, imò & judiciali instrumento, Sempronio, qui docuit per judicem solum, cedere debeat, si judex attestetur immissionem illius priorem fuisse.

4 Gravior quæstio est, si ponamus, Titium habere instrumentum privatum, & extrajudiciale, per quod tamen notoriè probet, suam immissionem fuisse priorem, an nihilominùs judicis attestatio, quam Sempronius de posteriori imissione habet, prævaleat? Ratio dubitandi est, quia juxta *cit. Artic. 21. Tit. 2.* deß Landt-Proceß / instrumentum pignoratitium judiciale præfertur instrumento pignoratitio extrajudiciali, ergò etiam judicis atte-

sta-

ſtatio præferri debet : Ratio rationis eſt, quia judicis atteſtatio in hoc articulo æquiparatur judiciali inſtrumento, imò parificatur. Si igitur judicis atteſtatio præfertur judiciali inſtrumento immiſſionis, dem Einſtand-Brieff/ ergò etiam præfertur inſtrumento extrajudiciali tribus teſtibus roborato, uti ex *Verſ:* paulò antè præmiſſo: *duæ autem,&c.* apparet, nos ipſos hujus opinionis eſſe : Sed, ut nulla confuſio contingat, diſtinguendum eſt inter inſtrumentum extrajudiciale conſtitutivum pignoris, & probativum pignoris. Si quæſtio ſit, quando concurrunt pignus, quod extrajudiciali inſtrumento pignoratitio intervenientibus tribus teſtibus erectum eſt, & inſtrumentum judiciale, quo eadem res priùs extrajudicialiter obligata in cauſam judicati pignori capta, & documentum immiſſionis deſuper expeditum eſt, dubitari vix poteſt, quin hoc documentum judiciale prævaleat extrajudiciali, tametſi inſtrumentum immiſſionis judiciale inſtrumento extrajudiciali poſterius ſit, juxta dict: *Art. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Ubi inſtrumenta hypothecaria, ſive pignoratitia publica privatis indiſtinctè præferuntur, nullo habito reſpectu ad temporis prioritatem. Si autem quæſtio ſit de nudo inſtrumento probativo extrajudiciali, documentum judiciale præ extrajudiciali nullam prærogativam habet : V. G. Titius habet inſtrumentum extrajudiciale tribus teſtibus legalibus, & omni exceptione majoribus ſubſcriptum, quo probat, ſibi rem, de qua lis eſt, Calendis Januarij in cauſam judicati legitimè pignori datam eſſe, Sempronius autem habet documentum judiciale, quo ejuſdem rei immiſſionem ſibi Calendis Maij factam eſſe, docere poteſt. Certè, cùm hîc non agatur de conſtitutione pignoris, ſed de nuda probatione, dicimus, Titium Sempronio potiorem eſſe, eò quòd ſit prior tempore, utriúſque enim pignus judiciale eſt, & cùm Titij præſupponatur priùs captum, & captio per inſtrumentum trium teſtium legalium ſufficienter probata, nihil deeſſe videmus, quò minùs Regulæ, *qui prior tempore,&c.* locus eſſe poſſit,& debeat. Et hic eſt ſenſus noſtri articuli, ſi proinde ponas, tres concurrere creditores, quorum unus ſuam hypothecam judicialem probat inſtrumento immiſſionis judiciali, alter vivo teſtimonio apparitoris, & alterius cujuſdam legitimi teſtis, & tertius per inſtrumentum privatum tribus teſtibus corroboratum, putamus, omnium probationes æquales eſſe, & conſequenter illum in pignore præferendum, qui pignoris conſtitutionem judicialem antiquiorem probaverit. 5

Addit denique articulus hunc caſum ; Si duo concurrant, quorum unus habet pignus conventionale, ſibi in manus à debitore priùs traditum, antequàm illud ex poſtfacto in cauſam judicati caperetur, quis ex illis prior ſit in pignore? Et Reſpondet articulus, privatum creditorem conventionalem præferri judiciali : Quod ſine difficultate non eſt ; Diximus enim in præcedentibus, nullam differentiam eſſe inter hypothecam, & pignus, ita ut, ſi hypotheca priùs à debitore Titio fuerit conſtituta, quàm eandem rem poſtmodùm Sempronio in pignus dedit, & in manus conſignavit, Titius ſine dubio illo prior ſit : Et nunc in hoc articulo binis vicibus confirmamus, quòd judiciale pignus in cauſam judicati captum, pignore conventionali extrajudicialiter in privato tantùm inſtrumento ſub trium teſtium fide roborato, potius ſit ; Ex quo manifeſtus oritur circulus. Ponas enim, Titium à me ſub fide inſtrumenti pignoratitij privati primo loco domum meam (vel quamcunque aliam rem) in hypothecam accepiſſe : Deinde ſecundo loco hanc ipſam domum Sempronio in pignus do, & actualiter ad manus trado. Tertio loco ſupervenit Cornelius, & coram judice impetrat, ut ipſiſſima domus in executionem judicati debiti ſui trahatur. Si nunc quæritur, quis ex iſtis tribus potior ſit ? Res in circulum ibit, nam Titius antiquius inſtrumentum habens præfertur Sempronio, qui poſſeſſionem accepit, cùm traditio ad manus tanquam actus privatus non plus o- 6

peretur, quàm, ut suppleat scripturæ fidem, & auctoritatem, ut supra diximus. Cornelius autem, qui habet immissionem judicialem, & desuper erectum instrumentum judiciale, seinen Einsatz-Brieff / præfertur Titio habenti tantùm privatam, & extrajudicialem scripturam coram tribus testibus erectam, quid ergo dicendum? Nobis videtur, illam parenthesin, quæ in *Art. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / ex correcturis à nobis ibidem restituta est, etiam hîc repetendam esse, ita ut tunc tantùm creditor conventionalis, qui rei traditionem accepit, creditori posteriori ex causa judicati immisso præferatur, quando soli concurrunt sine tertij alicujus accessione, quo casu omnis difficultas, & formido circuli exspirat. Et videtur hæc exsplicatio æquitatem in re habere, ineptissimum enim est, ut trahatur in executionem sententiæ res, quæ existit in alterius manibus ex justo titulo pignoratitiæ obligationis, ita ut judex scienter id faciens, si non de stellionatu, saltem de syndicatu teneatur.

Si dicas, id fieri posse à judice ignoranter, E. G. in casu, quo creditor conventionalis cecidit possessione sua: Ad hoc Respondemus, quòd tamen creditor conventionalis jure suo, quod per traditionem semel consecutus est, privari non possit, remanente semper possessione civili in animo, & potestate sua, & quia utriusque conditio par est, cùm quilibet jus suum fundet in traditione, & apprehensione rei, videntur jura nostra Statutaria eò respexisse, ut meritò illius conditio melior sit, qui fundatur in antiquiori apprehensione, & possessionis acquisitione. Quam difficultatem, benevole Lector, ulteriori tuæ considerationi remitto. Libenter dixissem, *Artic. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / simpliciter tantùm intelligendum esse de pignoratitijs obligationibus, in causis extrajudicialibus ratione pignorum conventionalium coram ordinario magistratu erectis, & non de scripturis, quæ eriguntur super actibus judicialibus, ut est actus immissionis, & executionis rei judicatæ. Sed interim etiam nullam rationem invenire potui, quare hi, id est actus pignoratitij judiciales minoris roboris, & auctoritatis esse debeant, quàm illi, qui à magistratu fiunt super negotijs extrajudicialibus: Si igitur instrumentum magistratûs super contractu pignoris inter me, & te inito præfertur instrumento privato coram tribus testibus legitimè confecto, cur non etiam præferatur instrumentum immissionis?

7 OpPones ulteriùs, inter dispositionem hujus articuli, & *Art. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / magnum discrimen esse: Hîc enim agitur de præferendo pignore extrajudiciali, pignori judiciali, etiam scripturâ publicâ magistratûs, mit dem Einsatz-Brieff / roborato, ibi autem, in dem Gandt-Proceß / agitur de instrumento pignoratitio publico, & judiciali, præferendo instrumento pignoratitio, privato, & extrajudiciali: Ad quod Respondemus, id verum esse, sed ex hoc à majori ad minus oritur argumentum eò fortius, & efficacius. Sic enim argumentor. Si instrumentum judiciale suam prærogativam amittit, quando non concurrit cum solo creditore privatum instrumentum habente, sed etiam cum pluribus alijs propterea, ut vitiosus circulus evitetur, prout ibidem pluribus exsplicavimus, ergò multò magìs pignoratitius creditor conventionalis amittere debet suum privilegium in hoc articulo sibi datum, quando non cum solo creditore judiciale pignus in scriptis habente, sed simul etiam cum alijs concurrit ad evitandum eundem circulum, qui in plurium concursu, juxta ea, quæ paulò antè diximus, necessariò exsurgit. Hæc autem præcautio meliori modo fieri non potest, quàm, si parenthesis *Art. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / hîc repetatur, quæ omnia tamen tanquam satìs dubia, & obscura aliorum meliori judicio submitto.

Cavendum autem est à D. Balthasaris sequentibus assertionibus, quas ponit *Resol. 3. ad hunc Tit. num. 50. & seqq.* Quòd scilicet habens priorem hypo-

hypothecam mediante privata scriptura, sed tamen indubitata præferatur posteriori, hypothecam publico instrumento munitam habenti. Item, quòd creditor habens privatam scripturam duobus testibus subscriptam præferatur producenti publicum instrumentum, si alia adminicula concurrant, & quæ ibidem latiùs traduntur, quoniam, quidquid de jure communi sit, de jure nostro statutario assertiones hæ non subsistunt, ut in exsplicatione *Art. 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / fusiùs deduximus: In pluribus enim constitutio Leonis in *l. scripturas. 11. Cod. qui pot. in pign.* immutata est per Statuta nostra Bavarica, ut ibi specialiter ostendimus, quò benevolus Lector redire velit, ne eandem crambem bis coquamus.

Adhuc alias duas difficultates facit *Artic. 4. Tit. 29. Reformat. de Anno 1588.* Prima est, quòd ibi expresè ponatur, pignoratitium creditorem conventionalem, qui pignus in suis manibus habet, non solùm præferri creditori, qui posteà primùm judiciale pignus per litteras immissorias acquisivit, sed etiam, qui immissorias litteras jam priùs habuit, sed tempore constituti pignoris conventionalis in rei pignoratæ possessione non fuit, Wäre aber einem ein Guet zu Pfand versetzt / vnd hätt das bey seinen Handen / der gehet dem vor / der allein Brieff / vnd Sigel / aber das Pfand nit innhat / ex quibus verbis apparet, quòd, sicut in venditione is potior est, cui rei venditæ traditio priùs facta fuit, ita etiam Statutorum nostrorum intentio sit, ut non pignoris constituti, sed traditi potior ratio haberi debeat. Sed Respondemus, hunc textum Reformationis per præsentem articulum nostrum fuisse correctum, cùm expresè statuatur, ut pignoris conventionalis creditor, cui res tradita fuit, solummodò præferatur judiciali pignori posteà primùm capto, & per litteras immissorias confirmato, quod convenit cum ijs, quæ supra diximus, Regulam scilicet, qui prior est tempore, &c. etiam locum habere inter pignoratitios creditores jus ex conventione habentes, & illos, qui jus habent in pignore pro causa judicati capto. 8

Altera difficultas est, quòd antiquus articulus Reformationis ad hoc, ut creditor conventionalis prior in pignore sibi tradito præferatur habenti pignus judiciale posterius, actualiter sit in possessione illius: In verbis, Und hätt das bey seinen Handen: Sed etiam ad hoc Respondemus, ex dispositione articuli nostri plus non requiri, quàm, ut ipsi res simul fuerit in manus suas legitimè tradita, quoniam ista traditio secundùm supra dicta est loco instrumenti, & licèt ex post facto possessione ceciderit, jus tamen reale, quod per traditionem consecutus est, non amisit, imò & possessionem civilem animo retinuit. Et hinc articulus noster in specie admittit, ut quilibet creditor pignoratitius tam conventionalis, quam judicialis jus suum, traditi scilicet pignoris, etiam testibus eo modo, ut ab initio tituli exsplicatum est, probare possit.

Der Fünffte Articul.

Klagt ainer den anderen an / er hab ein Roß / oder Rind / oder ander fahrendt Pfandt in seinem Gewalt das seines Gelters sey / dagegen aber der Innhaber deß Pfandts hinwider sagt / das Pfandt sey zuvor sein Pfandt gewesen / ehe er geklagt worden / Kan dann derselb Innhaber deß Pfandts mit seinem Ayd bereden / daß solch Pfand / ehe dann er beklagt worden / sein Pfandt ohn alle Irrung gewesen sey / vnnd benennt darzue / vmb wie vil jhm das Pfandt stehe / so soll er gegen dem Ankläger behabt haben / es wolle

dann der Anklager / wie vorsteht/ bezeugen / das solch Pfand jhme zu erst versetzt seye / das soll er geniessen.

SUMMARIA.

1. *An ea, quæ dicta sunt de jure pignorum immobilium, etiam locum habeant in pignoribus rerum mobilium?*
2. *Qualis casus ponatur in hoc articulo?*
3. *Si duo certent de re mobili in pignus data, quid vi hujus articuli observari debeat?*
4. *An reus conventus debeat jurare, quòd sibi non primùm post litem cœptam in eadem re pignus malitiosè procuraverit, & an sit juramentum purgatorium, vel probatorium?*
5. *Utrùm præcisè obligetur ad juramentum, vel etiam aliis probationibus uti possit?*
6. *Quid si lis cœpta sit, sed non contestata?*
7. *Annon actor debeat probare, sibi priùs pignus fuisse constitutum, & an ista probatio debeat æquè fieri per juramentum?*
8. *An etiam reo convento injungi possit probatio temporis constituti pignoris?*

IN præcedentibus articulis ferè semper de rebus immobilibus, quæ in pignus dantur, vel judicialiter capiuntur, locuti sumus, & nostra opinione Consiliarij ad statuta condenda, & examinanda deputati non malè hunc articulum ex magna parte pro supervacaneo censuerunt, quia id ipsum, quod de immobilibus bonis in pignus datis, aut judicialiter acceptis dictum est, etiam locum habet in rebus mobilibus; Quia verò Serenissimo Legislatori placuit, hunc specialem articulum ex antiqua Reformatione transferre in novas constitutiones verbotenus, & quædam in eo continentur, quæ ob antiquitatem, & obscuritatem dilucidatione indigent, in qua ambo nostri Juris-Consulti Bavarici præclarissimi D. Rath, & D. Balthasar se multùm torquent, ideò conabimur, etiam nostrum judicium paucis annectere.

1 Et inprimis certum esse, non ambigimus, quòd ferè omnia in præcedentibus, quæ de jure pignorum immobilium diximus, etiam locum habeant in pignoribus rerum mobilium: Sic pignus non minùs potest constitui in re mobili, quàm immobili. *l. sed & quod.* §. *1. ff. de pign.* imò magìs constituitur in re mobili, quoniam pignus dicitur à pugno, eò quòd res de manu in manum transferatur, quæ translatio utique facilior est in re mobili, quàm immobili: Hinc multi DD. hypothecam, & pignus in hoc distinguunt, ut hypotheca dicatur contrahi, quando contractus pignoratitius fit super re immobili, pignus verò, quando fit super re mobili, quam distinctionem tamen statuta nostra Bavarica jmprobant, ut in præcedentibus sæpiùs innuimus: Sic pro pignore, sive hypotheca constituta in re mobili non minùs actio quasi serviana, sive hypothecaria tam contra ipsum debitorem, quàm tertium possessorem competit. §. *item serviana. Inst. de actio. l. pignoris persecutio. l. grege pignori. ff. de pign. l. pignoris, vel hypothecæ. Cod. eod.* quàm, si pignus, vel hypotheca in re immobili constituta fuerit: Sic creditor, qui rem mobilem in pignus accepit, non minùs, quàm cui res immobilis in pignus, vel in hypothecam specialem data, aut obligata est, exceptione ordinis uti potest, si conveniatur ante debitorem principalem, & ejus fidejussores. *Auth. hoc si debitor. Cod. de pign.* Sic, qui rem mobilem duobus, aut pluribus malitiosè obligat, æquè crimen stellionatûs committit, ac qui obligavit rem pluribus immobilem, juxta *Artic. 1. hujus Tit.* qui loquitur de illo, Welcher sein Haab / oder Guet mehrern versetzt / ubi sub verbo, Haab / intelliguntur mobilia, & sub verbo, Guet / immobilia: Sic inter creditores rerum mobilium eadem prioritas locum habet,

habet, quæ locum habet inter plures creditores rerum immobilium. *l. si fundum. 4. Cod. qui pot. in pign.* & multis alijs textibus, quod ulteriùs pluribus exemplis verificari posset, ut proinde hic articulus, qui inscribitur de duobus litigantibus in re mobili, non propterea specialiter hic fuerit insertus, quasi jura pignorum in rebus mobilibus diversæ speciei sint, quàm jura pignorum in rebus immobilibus: Sed, dum verba rubri de litigantibus sonant, hoc ipso insinuant, circa processum hic aliquid speciale contineri.

In quo autem illud consistat, indagine opus est. Nos in primo aspectu hujus articuli judicavimus, casum simillimum in eo contineri, qui habetur in *Art. 15. præced. Tit.* ita, ut uno ictu resolvi possit, dicendo, quòd ea, quæ de juramento disposita sunt, ex rationibus supra adductis, vel ob, & subreptitiè inserta fuerint, vel certè illud juramentum aliter intelligendum non sit, quàm, ut litis contestatio fieri debeat medio juramento calumniæ, sicut in antiquissimis statutis Bavaricis de Anno 1348. ferè centies ita requisitum invenimus, quæ tamen forma litis contestationis notoriè in desuetudinem venit, procul dubio ex rationibus alibi adductis, postquàm tamen hunc articulum penitiùs inspeximus, & discussimus, invenimus aliqua planè notatu digna.

Antequàm igitur in examinatione ulteriùs progrediamur, fideliter ponendus est casus, qui in articulo continetur, qui ita se habet, quidam convenit alterum, dicendo, quòd habeat equum, bovem, vel aliam rem mobilem pro pignore in potestate sua, quæ sit debitoris sui. Excipit reus conventus tanquam possessor pignoris, dicendo, hanc rem priùs pignus suum fuisse, antequàm conventus fuerit. Nunc sequitur dispositio legalis super hoc casu his verbis. Si possessor pignoris suo juramento confirmare possit, quòd hoc pignus, antequàm conveniretur, sine omni contradictione pignus suum fuerit, & denominat certam summam pecuniæ, pro qua res ipsi in pignus data est, quòd debeat obtinere contra actorem, soll gegen dem Kläger behabt haben. Nisi actor probare velit, wie vor steht / prout ante scriptum est, quòd hoc pignus ipsi primò obligatum fuerit. Ut itaque casus iste, & ejus decisio, sive resolutio meliùs intelligatur, originalem articulum ex antiquissimis Statutis nostris Bavaricis de Anno 1384. *cap. 17.* Vers: Umb fahrende Haab / præmittemus, qui sic se habet, Klagt einer den anderen an / er hab ein Roß / oder ein Rind / oder welcherley Pfand das sey / das fahrende Haab seye / das seines Gelters seye: Antwort dann jener hinwider/ und spricht das Pfand ist ehe mein Pfand gewesen / ehe du mich beklagt hast / mag er das wahr machen mit seinem Ayd / daß das Pfand ehemalen sein Pfand ist gewesen ohn all Irrsall / ehe daß er jhn beklagt hat / unnd soll auch nennen in dem Ayd / was in dem Pfand stehe / und damit soll er behabt haben / unnd soll das Pfand hingeben / als recht ist / ohn alles Gefährt / wird jhm dann icht über / daß soll er jenem widergeben / oder wer sich mit dem Rechten darzu zeucht. Gieng jhm an dem Pfand icht ab/ da soll jener sein Gelter umb sein / von dem er das Pfand hat gehabt. Ex quibus verbis apparet, quòd hæc clausula, quæ in artic. Reform. de Anno 1588. & in præsent. articulo nostro addita est, his verbis, nisi actor probare velit, quòd tale pignus sibi primùm obligatum fuerit, omninò fuerit omissa, & sic satis clarum, quòd in illo rudi sæculo, ubi adhuc erat major sinceritas, & jurisjurandi æstimatio apud Germanos, actor ob juramentum rei conventi causâ cecidisset, quod planè ex rationibus à D. Rathio, & D. Balthasar adductis fuisset valdè durum, & non tantùm juri communi, sed etiam antiquissimo Germanico proverbio, Man last keinen in seinem Beútel schwören / contrarium.

Hodierna praxis in casu proposito sic sine omni hæsitatione procederet, ut actoris libellum reo convento pro exceptionibus communicaret, qui

qui, si responderet, ego sum in possessione rei, & nego; tibi in ea potius jus esse, quàm ego habeam, actori injungeretur probatio, sine ullo praecedente juramento rei conventi, quia superstitiosa ista solennitas de lite medio juramento calumniae contestando dudum in desuetudinem abijt: Quia autem jam supra ad *Art. 15. Tit. 15.* causas invenimus, quare in materia pignorum haec antiqua forma procesſûs non fuerit immutata, ita hîc loci majores rationes subesse, non dubitamus, ad quod exsplicandum ex proposito casu benevolo Lectori statim occurret, secundùm propositionem articuli duo in lite esse.

3 Primum est, an reus conventus rem litigiosam pignoratitiam jam habuerit in sua potestate ante judicium coeptum: Et deinde secundò, an actor probare possit, jus pignoris, quod praetendit, esse antiquius? Quod attinet ad primum punctum, cùm rei conventi jus pignoratitium contra actorem notoriè nullius momenti, & valoris fuisset, si illud accepisset primùm post judicium coeptum, quoniam fuisset in mala fide, ideò jura nostra antiqua, & simplicia eidem duo injunxerunt. 1. Ut juramento confirmet, se ante litem coeptam rem jam pro pignore possedisse, & 2. Ut se à sinistra suspicione eò magìs liberet, etiam summam debiti denominet, pro qua res sibi in pignus data est. Hoc juramentum autem actori non adimit jus actionem suam prosequendi, si antiquiorem hypothecam probare possit, quod justissimum est, & per hanc additionem tam in Reformatione, quàm in novis nostris constitutionibus factam, rigidum antiquum jus penitùs abolitum est. Et hic est nostra opinione genuinus sensus articuli nostri, ex quo sequitur, aliqua praesupposita D. Rathij, & Balthasaris non subsistere.

4 Primum est, quòd hoc juramentum propriè probatorium non sit, cùm enim probatio omni jure actori, & non reo, maximè, si reus possessor sit, incumbat, non apparet, quomodò in praesenti casu reus conventus ad aliquam probationem adstringi possit, quia sibi sufficit sua possessio, donec probetur, illam esse violentam, clandestinam, aut precariam, tamdiu enim habetur pro justa, donec probetur vitiosa: Et hinc articulus noster *ita intelligendus* non est, quòd possessor rei ad actionem pignoratitiam contra se institutam teneatur sic respondere, prout articulus habet, **Das Pfand sey zuvor sein Pfand gewesen / ehe er geklagt worden /** cùm, ut paulò antè diximus, negativè litem contestando, respondere possit, ego sum in possessione rei, & nego, tibi potius jus esse, quàm ego habeam, quo casu, cùm litem praecisè negativè contestetur, nullae aliae partes judicis sunt, quàm, ut actori probationem juris sui cum debitis qualitatibus injungat: Si tamen actor instet, & petat, ut reus conventus medio juramento se purget, quòd non primùm post litem coeptam sibi in eadem re malitiosè pignus procuraverit, sed illud jam anteà bona fide acceperit, potest judex eidem juramentum calumniae deferre, quo praestito se ab omni mala suspicione liberat, & probationem juris potioris in actorem rejicit, ut ita hoc juramentum magìs purgatorium, quàm probatorium, & unum de antiquo genere juramentorum sit, quo litis contestatio negativa fieri debuit.

5 Alterum est, cùm, ut dictum, hoc juramentum praecisè adinventum sit ad tollendam omnem sinistram suspicionem, quae juxta *Art. 15. Tit. 15.* longè abesse debet in materia pignorum, quae exuberat, vel exuberare debet in bona fide, ideò dubium non est, si reus conventus alijs probationibus liquidò docere possit, se ante litem coeptam jam fuisse in litigiosa rei possessione, titulo constituti pignoris, quin ad hoc juramentum nullo modo obligetur: Ubi enim cessat suspicio calumniae, etiam juramento calumniae locus non est: Certè, si ipsa constitutio pignoris testibus probari potest, cur non, & possessio pignoris ab hoc, vel illo tempore? Articulus noster utitur verbis permissivis, **Mag er bey seinem Ayd bereden /** non praecepti-

ceptivis, soll er bey seinem Ayd bereden / ut clarè appareat, nihil singulare in hoc articulo constitui, cùm etiam de jure communi certum sit, calumniæ, & malitiæ suspicionem alijs probationibus, quàm juramento tolli posse.

Tertium est, quamvìs D. Balthasar videatur velle, post litem cœptam (non contestatam, cùm articulus de contestatione litis nihil dicat) constitutionem pignoris nullam, & inutilem esse, tamen hoc reverà articulus noster non dicit, sed illud omninò certum est, quòd constitutio pignoris durante lite facta contrariæ parti obesse nihil possit: Rationem supra diximus, quia taliter sibi pignus acquirens esset in mala fide, & proinde contraparti litis præjudicium parere non potest, propterea autem actus nullus, & inutilis non est, quia potest contingere, ut res pignori data, de qua lis est, pluribus sufficiat: Si igitur ponas, Titium, qui durante litis processu rem litigiosam sibi pignori procuravit, debere cedere Sempronio, litem secum habenti, & in constitutione pignoris priori: Nihilominùs, si post ejus contractum pignoratitium etiam Cornelio, qui cum lite nihil commune habet, pignoratio ejusdem rei facta fuerit, Titius eidem prævalebit, quia nullo modo dici potest, quòd illius pignoratitia obligatio nulla fuerit, præcipuè quoad Cornelium tanquam tertiam personam in lite non comprehensam, quod manifestè docetur per *Artic. 1. hujus Tit.* Ubi cuilibet debitori licentia datur, si res alteri pignorata quantitatem debiti excedat, illum excessum, dise Ubermaß / cuilibet tertio, aut quarto sine omni crimine stellionatûs in pignus concedendi. Sufficere enim debet creditori priori litiganti, ut ipse, qui tempore prior est, sit etiam potior jure: Interim autem Titio, cum quo litigium cœpit, invidere non debet, si ipse ex superfluo, von der Ubermaß / suam quoque satisfactionem consequi possit. Apparet hoc ex supra recitato *cap. 17.* §. Umb fahrende Haab / der alten Bayrischen Land-Recht / ubi in specie, wird jhm dann jcht über / id est, si aliquid primo creditori supersit, soll ers jenem widergeben / id est, restituere debet debitori, oder wer sich mit den Rechten darzu zeücht / id est, vel alteri, qui ad hoc superfluum jus habet. 6

Quartum est, quòd Dom. Rathij, & D. Balthasaris sollicitudo fuerit prorsùs supervacanea, an verba articuli nostri finalia, ubi actori probatio injungitur pignoris sibi priùs constituti ex modo, NB. Wie vor steht / intelligenda sint de probatione privilegiata per juramentum? Nam si, ut priùs jam diximus, juramentum rei conventi non est propriè probatorium, sed purgatorium, quo se à suspicione liberat, rem litigiosam non primùm durante lite malitiosè in pignus accepisse, quomodò verbum istud, Wie vor steht / ad probationem juratoriam restringi potest? Sequeretur planè unum absurdum ex alio, permittendo probationem per juramentum reo convento, quòd pignus acceperit ante litis initium, & alterum permittendo actori, ut rei conventi probationem juratam iterum novo juramento de pignore priùs accepto revellere possit: Qui sensus articuli non est: Verbum, Wie vor steht / intelligendum est de priori articulo, ubi de probatione per litteras, & instrumenta, vel in judicialibus pignoribus per judicem, tres testes, vel saltem duos, inter quos sit apparitor, agitur, & nihil de juramento tanquam probatione extraordinaria, & privilegiata. Vel, si vis in pignoribus conventionalibus ulteriùs progredi, ad *Artic. 5. Tit. 15.* Verbum, Wie vor steht / accipiendum est, ubi non nisi probatio per instrumenta, Durch Brieff / vnnd Handfest / vel probatio per duos testes admittitur. 7

Quintum denique est, cùm probaverimus, juramentum rei conventi non esse probatorium, sed tantùm purgatorium ad deponendam sinistram suspicionem, quòd non primùm post litem cœptam vexandi actoris causâ sibi rem, quam possidet, in pignus procuraverit, necessariò sequitur, quòd 8

reo convento ulterior probatio de tempore constituti sui pignoris injungenda non sit: Ratio est, quia per supra deducta probatio incumbit actori, qui non tantùm diem, sive horam suæ obligationis pignoratitiæ docere debet, sed etiam, quòd illa pignoratitiæ obligationi rei conventi prior sit, ut benè advertit præclarissimus *D. Rath. loc. cit.* Tametsi enim per Statuta nostra Bavarica reus conventus in hoc gravetur, ut se per juramentum purgare debeat, quòd non primùm post litem cœptam, rem, quam possidet, in pignus acceperit, nullibi tamen ei onus probandi injungitur, suum pignus antiquius esse, quàm actoris, quia planè id inverso juris ordine nescio quam insolitam Metamorphosin induceret. Articulus noster in terminis concordat, dicendo, præstito à reo convento juramento purgatorio, actoris esse, zubezeügen/ daß solch Pfand jhme zu erst versetzt seye. Qui recursum facere dignatur ad *Art. 15.* prioris *Tit. 15.* procul dubio exsplicationem hanc nostram meliùs comprehendet.

Pro conclusione monendum est, quoties in præcedentibus de litteris immissorijs mentio facta est, nos semper locutos esse de immissione, quæ fit ex causa judicati, & non de immissione, quæ tantùm fit ob contumaciam, rei servandæ, vel custodiæ causâ: Quid enim tales immissi juris habeant, in *semicent. nostr. 1. controv. 17. & 18.* pleniùs discussimus, quas benevolus Lector pro desiderio suo ad lubitum videre poterit.

Der Sechste Articul.

WAnn zween / oder mehr / die nit Pfand haben / zu einem klagen vmb Sachen / die sie mit Recht behabt haben / so soll der / oder die / so die erst endlich Urthail erlangt haben / von deß Antworters Guet am ersten bezahlt werden / Jedoch so zween / oder mehr an einem Tag Urthail erlangten / die sollen gleiche Gerechtigkeit der Wehrung haben / wurden Sie aber jrrig / wer das erste Urthail erlangt hätt / daß mögen sie mit dem Gerichts-Buech / auch mit dem Richter allein / oder mit dem Fronbotten / vnnd einem anderen zu jhme / oder mit dreyen vnverleumbten Mannen beybringen / vnd wer / oder welche / also am ersten behaben / vnd daß dermassen beybringen / der oder die sollen in den vierzehen Tagen / vngefährd die Vollziehung der Urtheil / vnd jhre Entrichtung begehren. Wo aber der / oder dieselben / in den 14. Tagen / wie vor steht / die Vollziehung nit begehrten / so sollen sie ferrer nit gehört werden / sonder es mögen die anderen die nach jhnen behabt haben / ohn jhr Hindernuß die Vollziehung jhres erhaltnen Urthails vnd jhr Bezahlung begehren. Doch soll solches allen anderen / den zu solchen Rechten nit verkündt würdet / vnd Gerechtigkeit zu dem Kläger / oder seinem Guet haben / an jhren Rechten vnvergreifflich vnd ohn Schaden seyn.

SUMMARIA.

1. *Utrùm res judicata, & sententia definitiva jus hypothecæ, & pignoris tribuat?*
2. *& 6. An plures creditores, qui eodem die sententiam obtinuerunt, in tributum vocentur?*
3. *Quid si unus ex creditoribus eo adhuc die pro executione sententiæ pignus capi, & sibi tradi à judice petat?*
4. *An ex mutuantibus sine pactione hypothecæ nihilominùs tamen privilegium*

legium personale habentibus ille prior sit, qui eodem die citiùs mutuavit, quàm alter?

5. *Quotuplicis generis sint creditores chyrographarij privilegiati?*

7. *Quis prioritatem temporis probare debeat, & quomodo?*

8. *Si creditor probata prioritate sententiæ intrà 14. dies executionem petere neglexerit, an cadat omninò jure suo?*

9. *Quid si iste terminus 14. dierum effluxerit, non ex culpa creditoris, sed negligentiâ judicis?*

10: *An præjudicium fieri possit alijs, qui ad judicium de prioritate citati non sunt?*

QUòd res judicata, & sententia de jure communi nec jus hypothecæ, 1
aut pignoris, nec privilegium prælationis inter creditores chyrographarios tribuat, diximus ad *Art. 31. Tit. 2. Vers. quintus creditor, &c.* deß Gandt-Proceß. At de jure nostro Statutario hoc privilegium rei judicatæ, & sententiæ finali competere, dubium non est, juxta dict: *Art. 31. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß. Imò quidam ex assessoribus mecum dubitârunt, an non nudum mandatum de solvendo creditori inter nudos chyrographarios aliquam prærogativam tribuat? Eò quòd *Art. 31.* deß Gandt-Proceß / loquatur de tali, **Der ein Obrigkeitlich Geschäfft erhalten / daß der Beklagte jhme die Bezahlung laisten solle /** quæ verba non videntur importare victoriam per finalem sententiam obtentam, sed nudum mandatum de solvendo. Hoc privilegium nunc articulus noster in tantum extendit, ut etiam locum habeat inter plures creditores rem judicatam pro se habentes, quoniam semper ille potior est, qui sententiam pro se priùs obtinuit. Diximus sententiam, id est definitivam, ut articulus noster expresse exsplicat, in verbis, **So soll der / oder die / so die erste endlich Urthail erlangt haben / von deß Antworters Guet am ersten bezahlt werden.** Ut ita interlocutoria non sufficiat, multò minùs mandatum de solvendo prosit, cùm ex illis victoria non dependeat, cujus effectus est hoc privilegium, de quo agimus, prælationis.

Et licèt supra dixerimus, in pignoribus, & hypothecis quoad prioritatem non solùm diei, sed etiam horæ, & momenti computationem admitti, tamen hoc inter plures, qui eodem die sententiam obtinuerunt, locum non habet, cùm omnes trahantur in tributum: Rationem, quare aliud in hypothecarijs, & pignoratitijs creditoribus observandum sit, quàm in his personalibus creditoribus judiciarijs, reddit D. Rath istam, quòd pignus, & hypotheca tribuant jus reale, quod ex post facto creditori pignoratitio, vel hypothecario ne spatio quidem unius momenti interverti possit: At hoc privilegium, quod conceditur ex sententia, & re judicata, est solùm personale, ac proinde tam strictè non coarctandum. Nobis videtur potiùs hæc ratio esse, quòd omnia, quæ in una eadémque audientia judiciali peraguntur, videantur esse simul acta, & expedita, & cùm una die judex non nisi semel pro tribunali sedeat, neuter ex illis, qui eo die sententiam obtinuerunt, videatur priùs, aut posteriùs expeditus; Nam aliàs ministri judiciales etiam ad momenta horæ observanda deberent esse attenti, quod nec decor judicij, nec negotiorum multitudo admittit, imò durissimum esset, si judicis potestati relinqueretur, ut eodem die, & in eadem audientia unum priùs expediendo, per suam sententiam reliquis simul concurrentibus posset facere præjudicium, quæ nostra opinione fortior ratio est, quàm quæ fundatur in personalitate privilegij. 2

Sed quid si duo eodem die sententiam obtinuerunt contra eundem debitorem sibi communem, unus verò ex ijs sibi meliùs vigilavit, & judici institit, ut eo adhuc die pro executione sententiæ suæ pignus caperetur, & sibi traderetur: Anne iste ratione pignoris præferatur alteri, qui eodem 3

dem die secum sententiam obtinuit ? Et Respondemus, quòd sic: Quia per pignoris captionem jus reale acquisivit, quod semper, & ubique debitis chyrographarijs etiam personali privilegio munitis præfertur: Rectè igitur facit, qui sibi circumspectè vigilat, cùm jura vigilantibus scripta sint. *l. pupillus. 24. l. quia. 6. ff. quæ in fraudem credit.*

4 Quæres occasione hujus articuli, quid dicendum sit in alijs casibus similibus, V. G. si duo pro emptione alicujus boni alteri pecuniam mutuârunt, & sibi de hypotheca non caverunt ? Hi enim non nisi privilegium personale habent inter creditores chyrographarios. Si igitur mutuatio amborum facta est eodem die diversis tamen horis, annè concurrendo in tributum vocantur, vel an ille prior est, qui eodem die pecuniam suam priùs mutuavit ? Ex D. Rathij opinione ambo in tributum veniunt, quia eorum privilegium personale est, & proinde tam strictè non accipiendum, ut inter pares in causa ad punctum, & momentum horæ restringatur. Ex nostra autem opinione videtur contrarium dicendum esse, cùm putemus, in hoc articulo de ijs, qui eodem die sententiam consequuntur, hoc speciale esse, quòd de prioritate nulla competentia fieri possit, cùm videantur simul esse expediti. At de duobus mutuantibus id dici non potest, quia cujuslibet negotium separatum est: Sicut igitur ex duobus mutuantibus cum pactione hypothecæ in re noviter empta is notoriè prior est, qui mutuavit eodem die citiùs, quàm alter, ita etiam abstrahendo à pacto hypothecæ prior esse debebit, qui prior est tempore, cùm inter pares in causa semper regula hæc teneat, quòd tempore prior sit etiam potior jure: Similiter in *Art. 31. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / ponitur alius casus, qui eandem difficultatem patitur, E. G. duo mutuârunt pecuniam suam, quâ *creditores* hypothecarij, & privilegiati dimissi sunt, qui tamen *sibi de successione* in jus dimissorum nullo pacto vigilârunt. Hi inter creditores chyrographarios privilegium personale prælationis habent: Si itaque ponamus, mutuationem pro dimittendis alijs creditoribus privilegiatis factam fuisse eodem die, eadem quæstio resurgit, annon prior tempore sit potior jure ? Si igitur ex ratione D. Rathij personalitas hujus privilegij facit, ut inter concurrentes eodem die nulla concedatur prioritas, etiam id inter hos creditores locum habebit, quorum pecuniâ alij privilegiati creditores dimissi sunt, cùm & ipsi tantùm personale privilegium inter chyrographarios consequantur; Certè, ut cum bona pace tanti viri ingenuè fatear, quod sentio, *mihi* hæc ratio non sufficit: Cur enim hæc personalitas privilegij suspendit *prioritatem* tantùm in uno die, & non suspendit ex toto ? Cùm vi hujus articuli certum sit, quòd inter creditores, qui sententiam, sive rem judicatam pro se habent, ille præferatur, qui uno, vel pluribus diebus præ altero sententiam accepit: Alia etenim ratio subesse debet, quam nos dicimus hanc esse, quòd judicata eodem die habeantur pro simultaneè expeditis, & judicatis, ut ita eodem die in judicialibus prius, & posterius non detur: Ut igitur nostram opinionem paucis dicamus. Supponimus primò,

5 certum esse, quòd chyrographarij creditores privilegiati duplicis generis sint, quidam, qui non sunt ejusdem nominis, sed diversæ speciei, E. C. secundùm *Art. 31. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / Civitas creditrix: Creditor, qui mutuavit pro emptione alicujus boni sine constitutione pignoris: Sponsa, quæ ante nuptias sponso dotem attulit: Creditor, cujus pecuniâ *alius* privilegiatus creditor dimissus est, nullo pacto addito de successione *in* jus, & locum ejus: Creditor ex re judicata: Et alij, &c. Si nunc hi inter se concurrunt, & quæstio sit, quis ex bonis debitoris priùs satisfieri debeat, Wer vor soll gewehrt werden ? Certum est de jure statutario, quòd ille præferentiam habeat, qui in nostro articulo invenitur alijs præpositus, ita ut ordo scripturæ præcisè observandus sit, non autem antiquitas, sive

prio-

prioritas temporis, E. C. civitatis prætensio est tribus annis junior, quàm prætensio mutuantis ad rem emendam sine hypotheca, civitas tamen præfertur, quia in articulo præponitur, & sic de reliquis, ut ad eundem *Artic. 31.* exsplicavimus.

At secundò, si ejusdem nominis, & speciei creditores chyrographarij privilegiati concurrant: V. G. duæ civitates, nulla alteri præfertur, tametsi quoad debitum tempore prior sit, cùm inter creditores pares in nomine non habeatur ratio prælationis ex tempore, sed, quia sunt comprehensi sub uno loco, vocantur in tributum.

De hac Regula tertiò, excepta est causa rerum judicatarum, quia secundùm Articulum præsentem is, qui uno die priùs sententiam obtinuit, præfertur alteri similiter titulùm rei judicatæ habenti, sed posteriorem.

In quo quartò, duplex est differentia à jure communi. 1. Quòd debitum ex re judicata de jure communi prorsùs nullum privilegium ante nudos creditores chyrographarios habeat, quod tamen privilegium *Artic. 31. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / illis expressè tribuit: Et 2. Articulus præsens in tantum extendit, ut, tametsi creditores sint ejusdem nominis, & speciei, tamen in tributum non vocentur, sed, qui prior est tempore, sit etiam prior jure. Quare autem in rebus judicatis aliud statutum sit, quàm in reliquis debitis chyrographarijs personale privilegium habentibus, nobis non liquet, sed provocandum est ad *l. non omnium, quæ à majoribus nostris, &c.* Vide, quæ dicuntur infra ad *Tit. 19. Art. 11.* 6 Diff.

Quis autem prioritatem temporis probare debeat, difficultatem non habet, quia actori incumbit probatio, qui ergò provocat ad judicium, & se in prioritate temporis fundat, illam tanquam fundamentum intentionis suæ probare necesse habet. Quomodò autem probatio fiat, articulus præsens conformiter ad *Art. 4.* hos quatuor modos præscribit: Primum per libros judiciales, vulgò, die Raths-Protocoll / quibus habetur plena fides. Secundum per judicem, cujus solius assertioni, utpote de officio deponentis, statur. Tertium per apparitorem, sive ministrum judicialem, den Fronbotten / ita tamen, ut ei alius quoque testis legitimus accedat. Et denique quartum per tres testes omni exceptione majores. Omnes istos quatuor modos ad *Art. 4.* sufficienter exsplicavimus. 7

Ulteriùs disponit articulus iste hoc singulare, ut probata prioritate sententiæ creditor obligatus sit, intrà 14. dies ejus executionem petere, quod si neglexerit, ampliùs non auditur, sed reliquis, die nach ihnen behabt haben / id est, qui posterius jus obtinuerunt, liberùm est, ut ipsi in locum negligentis subintrare, & executionem implorare possint.

Sed ex hoc ipso iterum oritur alia quæstio, quid verba hæc, So sollen sie ferner nit gehört werden / significent: An scilicet antiquior creditor ex re judicata per neglectam petitionem executionis intrà 14. dies omninò cadat jure suo? Et Respondemus, nostra opinione hunc non esse sensum articuli nostri, sed tantùm, ut perdat jus prioritatis, & secundum creditorem ex re judicata ampliùs impedire non possit, quò minus præ se primo creditore ad executionem procedere possit: Si ergò ponas, debitorem solvendo esse, nullum nobis dubium est, quin ipsi actio ex re sua judicata superstit, cùm verba, Er soll nit mehr gehört werden / tantùm sensum habeant respectivum ad alterum concreditorem posteriorem rem judicatam habentem, id est, ut ampliùs non audiatur præ illo jus prioritatis, & prælationis prætendendo. 8

Quid si autem etiam secundus negligat, intrà quatuordecim dies jure prioritatis ad se devoluto executionem implorare, & procurare? Putamus,

utrumque creditorem tunc fore in pari causa, &c, cùm debitor per ejusmodi cunctationem non liberetur à debito suo, utrumque creditorem in tributum admittendum.

Imò valdè subsistimus, annon amisso hoc jure prioritatis privilegiato, non solùm inter se, sed etiam cum reliquis simplicibus creditoribus personalibus omni privilegio destitutis in tributum venire debeant, juxta Regulam, quòd privilegiatus amisso privilegio utatur jure communi, & cessante causa, cesset etiam effectus per vulgaria.

9 Id scrupulo caret, quòd, si terminus 14. dierum inutiliter effluxerit, non ex culpa creditoris, sed ex culpa judicis, judicis factum, aut negligentia parti nocere non possit, modò intrà prædictum terminum executio fuerit implorata, quam implorationem, non autem judicialis executionis consummationem, quæ in potestate creditoris non est, sed in potestate judicis, necessariam ducimus.

Et quod hactenus diximus de duobus creditoribus rei judicatæ, proportionaliter etiam intelligendum est de pluribus, ita ut priores semper per negligentiam suam posterioribus ad prosequendum jus suum viam aperiant.

10 In fine articuli additur generalis clausula, quòd tamen hoc omnibus alijs, qui ad hoc judicium de prioritate inter duos, vel plures orta, non fuerunt legitimè citati, in jure suo nullum facere debeat præjudicium, quod per se clarum est, cùm lis inter alios acta tertio nihil præjudicet. *Vid. semicent. nostr. 1. controv. 21. per totum.* Interim putamus, in hoc articulo errorem irrepsisse, & quòd in penultima linea pro verbis, Zu dem Kläger / ponenda sint verba, Zu dem Antworter / *quæ in nostra editione* tamen non immutavimus, cùm in correcturis diligenter aliàs extractis nullum hujus emendationis inveniatur vestigium: Benevolus Lector ipse facilè sensum deprehendet, cùm in effectu articulus velit dicere, quòd reliquis creditoribus debitoris (qui in hoc articulo præsupponitur esse reus, non actor) & omnibus alijs jura sua debeant manere intacta.

Deß XVII. Tituls

Von hingelyhenen Güteren / vnd Widerlegung derselben Schäden.

Erster Articul.

WO einer dem anderen leyhet / Klaider / Kleinot / Bücher / Pferdt / oder ander ligend / oder fahrend Guet / zu einem besonderen Brauch / vnverdingt / vnnd vnverpflicht ainiches Lohns darumb / so mag der Entlehner solch Guet zu dem Brauch / darzu jhm es gelyhen ist / wol nutzen vnnd brauchen / doch also / daß er solches dem / der es jhm gelyhen / nach geschehnem Brauch wider überantworte / aber vor Außgang deß Gebrauchs / ist er nit schuldig / das abzetretten. Es ist auch der / dem solch Guet gelyhen ist / schuldig / dasselb mit sovil vnd mehrerm Fleiß zubewahren / als ob es sein aigen Haab / oder Guet wäre. Und wo über solchen seinen gebührlichen Fleiß / vnd seinethalben vnverschuld / ainiger Schad an dem gelyhenen Guet beschehe / so ist der / welcher

das

das Guet entlehnet hat / nichts minders schuldig / sich mit dem / der jhm solches gelyhen / nach Zimblichkeit zu vertragen / vnnd abzekommen. Wo aber solcher Fleiß nit geschehe/ vnd auß seiner Verschuldnuß/ oder Versaumbnuß / oder auß seinem Mißbrauch / die gelyhen Haab geärgert / beschädigt / oder verlohren würdet / so ist er schuldig allen Schaden zuwiderlegen/ vnd zegelten. Es wären dann zwischen den Theilen / solches gelyhenen Guets halben / besonder Geding beschehen / alsdann soll es in obverschribenen / vnd nachfolgenden / auch allen anderen Fällen / bey solchem Geding bleiben.

SUMMARIA.

1. *Quid sit commodatum?*
2. *An servitutes, & jura incorporalia commodari possint?*
3. *Utrùm commodatum fieri debeat ad certum usum, & ad determinatum tempus?*
4. *An debeat esse gratuitum?*
5. *Quid si commodatarius re utatur ad alium usum, quàm à commodante concessa fuit?*
6. *An res finito usu sit restituenda, & an ante finitum usum revocari possit?*
7. *Quid si commodator re commodata opus habeat, & eâ carere nequeat?*
8. *Quando commodatarius præfinito tempore usum rei non consummavit, an nihilominùs eam teneatur restituere?*
9. *An necessarium sit, ut res ipsa in specie, & in individuo restituatur?*
10. *An commodatarius rem commodatam majori diligentia, quàm res proprias custodire, & conservare teneatur?*
11. *Qualem culpam præstet commodatarius?*
12. *An commodatarius in 4. miserabilibus casibus obligetur ad salvandas res commodatas relictis proprijs?*
13. *Cur depositarius res proprias etiàm viliores possit præferre rei depositæ?*
14. *Ad quid teneatur commodatarius, si casu fortuito, vel in vi majore rem commodatam amiserit?*
15. *Vel culpâ, abusu, & morâ commodatarij in re commodata damnum contigerit?*
16. *An non obligetur in solidum, si casum fortuitum specialiter in se suscepit?*
17. *Utrùm teneat conventio, ne commodatarius culpam latam præstet?*
18. *An etiam dolus in commodato commissus pacto remitti possit?*
19. *An id, quod de remissione culpæ, & doli in commodato statuitur, etiam in alijs contractibus obtineat?*
20. *An non possit conveniri, ne commodati, depositi, &c. agatur?*

INscribitur hic titulus, von hingelyhenen Güteren / vnd Widerlegung derselben Schäden: Id est, de rebus commodatis, & refusione damnorum in ijs contingentium. Verbum, Leyhen / genericum est, & plures contractus designat, mutuum, commodatum, precarium, locationem, & subinde etiam pignorationem, imò emptionem, & venditionem. *Wehner. in pract. observ. sub verbo.* Leyhen / *& verbo.* Pfandschafft. In hoc articulo sumitur pro contractu commodati, cujus definitionem, sive potiùs descriptionem alij aliter reddunt, omnium optimè *Manz. ad tit. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. §. nostrum.* Ubi dicit, commodatum est, quando alteri res gratis conceditur ad certum tempus usúmque, ea lege, ut eadem nobis in specie bonâ fide restituatur. Sive, ut Mozz: inquit, commodatum est, quando quis rem mobilem, vel immobilem alteri tradit, & committit utendam tempore determinato tacitè, vel expreßè: Quam descriptionem 1

etiam

etiam articulus noſter approbat, qui ſequentia diſponit. Primò tam in rubro, quàm in nigro ſtatim ab initio admittit, quòd quælibet res mobilis, vel immobilis poſſit alteri commodato tradi, ſive commodo utentis concedi: Frequentior tamen eſt iſte contractus in rebus mobilibus, cùm bona imobilia, quæ pinguiorem fructum ferunt, non ita facilè commodentur, utpote, quia commodatum, ut mox ſequetur, debeat fieri gratìs: Homines autem in rebus majoris momenti ad ſua prodigenda tam faciles, & proclives non ſint.

Ex hoc autem ſecundò, quod diximus (alteri), infertur, quòd nemo rem ſuam ſibi ipſi comodare poſſit, cùm inter contrahentes debeat eſſe diverſitas perſonarum.

2 Tertiò, tametſi aliqui voluerint, jura incorporalia, & ſervitutes commodari non poſſe, tamen contrarium ex *l. ait prætor. 1. §. hujus. 1. ff. commodati, vel contra.* docet. *Mozz. ſub rubr. de rebus, quæ poſſ. commod. num. 3.* Et quia articulus noſter res incorporales, & ſervitutes non excipit, earum commodatum improbare non poſſumus. Et quidem, quod attinet ad ſervitutes, res dubium nullum habet, ſi dominus in re ſua propria alteri ſervitutem commodet, veluti, ſi me rogaveris, ut tibi per fundum meum certis diebus ad aliquot annos, ire, vel agere liceat, vel, ut in tectum, aut aream ædium mearum ſtilicidium tuum ad certum tempus avertere poſſis. *l. veluti. 3. ff. de precario. l. & habet. 15. §. precario. 2.* Vel, ut tibi habitationem in meis ædibus ad certum determinatúmque tempus gratìs indulgeam. *l. 1. in fine. §. 1. ff. mandati. l. Lucius. 32. & l. Aquilius. 27. ff. de donationibus.* Alia tamen quæſtio eſt, ſi is, qui habitationem, & alia ejuſmodi jura, ut ſervitutes, habet, an eas quoque alteri commodato concedere poſſit? De quo videatur *Mozz. loc. cit.* & *Colleg. Argent. ad tit. ff. commodati, vel contra.* Ubi alios quoque auctores citat, ad quos Lectorem remittimus.

Sequitur quartò, quòd etiam res ſe moventes, ut ſervus, ancilla, equus, equa, pullus, & alia jumenta commodari poſſint, imò in nullis rebus, quàm iſtis, contractus commodati frequentior eſt, ut toto hoc titulo paſſim videre eſt.

3 Quintò, requirit articulus noſter, ut commodatum fieri debeat ad certum, & determinatum uſum, zu einem beſonderen Gebrauch: Ratio eſt, quia commodatum dicitur, quaſi cum modo datum: Si itaque uſus non ſit modificatus, & certus, commodatum dici non poteſt.

Et licèt ſextò, articulus noſter de certo, & determinato tempore nihil dicat, ex hoc tamen non ſequitur, quòd in commodato certi temporis denominatio neceſſaria non ſit, ſed, quia certus, & determinatus uſus præſupponit etiam certum, & determinatum tempus, ideò tempore non expreſſo cenſetur tacitè tantundem conceſſum, quantum ad uſûs conſummationem neceſſarium eſt. *l. in commodato. 17. §. ſicut. 3. ff. commodati. Schneidew. ad §. item. 15. n. 3. & 5. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Et hinc, ſi uſus non ſit modificatus, & certo tempore concluſus, non eſt commodatum, ſed precarium. *Manz. ad §. noſtrum. num. 20. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Veluti, ſi commodator dicit, concedo tibi hanc rem meam utendam pro beneplacito. *Molina. de Juſt. & Jure. tom. 2. diſput. 294. n. 5.* Vel, quia in contractu nullum tempus fuit expreſſum, neque talis uſus determinatus, qui ad certum tempus judicis arbitrio reſtringi poſſit. Idem *Molina. loc. cit.*

4 Septimò neceſſe eſt, ut conceſſio fiat gratìs, ſive, ut articulus noſter loquitur, vnverdingt / vnd vnverpflicht / id eſt, ſine mercede, quia mercede interveniente locatio erit, textus in dict: *§. item is. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Si verò alia res interveniat, contractus erit innominatus:

Com-

Commodare enim est officium amicitiæ præstare, cui contraria est mercedis constitutio, aut conventio. *Manz. loc. cit. n. 15.* Si tamen ex postfacto finito usu, gratitudinis, & remunerationis causâ aliquid offeratur, id non videtur repugnare contractui commodati: Maximè, cùm in deposito, *l. 2. §. fin. ff. vi bon. raptor.* & in mandato. *l. salarium. & l. remunerandi. ff. mandati.* honorarium intervenire possit, tametsi uterque contractus æquè sit, & esse debeat gratuitus, ac contractus commodati.

Octavò, requirit articulus, ut commodatarius re utatur ad illum usum, ad quem à commodante sibi concessa est, juxta verba, **So mag der Entlehner solch Guet zu dem Brauch / darzu jhm es gelyhen ist / wol nutzen / vnd brauchen:** Ergo à contrario sensu ad alium usum applicare non potest: Nam, qui re commodata utitur ad alium usum, quàm ad quem ei utenda concessa est, ipse furtum committit, non quidem rei commodatæ, sed usûs ejus, quia furtum est contrectatio fraudulenta, vel ipsius rei, vel usus ejus, possessionisvé: Hinc, si equum tibi commodâssem ad equitandum, & tu velis uti ad vehendum, furtum usûs committis. *§. 6. Inst. de oblig. quæ ex delict.* 5

Nonò opus est, ut commodatarius rem finito usu restituat: Ratio per se clara est, quia commodatum non transfert dominium in commodatarium, nec possessio in eum transit. *l. rei commodatæ. ff. commodati. l. 1. in fine. ff. de precario.* Causa igitur cessante res redire debet ad priorem statum, ut scilicet res commodata revertatur ad dominum suum, & possessorem suum, juxta verba, **Doch also / daß er solches dem / der es jhm gelyhen / nach geschehenen Brauch wider überantworte.** 6

Interim decimò certum est, quòd commodator rem priùs, antequàm usus finitus sit, revocare nequeat, per textum in *l. si ut certo. §. idémque. ff. commodati.* Ratio habetur in *l. in commodato. 17. §. sicut. 13. ff. eodem.* Quia beneficijs nos adjuvari, non decipi oportet: Contrahitur enim inter dantem, & accipientem mutua obligatio ad certum tempus tacitè, vel expressè præfinita, quæ alterâ parte invitâ violari, & interverti non debet, ita ut, si commodans rem commodatam ante tempus revocaverit, actione mandati contraria commodatario ad interesse, & damni resarcitionem obligetur. *Mozz. ad princ. tit. de commod. n. 6. Molina. loc. cit. disput. 294. n. 6. Perez. ad h. tit. n. 14.*

Quid si autem undecimò, commodator re commodata opus habeat, nec eâ carere possit, anné illam ante expletum tempus usûs concessi repetere poterit? Et quidquid *Molina. loc. cit. disput. 294. n. 8.* in contrarium dicat: Nos cum *Perezio. ad tit. Cod. de commod. n. 16.* affirmativè Respondemus, licèt commodator contractum commodati ineundo alterius comodum intenderit, non tamen præsumendum esse, quòd illud voluerit facere cum majori suo incommodo inopinato, cùm quilibet sibi proximior, & proverbium sit, quòd charitas incipiat ab ego: Si enim locator, qui suis proprijs usibus ædes alteri locatas necessarias habet, expellere potest conductorē ante tempus. *l. 3. Cod. locati.* Prout consuetudo Monacensis mordicùs defendit, multò magìs id procedere debet in commodante, qui mero titulo gratuito alteri rem utendam concedit: Nec obstat, quod alij opponunt, donatorem ob supervenientem inopiam, & indigentiam non posse revocare donationem factam, quia benè Respondet *Perez. loc. cit.* quòd per donationem dominium transeat in donatarium; At rei commodatæ, & proprietas, &possessio remaneat apud commodantem. *l. 8. ff. commodati.* Et solus usus transeat in commodatarium, qui facilioris sit revocationis, quàm dominium. 7

Quid si autem duodecimò, commodatarius intrà tempus præfinitum, usum rei consummare, imò fortè nec inchoare potuerit, anné rem commo- 8

modatam nihilominùs elapſo tempore uſui deſtinato applicare poterit ? Et Reſpondetur negativè, ratio eſt, quia conceſſa ad tempus, tempore elapſo extinguuntur, & quod permiſſum eſt ad terminum determinatum, poſteà cenſetur negatum. *Mozz. rubr. quomodo toll. commod. num. 6. Medices. de Caſ. fort. part. 2. quæſt. 10. n. 52.* Poteſt enim facilè contingere, ut dominus elapſo tempore re ſua opus habeat, qui, cùm agat de damno certando, utique potior eſt, quàm commodatarius, qui agit tantùm de lucro ex commodatoris amicitia, & benevolentia captando. Quod in tantum extenditur, ut commodatarius, niſi elapſo tempore rem in continenti reſtituat, ſine ulla interpellatione in mora conſtituatur, eò quòd dies interpellet pro homine. *Manz. loc. cit. n. 21. Schrader ad dict. tit. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. §. noſtrum. n. 15. & 16. ubi limitat. annectit.*

9 Decimò tertiò neceſſarium eſt, ut quis rem ipſam, quam utendam accepit, finito uſu in ſpecie, & in individuo, non verò aliam loco ejus reſtituat, textus in dict: §. *noſtrum. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Quia hæc eſt natura commodati. Nam, ſi commodator teneretur, aliam rem accipere, tunc non eſſet contractus commodati, ſed vel mutuum, vel permutatio, vel alius contractus innominatus, ut DD. ad dict: §. *item is.* pluribus exſplicant: Et hinc ſequitur, tametſi ſupra dixerimus, omnes res mobiles, & immobiles commodari poſſe, quòd tamen res fungibiles, id eſt, quarum uſus conſiſtit in abuſu, & nulla earum utilitas eſt, niſi conſummantur, commodato concedi non poſſint, cùm res conſumptæ in rerum natura ampliùs non ſint, & quod non eſt, reſtitui non poſſit. *Manz. loc. cit. n. 26.* Sequitur 2. Si res commodata æſtimatò fuerit tradita, quòd contractus commodati non ſit, ſed emptio, & venditio, vel certè, quòd in dubio dicendum, æſtimationem plus non operari, quàm, ut certum *ſit*, quid ſuo tempore reddendum, ſi res ipſa perierit, aut notabiliter deterior facta ſit culpâ accipientis. *Molina. loc. cit. diſp. 295. n. 10.*

10 Decimò quartò, diſponit articulus, quòd commodatarius rem ſibi commodatam non modò eâdem diligentiâ, quâ res proprias, ſed etiam majori cuſtodire, & conſervare debeat, juxta verba, **Es iſt auch der dem ſolch Guet gelyhen iſt / ſchuldig / daſſelb mit ſo vil / vnd NB. mehren Fleiß zu bewahren / als wenn es ſein aigen Haab / oder Guet wäre /** id eſt, quòd teneatur commodatarius, non tantùm parem, ſed etiam majorem curam, & diligentiam pro cuſtodia rei commodatæ impendere, quàm in rebus proprijs: Convenit hic textus aliqualiter cum verbis Juſtiniani in §. *item is. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* Ubi dicit de comodatario, quòd non ſufficiat commodatario, rei commodatæ tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſi modò alius diligentior poterat eam rem cuſtodire. Ferè ſimile quid habet Ulpianus in *l. ſi ut certo. 5. §. quod verò. 4. ff. commodati.* Ubi dicit, commodatarium non excuſari, ſi, cùm poſſet res commodatas ſalvas facere, ſuas prætulerit.

11 Antequàm autem hoc pleniùs exſplicemus, præmittendum eſt, commodatarium, ſi commodatum, ut plerumque, & regulariter fit, in ipſius ſolius gratiam initum eſt, teneri non ſolùm de dolo, lata, & levi, ſed etiam de leviſſima culpa: Licèt enim Imperator in dict: §. *item is.* dicat, quòd ille, qui rem utendam accepit, tantùm exactam diligentiam rei cuſtodiendæ præſtare debeat, tamen omnes DD. in hoc conveniunt, quòd ibi poſitivus pro ſuperlativo poſitus ſit, & Imperator loquatur de diligentia exactiſſima, ut leges legibus concordentur, cùm in *l. 1. & l. in rebus. 18. ff. commodati.* ſolus caſus fortuitus excipiatur, & commodatarius ad talem diligentiam obligetur, qualem quilibet diligentiſſimus paterfamiliâs impenderet. Diximus de commodatario, cujus ſolius gratiâ comodatum factum eſt: Nam, ſi commodati contractus etiam commodantis utilitatem, & favorem con-

cer-

cerneret: V. G. Ut *Schrader. ad hunc.* §. *n. 20. & 30.* exemplificat, si commodatarius à Titio equum comodato acceperit, ut utriúsque negotia communia expediret, non nisi de lata, & levi culpa obligatur, quod regulare est in omnibus contractibus utriusque contrahentis favorem, & utilitatem concernentibus: Similiter, si comodatum initum fuerit in favorem, & gratiam solius commodantis: V. G. si mihi quis libros suos commodaverit, ut ei patrocinarer in judicio, vel equum, ut peregrè abeundo debitorem commodantis exigerem: Tunc certè ego non nisi dolum, & latam culpam præsto, *Manz. ad eund.* §. *n. 11.* Præsupponendum est igitur, quòd articulus noster in prædictis verbis, ubi in rebus commodatis majorem diligentiam requirit, quàm in rebus proprijs, loquatur solummodò de stricto commodato, quando res alteri ad usum conceditur gratìs pro sola sua commoditate, & utilitate, ex mera amicitia, & spontanea voluntate, de quo nihil lucri, aut commodi in commodantem redundat, quæ est vera natura commodati propriè sic dicti.

Hoc præmisso quæritur nunc, si casus fortuitus superveniat: V. G. 12 incendium, naufragium, aquarum inundatio, hostilis invasio, &c. ut commodatarius res proprias, & commodato acceptas, simul salvare non possit, an teneatur derelictis rebus proprijs præferre commodatas, & eas in salvo constituere? Et *D. Rath. loc. cit. assert. 21.* affirmativè Respondet. *D. Balthasar. ad hunc art. resol. 1. n. 35.* ex *Molina. loc. cit. disput. 296.* aliquas illationes facit, potiùs ad forum conscientiæ, quàm justitiæ pertinentes: Nos dicimus breviter, si res commodatarij propriæ sint æqualis, vel vilioris pretij, quàm res commodatæ, quòd has in tali infortunij statu suis proprijs præferre debeat. Si autem res propriæ sint longè pretiosiores, & majoris pretij, manet quidem obligatio, potiùs salvandi res commodatas, cùm articulus noster nullam limitationem adjungat: Interim tamen, si res proprias pretiosiores periculo subduxerit, quod ipsi adeò invidendum non est, & res commodatæ perierint, commodatori datur actio ad id, quanti suâ interest, rem restitui non posse: Ratio est, quia permanente obligatione in defectum rei æstimatio ejus succedit.

Aliud est in deposito, cùm depositarius obligationem nullam habeat, 13 rem depositam in ejusmodi infortunij casu, quo utrásque, id est tam proprias, quàm res depositas salvare non potest, rebus proprijs suis præferendi, eò quòd depositum non ipsius, sed deponentis gratiâ fiat. *Caroz. de deposito. part. 2. cap. 2. n. 7.* Licèt etiam propria res, re deposita vilior sit, quod tamen D. Rath in tantum non approbat, ut res propria, etiam vilissima depositæ rei alienæ pretiosæ anteferatur: V. C. Ut aliquis equum centum florenorum apud se depositum relinquat, propriúmque vitulum, vel ovem salvet. Quæ sententia magìs naturali æquitati, & foro conscientiæ, quàm stricto juri conveniens est. Diximus studio de casu, quo depositarius utrásque res proprias, & depositas salvare non potuit: Nam hoc depositario probandum est, cùm aliàs præsumatur, rebus alienis minorem curam adhibuisse, quàm proprijs; Quod in *l. quod Nerva. 32. ff. depositi.* improbatur, juxta verba, nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstet, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem ijs, quàm suis rebus diligentiam præstabit. Quasi Juris - Consultus dicat; Ex eo, quòd depositarius non adhibuerit diligentiam in re deposita, quam adhibuit in sua, præsumitur dolus, vel lata culpa.

Decimò quintò, tametsi commodatarius, si per vim, vel alios majo- 14 res, & inopinatos casus, qui nullâ providentiâ humanâ caveri poterant: V. G. per incendium, ruinam, naufragium, latronum, hostiumvé incursum rem commodatam amiserit, de jure communi liberetur, nec ad solu-

tionem ejus obligetur, *l. si ut certo.* §. *nunc videndum. l. in rebus in princ. ff. commod. l. 1. Cod. eodem. cap. unico ext. eod.* §. *item is. Inst. quib. mod. re cont. obl.* per rationem, quia casus, & periculum spectant ad rei dominum, *Diff.* tamen articulus noster manifestam differentiam inducit, disponendo, ut commodatarius ab omni prorsùs culpa rei deperditæ immunis, nihilominùs eatenus teneatur, ut ratione subsecuti damni ad justam transactionem arbitrio judicis æstimandam compelli possit, **Daß wo über all sein gebührlichen Fleiß / vnd seinethalb vnverschuld einiger Schad an dem gelyhenen Guet beschehe / der / welcher das Guet entlehnet hat / nichts minders schuldig seye / sich mit dem / der jhm solches gelyhen / nach Zimblichkeit zuvertragen / vnnd abzukommen.** Ex quibus verbis infertur primò, quòd quidem commodatarius non teneatur ad integrum damnum, quod casu fortuito contigit, sed ad partem ejus domino resarciendam: Ratio est, ne domino rei commodatæ officium benevolentiæ, & amicitiæ fiat nimium damnosum. Censuerunt quidem DD. Consiliarij, melius esse, ut in articulo certa quota, pro qua comodatarius concurrere debeat, determinaretur (cùm remissio ad amicabilem compositionem arbitrio judicis faciendam tantùm novas lites, & tricas excitet,) V. G. ad dimidium rei perditæ, vel damni contingentis, sed legislator hanc admonitionem neglexit, procul dubio ex hac ratione, cùm tales circumstantiæ facilè evenire possint, quæ commodatarium, vel infra dimidium relevare, vel ultra dimidium gravare possint, V. G. si unus, aut alter commodans, aut commodatarius sit egenus, & inops, alter verò dives, & opulentus, qui utique majorem partem damni faciliùs sustinet, quàm pauper: Ut nobis certum sit, in verbo, **Nach Zimblichkeit /** potiùs insinuari, Geometricam, quàm arithmeticam proportionem observandam esse. Infertur secundò, quòd hæc dispositio de puro commodato solius commodatarij gratiâ inito intelligenda sit, nam, si commodatum factum fuerit in solius commodantis utilitatem, commodatarius non tenetur, nisi de dolo, & lata culpa, &, si in utriúsque favorem contractum est, solùm tenetur ex dolo, lata, & levi culpa, non autem ex levissima, ergò multò minùs tenetur ex casu merè fortuito, ut in præcedentibus jam exsplicavimus. Quod assertum nostrum verissimum facit, dispositionem scilicet articuli de parte damni commodatario injungentis, non nisi de commodato strictè sic dicto intelligendam esse. Ratio est, quia hi posteriores duo contractus commodati improprij incurrunt in alios contractus, in quibus jus nostrum statutarium nihil immutare voluit. *Rath. loc. cit. assert. 11.* ut paulò post apertiùs dicetur.

14 Infertur tertiò, si commodatarius talis, cujus solius gratiâ commodatum initum est, culpam qualemcunque commiserit, latam, levem, vel etiam levissimam, quòd non solummodò ad partem damni, sed ad totum damnum resarciendum obligatus sit, juxta verba articuli nostri, **Wo aber solcher Fleiß nit geschehe / so ist er schuldig/ allen Schaden zuwiderlegen / vnnd zugelten.** Infertur quartò, non distinguendum esse inter culpam, quæ consistit in committendo, & quæ consistit in omittendo, quia in contractibus utraque culpa æqualiter præstatur, & hinc articulus utitur duobus verbis, **Wo auß seiner Verschuldnuß / oder Versaumbnuß / die gelyhene Haab geärgert / beschädiget / oder verlohren wurde.** Ubi verbum, **Verschuldnuß /** culpam comissionis, verbum, **Versaumbnuß /** culpam omissionis designat. Addit articulus etiam verbum, **Oder auß seinem Mißbrauch /** id est, si damnum fuerit factum ex abusu commodatarij: Nam, ut supra diximus, comodatarius re uti debet ad eum modum, quo inter partes conventum est, cùm aliter utendo non tantùm culpam, sed etiam, uti diximus, furtum usûs comittat. Addamus nos etiam moram: Nam, cùm mora species culpæ sit, quæ aliquem teneri facit de casu fortuito, ut in specie de commodatario habetur in *cap. un. x. de commodato*,

& in

& in *l. 5. §. ſed interdum. ff. eod.* dubium non eſt, ſi rem commodatarius tempore uſûs finito non ſtatim reſtituat, & intereà damnum contingat, quin ad illud reſarciendum ex integro teneatur: Et quidem juxta priùs dicta, tametſi de re reſtituenda non fuerit interpellatus, eò quòd dies interpellet pro homine.

Generalem tamen pro decimo ſexto, exceptionem de præſtatione caſus fortuiti articulus noſter facit, niſi, inquit textus, inter partes ratione rei commodatæ ſpecialis conventio facta fuerit, tunc enim in ſupradictis, & conſequentibus, omnibúſque alijs caſibus talis conventio ſervanda eſt.

Ex quo ſequitur primò, tametſi paulò antè dixerimus, commodatarium non niſi pro parte teneri, quando res commodata vi majore, vel caſu fortuito periit, aut damnum paſſa fuit, quòd tamen ad ſolidum obligetur, quando caſum fortuitum ſpecialiter in ſe ſuſcepit. *cap. un. x. de commodato. l. 1. Cod. eod.* Et ſi commodator beneficio hujus articuli renunciavit, & expreſsè ſpopondit, omnem vim majorem, & caſum fortuitum ſuo periculo futurum, tranſactionem à commodatario petere non poteſt: Ratio eſt, quia contractus ex conventione legem accipiunt. *cap. 85. de R. J. in 6. l. 1. §. ſi conveni. ff. depoſiti. l. contractus. 23. ff. de R. J.* Neque opus eſt, ut ſinguli caſus ſpecifici in conventione enumerentur, ſed ſufficit, ſi in genere dicatur, quòd commodans, vel commodatarius omne periculum vis majoris, & caſus fortuiti in ſe receperit, quia, qui dicit omne, nihil excludit. *l. Julianus. 68. ff. de leg. 3.* & in toto pars ineſt. *l. quæ de tota. 76. ff. de rei vindic.* Imò, ſi verbum *omne* non addatur, ſed ſimpliciter dicatur, quòd periculum rei commodatæ ex aſſe, vel ad commodantem, vel ad commodatarium pertinere debeat, hoc ad eum efficaciter obligandum ſufficere debet, cùm indefinita locutio æquipolleat univerſali: Et hujus vocabuli *periculum* quaſi natura ſit, ut involvat omnem caſum fortuitum, ut pluribus textibus probat *D. Balthaſar. ad hunc tit. reſol. 1. à n. 45. uſque ad 48.* Aliud dicendum eſſet, ſi commodatarius recepiſſet in ſe tantùm unam ſpeciem vis majoris, aut caſus fortuiti, V. G. cùm hoſtis eſſet in propinquo, caveret commodatori de pretio equi ſibi ad proficiſcendum commodati, quia ex ſuſcepto periculo hoſtilis invaſionis, & direptionis ad alios caſus fortuitos argumentatio fieri non debet, imò potiùs exceptio firmat regulam in oppoſitum. argto. *l. 20. §. mulier. 6. ff. de teſtament. l. ex eo. 18. ff. de teſtib.* juxta illud, quod de uno conceſſum eſt, de alijs videtur negatum. *Mynſing. 5. obſerv. 75.* Sequitur ſecundò, tametſi juxta priùs dicta 17
commodatarius teneatur ex omni culpa, lata, levi, & leviſſima, tamen, ſi inter partes conventum fuit, ne commodatarius de ulla culpa teneatur, tenet conventio. *Molina. de Juſt. & Jur. diſput. 295. n. 8.* De culpa levi, & leviſſima res nullam difficultatem habet, de culpa lata verò dubium eſſe poteſt, an conventione remitti poſſit? Ratio eſt, quia lata culpa æquiparatur dolo, dolus autem in contractibus remitti non poteſt. *D. Rath. ad hunc. art. aſſert. 25. per tot. Molina. loc. cit. n. 8. Mozz. tit. de commod. rubr. de accident. n. 5.* textus in *l. in commodato. 17. §. in princ. ff. commodati. & l. 1. §. illud. ff. depoſiti*, quia talis conventio eſſet contra bonos mores, & daret occaſionem delinquendi; Ergo nec lata culpa: Sed hoc non attento Molina etiam conventionem de non præſtanda culpa lata admittit; Cùm culpa lata propriè dolus non ſit, &, ut communiter dicitur, quæ ſibi invicem æquiparantur, eadem tamen non ſint. Hinc æquiparatio inter dolum, & culpam latam pluribus caſibus claudicare, DD. animadvertunt, quorum præcipuus eſt, ſi agatur ex dolo tanquam ex delicto criminaliter, tunc enim culpa quantumvis lata, dolo non æquiparatur: Sic, qui alterum dolo occidit, tenetur ex *l. Cornelia.* ad pœnam corporalem. *l. 3. Cod. de epiſc.*

pisc. audient. occidens autem ex culpa lata punitur extraordinariè. *Glossa. in l. actionibus. 5. Vers. non etiam. ff. de in litem jurand. Wesenbec. n. 23. ff. ad l. Corneliam de Sicarijs.* Sic, ut infra sequetur, depositarius, qui est in dolo, non potest furti agere, potest tamen, si sit in lata culpa, eò quòd dolus furis præponderet latæ culpæ. *Schneidew. §. sed is apud quem. Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Sic, si reus tantùm sit in culpa lata, non defertur actori jusjurandum in litem, sed judex æstimat rem ex veritate, non enim sine magna causa permittendum est actori, ut pro sua affectione litem æstimet, & judex sit quasi in propria causa. *Wesenbec. n. 4. ff. de in lit. jur.* de quo paulò post etiam aliquid sequetur: Sic communiter dicitur, quòd dolus infamet, non autem lata culpa. *Wesenb. n. 4. ff. de his, qui notant. infam.* Ex quo manifestè constat, inter dolum, & latam culpam magnam differentiam esse, & proinde, licèt in contractu commodati dolus per conventionem commodatario remitti non possit, ne delictis janua aperiatur, nihil tamen impedit, quò minùs lata culpa remitti possit, quæ propriè delictum non est.

18 Hoc tamen, quod de remissione doli diximus, intelligendum est *solummodò* de dolo futuro, non autem de dolo præterito, nam, si commodatarius rem comodatam ex proposito, & dolo malo perdidisset, aut damnificâsset, in arbitrio commodantis est, an velit resarcitionem damni petere, vel commodatario dolum remittere, & condonare: Ratio est, quia in dolo præterito cessat causa prohibitionis, ne scilicet contra bonam fidem, & bonos mores delictis occasio detur, ergò etiam cessare debet juris dispositio, pulchrè *D. Rath. loc. cit. assert. 25. sub litt. C.* Ubi dicit, quòd pro impossibilibus habeantur, quæ honestè fieri non possunt, & verecundiam lædunt, ut est pactio illa, ne dolus præstetur, quia contra bonos mores, & publicam honestatem nos allicit, & hortatur ad maleficium, quod videmus futurum nobis impunè. Quæ rationes, cùm in dolo præterito cessent, non est, cur commodanti remissio doli præteriti inhibeatur. Quod intelligendum est de privata persecutione commodantis, nam, si judex publica auctoritate ejusmodi delictum persequi, & punire velit, privata remissio commodatoris eidem nihil officit, ut *D. Rath. loc. cit.* de furto exemplificat, de quo quidem dominus rei furtivæ cum fure pacisci potest, quatenus attinet persecutionem privatam, nihilominùs tamen judici vindicta publica manet intacta.

19 Decimò septimò, & ultimò, ex hoc articulo apparet, quòd omnia, quæ hactenus de pactione diximus, ne in commodato præstetur dolus, lata, levis, & levissima culpa, sint etiam proportionaliter intelligenda de alijs contractibus, & casibus subsequentibus, in nachfolgenden / auch all andern Fällen / ut articulus inquit; Si enim locator cum conductore convenerit, ut sibi de damno, lata, vel levi culpa in re locata contingente non teneatur, conventio illa rata, & firma est: Sicut ècontra remissio doli futuri esset contra bonos mores, & publicam honestatem, remissio autem levissimæ culpæ nugatoria, cùm in hoc contractu utriúsque gratiâ inito culpa levissima non veniat, & hinc diximus proportionaliter. Nam, ut ex jure notissimum est, contractus regulantur secundùm utriusque partis utilitatem, & commodum: Si ergò agant de pari favore, & commoditate, etiam de pari sibi obligantur diligentia, vel, si impari utilitate contrahunt, imparem etiam obligationem suscipiunt, ut jam aliquoties repetivimus. Rectè igitur nostra regula generalis locum habet, ut, quod de commodato dictum est, in cœteris omnibus etiam contractibus locum habeat, ut scilicet partes de præstanda diligentia, aut culpa majore, vel minore, prout sibi lubet, inter se convenire possint, cessat enim dispositio legis, ubi constat de dispositione hominis: Et in hoc sensu verum est commune procar-

di-

dicum, quòd contractus ex conventione legem accipiant. *l. 1. §. si convenit. ff. depositi. l. contractus. 23. ff. de R. J. l. in conventionalibus. 52. ff. de V. O. l. si ut certo. 5. §. interdum. ff. commodati.* & alijs multis locis. Sola causa dotis excipitur in *l. Pomponius. 6. ff. de pact. dotal.* Ubi disponitur, quòd propter nubentium utilitatem conveniri non possit, ut solus dolus præstetur, & per consequens omnia culparum genera remittantur, quia, ut Ulpianus inquit, per ejusmodi pactionem fieret deterior conditio dotis ex culpa mariti, quod minimè est ferendum. Vid. idem *D. Rath. loc. cit. assert. 24. ad finem.*

Multùm autem hìc se D. Rath de deposito torquet propter *l. juris gentium. 7. § sed etsi quis. 15. ff. de pactis.* In qua disponitur, si inter partes conventum sit, ne depositi agatur, juxta Pomponiũ pactum valere: Nam, cùm hæc conventio nòn importet, ut res deposita propterea debeat manere penes depositarium, sed tantùm ne conveniri possit ratione doli, aut latæ culpæ in deposito commissæ, per textum in *l. ei cui. 26. ff. de lib. leg.* Ubi conductor hæredi locatoris rem locatam restituere debet, tametsi eum locator ab omni commodo, & utilitate locationis liberaverit, videtur in effectu pactum admitti, quòd depositarius de dolo non teneatur, glossa in dict: *l. juris gentium. 7. §. 15.* ait, hanc legem tantùm intelligendam esse de dolo præterito, id est, si paciscatur deponens, quòd contra comodatarium de dolo commisso depositi agere nolit, quod in effectu convenit cum eo, quod paulò antè de comodato diximus, ut etiam plures alij idem sentiunt: Sed D. Rath textum subtiliùs examinando putat, illum reverà loqui de remissione actionis depositi etiam quoad dolum futurum: Nec obstare putat, quæ priùs de mandato in contrarium allegata sunt, cùm illa tantùm intelligenda sint de pacto, quo expresè dolus futurus remittitur, non quo remittitur tantùm tacitè, & per consequentiam, si juxta allegatam *l. 7. §. 15.* solummodò dicat, quòd contra depositarium depositi agere nolit, & de remissione doli nullam expressam mentionem faciat, eò quòd multa tacitè fieri possint, quæ expresè fieri prohibentur: Sed certè hæc subtilis exsplicatio nobis in foro videtur non satìs tuta, & sufficiens, ita ut libentiùs communem opinionem amplectendo citatam. *l. 7. §. 17.* de solo dolo præterito intelligerem, ne in alijs quoque contractibus idem statuendum sit: Quid enim, si commodans cum commodatario convenerit, quòd illum actione comodati convenire nolit, poteritné vi hujus pacti rem commodatam commodatori dolo malo intervertere? Et ex D. Rathij interpretatione affirmativè Respondendum esse, ipsa ratio convincit: Si enim in deposito tacitè de remissione doli futuri conveniri potest, cur non etiam in comodato? Cùm rationem differentiæ nullam inveniam, nec mihi imaginari possim, ejusmodi remissionem doli in judicijs nostris fore approbandam. Habes hìc benevole Lector, hunc articulum de verbo ad verbum expositum. Quædam quæstiunculæ adhuc superaddendæ sunt, sed eas differo ad finem hujus tituli, ubi post exsplicationem reliquorũ quoque articulorum ad totius materiæ dilucidationem magìs inservient.

Der Ander Articul.

LEyhet jemand dem anderen ainig fahrend / oder ligend Haab / oder Guet / zu jhrer beeder Gebrauch / Nutz vnd Nothdurfft / oder vmb Lohn / so ist der / dem die Haab gelyhen würdet / alsdann allain den Schaden zuwiderkehren schuldig / der auß seinem gefährlichen Vnfleiß / vnd sein selbs Verwahrlosung / oder Verschuldung beschicht.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Quando commodatum cedit ad usum utriúsque comodantis, & comodatarij, an præstetur culpa levissima?*
2. *Quid si quis rem alteri pro mercede commodet, an non sit locatio?*
3. *An non in plebeis hominibus potiùs sit præsumendum pro locatione, quàm commodato?*

IN exsplicatione præcedentis articuli aliquoties mentio facta est, quòd quidem commodatum proprium sit, quando res mobilis, vel immobilis alteri ad certum, & definitum tempus gratìs utenda conceditur, ita, ut hic contractus solius commodatarij utilitatem, & commodum respiciat, quia tamen occasionaliter monuimus, commodatum etiam duobus alijs modis fieri posse, id est, ut respiciat etiam solius comodantis favorem, & gratiam, quod rariùs contingit, vel utriúsque tam commodantis, quàm comodatarij, qui modus frequentior est, ideò in hoc nostro articulo fit inscriptio de bonis ad utriúsque utilitatem commodatis, circa quam speciem comodati articulus noster duos casus ponit: 1 Primus est, quando res commodata cedit ad usum commodantis æquè ac ipsius commodatarij, exempla varia adduci possunt, ut, si tibi commodavero libros meos pro communi causa nostra defendenda, si commodaverim equum ad peregrè communis negotiationis causâ proficiscendum, & similia, in ejusmodi enim casibus, ubi utilitas commodati in utrúmque commodantem, & commodatarium redundat, contrahitur quidem etiam commodatum, sed improprium, in quo à communibus commodati regulis in tantum receditur, ut commodatarius de levissima culpa non teneatur: Receptissima enim est *sententia*, ut in omni contractu, qui utriúsque contrahentis gratiâ initur, levissima culpa semper censeatur excepta, cui se jura nostra Statutaria accomodare voluisse dubium non est: Licèt enim articulus in genere tantùm contrahentes ad damnum ex eorum culpa ortum obliget, ut dici posset, nullam culpæ speciem exceptam esse, tamen D. Rath benè advertit, tam dura verba in nostro articulo posita esse, ut sub illis levissimæ culpæ species comprehendi non possit: Veluti, Auß seinem gefährlichen Unfleiß / auß sein selbst Verwahrlosung / oder Verschuldung. D. Balthasar verba, Gefährlichen Unfleiß / in latinum, vertit culposam negligentiam. Sed nemo non videt, verbum, Gefährlich / plus significare, quàm verbum, *culposum*, cùm verba, Treulich / vnnd vngefährlich / in instrumentis apponi solita dolum malum abesse, abfuturúmque esse importent. *Besold. in thesaur. pract.* & *Wehner. in observ. pract. verbo.* Treulich / vnd ohn Gefährde / ut consequenter, ein gefährlicher Unfleiß / potiùs malitiosa, captiosa, fraudulenta, & dolosa negligentia dici debeat, quàm culposa, & cum D. Rath potiùs dubitari possit, an non sola culpa lata ijs comprehendatur, quàm, ut extendi debeant ad culpam etiam levissimam? Verius igitur est, hac in parte jus nostrum Provinciale cum jure communi omninò concordare.

2 Alter casus articuli est, si quis rem alteri pro mercede commodet: Ratio est, quia commodatum interveniente mercede degenerat in locationem, in locatione autem, & conductione præstatur tantùm dolus, *lata*, & levis culpa, & non culpa levissima, cùm in effectu contractus sit, qui utriúsque causâ celebratur, locator enim mercedem recipere, conductor verò rei usum habere intendit.

3 Sed quid dicendum, quando non apparet, an contractus commodati, aut locati initus fuerit? *D. Rath. loc. cit. assert. 12.* Casum proponit, qui Stamheimij contigit, ubi quidam operarius, ein Taglöhner / rustici equis in-

ingruente hostili irruptione reculas suas Ingolstadium in securitatem deferre voluit, sed in via à militibus deprehensus deprædatus fuit, conventus igitur à rustico pro transactione ratione deperditorum equorum secum ineunda, juxta tenorem præcedentis articuli, qui commodatario etiam partem pretij injungit, tametsi res casu fortuito perierit, operario verò negante, usum equorum sibi commodatum, sed pro mercede locatum fuisse, Daß er den Gebrauch mit seiner Hand-Arbeit abdienen soll / nostra opinione operarius rectè ab actione rustici absolutus fuit, eò quòd fundamentum actionis suæ nempè comodatum gratis factum probare non potuerit: Addimus nos alteram rationem, quòd etiam in dubio, ubi de substantialibus unius, vel alterius contractus non liquet, sed præcisè dicitur, Daß der dem anderen seine Pferdt gelyhen / (quod utrumque contractū, vel commodatum, vel locationem designare potest) potiùs præsumatur pro locatione, quàm pro commodato, præsertim in hominibus plebeis, qui raró sibi invicem, & longè minùs se inferioribus aliquid gratìs, aut ex mero benevolentiæ, & amicitiæ motivo præstant, ubi lucellum habere possunt: Et hinc est, quod dicitur, donationem nunquam præsumi, quoties alia conjectura capi potest, quia nemo præsumitur jactare suum *l. cùm de indebito. 25. ff. de probat.* & hodierno tempore ferè omnes contractus gratuiti in desuetudinem abierunt.

Der Dritte Articul.

Wurde jemand ein entlehnete Haab / oder Guet / auß sein selbst Verschuldung / oder Versaumnuß / länger dann sich gebührt / in sein selbs Gebrauch behalten / oder anderst / vnd über die Maß / mit der es jhme gelyhen worden / gebrauchen. So soll der / dem solch Haab oder Guet gelyhen ist / den Schaden der darnach beschicht / dem der es jhme gelyhen hat / vnangesehen ob auch solcher Schad in deß Handen der das Lehen gethan hat / beschehen hätt mögen / wie auch den Nutzen / so der Herleyher entzwischen davon haben künden / bezahlen / vnd erstatten.

SUMMARIA.

1. Quando quis re commodata ultra tempus uti dicatur?

2. Si quis re commodata ultra tempus, & modum utatur, an non teneatur ad omne damnum, & interesse?

3. An commodans damnum juramento in litem æstimare possit?

4. Si commodatarius in mora restituendi est, an non teneatur de casu fortuito?

5. Quid si res infallibiter æquè apud commodantem fuisset peritura?

6. An non de Jure Bavar: commodatarius de omni damno, quomodocunque contigerit, teneatur, nisi se de mora purget?

7. Utrùm commodans æstimationem rei petere possit, quæ post moram perijt?

8. Si commodans, vel commodatarius omne periculum in se suscipiant, an hic habeat exceptionem, & alter actionem?

IN isto articulo iterum duo casus ponuntur, primus est, quando commodatarius re commodata utitur ultra tempus præfinitum, & secundus, quando re commodata utitur ultra, vel extra modum inter partes conventum: De utroque jam diximus ad *Art. 1.* in exsplicatione definitionis, vel potiùs descriptionis commodati. Et quidem, quod attinet ad tempus, illud

1 vel in contractu expresse apponitur, vel tacitè subintelligitur, si expressè apponitur, strictissimè observandum est, adeò, ut commodatarius ad omne damnum, & interesse teneatur, tametsi à commodatore pro restitutione rei commodatæ non fuerit interpellatus, eò quòd dies interpellet pro homine, ut jam supra innuimus, per *l. magnam. Cod. de contrah. stipul. & cap. ult. x. de locat.* Tacitè autem tempus inesse dicitur, quando ex ipsa usûs modificatione liquet, quantum temporis spatium usus requirat: V. G. Si alteri equos meos pro segete in horreum inferenda commodaverim, nam frumento horreis illato exspirat commodatum, & proinde equi mihi sine interpellatione restituendi sunt, & nisi id in continenti fiat, & commodatarius equis meis utatur ad alium usum, vel ad hunc ipsum usum non pro se, sed pro amicis suis, dicitur furtum usûs comittere, nisi fortè sibi persuaserit, me tam bonæ voluntatis esse, ut pro ulteriori usu requisitus facilè fuissem consensurus. *Molina. de Just. & Jure. disput. 295. n. 6. Covar. var. resol. lib. 3. cap. 15. n. 8. Mozz. de contract. rubr. de natural. num. 15.* Et hanc quæstionem, quando credulitas commodatarij dicatur probabilis, ut à crimine furti excusare possit, latiùs exponit *Menoch. de arbitr. Judic. cap. 298.*

2 Consiliarij ad revidendas novas constitutiones Bavaricas deputati existimaverunt, in hoc articulo addendum esse, quòd talis commodatarius, qui re commodata ultra tempus, & modum utitur, etiam pœnam condignam mereatur, quod monitum à legislatore non fuit attentũ, fortè quia Theologi monent, ad famosam actionem furti non statim propter quemlibet abusum deveniendum esse, ut parcatur famæ commodatarij, qui facilè causam habere potuit, quæ ipsum à mala fide, & perversa voluntate excuset: Deinde sufficiens pœna est, quæ in articulo statim subjungitur, ut scilicet primò commodatarius propter ejusmodi moram, & abusum non solùm teneatur ad omne damnum, & interesse, sed etiam ad casum fortuitum, tametsi talis contigerit, qui post moram etiam infallibiliter apud comodatorem contigisset. De damno, & interesse jam supra ad *Artic. 1.* diximus.

3 Hic videtur articulus noster ulteriùs hoc admittere, ut suum interesse per juramentum in litem æstimare possit, tametsi enim de juramento in litem nullam mentionem faciat, quia tamen præsupponit, comodatarium abusum rei commodatæ extra tempus, & modum malo animo continuâsse, cùm illum in restitutionem rei tali casu fortuito sublatæ condemnet, qui etiam apud commodantem contigisset, ideò omninò sequi videtur, quòd comodator utilitatem, quâ propter moram comodatarij carere debuit, juramento æstimare possit. Nos autem in hoc puncto distinguendum esse censemus, an verè constet, quòd commodatarius restitutionem protraxerit dolo malo, vel an aliqua causa subfuerit, quæ ipsum à perverso animo excuset? Nam, sicut in primo casu juramentum in litem sine dubio locum habet, per textum in *l. 3. §. in hac. ff. commodati. & l. commodari. in fine. ff. eod. Mozz. de natural. commodat. n. 6.* Itaècontra, quando dolus malus abest, si V. G. commodatarius de bonitate, & benevolentia commodantis tanquam consanguinei, vel boni amici sibi plus promisit, quàm ex postfacto expertus est, sanè commodans ad juramentum in litem, quo continetur etiam interesse affectionis, admittendus non est, sed ad sumum ad juramentum veritatis. *Mozz. loc. cit. Schneidew. §. item is. sub litt. G. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.*

4 Quod attinet ad præstationem casus fortuiti post restitutionis moram, inprimis examinandum est, an dispositio *Art. 1.* quæ obligat commodatarium ad partem damni casu fortuito contingentis, etiam intelligenda sit de casu fortuito, qui nullo contractu comodati inito etiam apud ipsum commodatorem contigisset? V. G. Commodator ignoranter mihi commodavit

vit equum morbidum, qui in via perijt, ex peritorum judicio infallibiliter etiam periturus, si apud commodatorem remansisset. Et Respondet *Dom. Rath. loc. cit. assert. 16.* quòd dispositio *Art. 1.* locum non habeat; Utpote deficiente æquitatis ratione, ob quam contra rigorem juris hac in parte aliqualis mitigatio facta est: Nam, sicut æquitas suadere videtur, ut commodatarius commodanti damnum supportare juvet, ne ipsi spontanea sua bonitas, & benevolentia nimiùm sit damnosa, ita èontra non videtur æquitati convenire, ut comodator ex tali casu aliquam supportationem petat 5 à commodatario, qui infallibiliter, etiam beneficio commodati nunquam præstito, apud se contigisset: Diximus infallibiliter, nam, si dubium, & incertum sit, annon fortè mors equi commodati fuerit per incomoda itineris accelerata, ita ut fortè apud dominum longiùs vixisset, aut dominus occasionem habere potuisset, eum distrahendi, vel per applicationem medicamentorum ad sanitatem reducendi, putamus, in tali dubio commodatarium à transactionis necessitate, quam illi lex imponit, non fore imunem: Quamvìs qualitas dubij, & incertitudinis una ex illis causis sit, ob quas juxta priùs dicta judex quotam comodatarij conferendam ex æquo, & bono infra dimidium moderari, vel ultra dimidium aggravare possit. Hoc igitur pro regula præsupposito, quòd commodatarius ad transactionem judicis arbitrio faciendam non teneatur, quando res commodata tali casu fortuito perijt, quo etiam perijsset apud ipsum commodantem: In hoc articulo constituitur notabilissima exceptio, nisi commodatarius fuerit in mora restituendi. Ex qua limitatione inprimis velim, ut benevolus Lector, regulam modò positam de commodatarij liberatione à concursu ad resarciendum damnum in casu, quando res similiter apud commodantem peritura fuisset, pro firma teneat, cùm exceptio firmet regulam in contrariū. *l. 20. §. mulier. 6. ff. de testamentis. l. ex eo. 18. ff. de testibus.*

6 Circa hanc autem exceptionem, quando, & in quibus casibus mora debitorem obliget ad rei æstimationem, tametsi apud creditorem quoque interitura fuisset, tot inter DD. differentiæ, & dissensiones inveniuntur, ut vix discernere possis, quam eligas. Nolumus eas referre cum tœdio, qui desiderium habet examinandi, quid circa hanc quæstionem juris communis sit, adeat *Fachin. lib. 2. cap. 71. & lib. 8. cap. 101. controv. jur.* Ubi hanc materiam latissimè examinat. Item *Covar. in cap. peccatum. part. 2. §. 6. n. 1. & seqq.* In nostro articulo res clarè, & sine ambagibus deciditur, quòd in commodato commodatarius obligationem habeat, rem sibi commodatam post elapsum tempus usui præfinitum restituendi, ita præcisam, ut, si illam non restituat, & res post moram pereat, non tantùm ad transactionem cum comodante judicis arbitrio faciendam, sed ad integrum damnum exinde in præjudicium comodatoris resultans teneatur: Juxta verba, **So soll der / dem solch Haab / oder Guet gelyhen ist / den Schaden / der darnach** (id est post moram) **dem / der es jhme gelyhen hat / vnangesehen / ob auch solcher Schad in deß Handen / der das Lehen gethan hat / beschehen hat mögen / bezahlen / vnnd erstatten.** De jure communi plerúmque hæc ratio redditur, quam supra jam attigimus, quòd comodator rem fortè ante moram præstitutam vendere, & se indemnem servare potuisset: Et hinc subtilem quæstionem movent, ac in illa se multùm torquent, an commodator non tantùm probare debeat, quòd rem comodatam vendere potuerit, sed etiam, quòd vendere voluerit, & paratus fuerit? In quo *D. Rath.* distinctionem facit inter bonæ, vel malæ fidei possessorem, *loc. cit. assert. 17. sub litt. D. & seqq.* quam etiam *D. Balthasar.* approbat: Sed planè hæc quæstio, & distinctio prorsùs nihil ad articulum nostrum facit, qui morosum commodatarium in omne damnum condemnat, sive commodator rem potuisset, sive voluisset vendere: Cujus rei ratio est, cùm bonæ fidei pos-

sessor dici non possit, qui rem ultra tempus præfinitum restituere negligit.

Dices, nos supra dixisse, quòd commodatarius potuerit hanc opinionem, & persuasionem habuisse, se re commodata cùm bona voluntate domini diutiùs uti, & proptereà à crimine furti, & juramento in litem excusari posse. Sed ad hoc Respondemus, quòd proptereà tamen non excusetur à mora, quæ culpæ species est, & morosum detentorē in omne damnum, & interesse præcipitat: Videntur hac in parte statuta nostra Bavarica sequi communiorem opinionem, quæ cum glossa in *cap. un. x. de commodato.* commodatarium, qui fuit in mora restituendi, ad præstationem casus fortuiti sine distinctione, sive res apud commodatorem æquè peritura fuisset, sive non: Sive potuerit, & voluerit alienare, sive non, condemnat, cùm hæc, ut diximus, sit pœna morositatis, quæ culpâ non caret, ut damni resarcitionem præstet. Et quamvìs *Arumæus. de mora. cap. 8. n. 1.* ad mentem D. Rathij in hac materia moræ benè distinguat, an is, qui restitutionem distulit, justam differendi causam habuerit, aut nullam habuerit? Si justam causam habuit, semper interitu rei liberatur: Ratio per se clara est, quia non potest dici in mora esse: V. G. Si commodatarius intrà sex dies restitutionem facere debuisset, & vi majori, puta inundatione aquarum, vel simili impeditus facere non potuit: Aut nullam justam causam differendi habuit, & tum ex mente Arumæi subdistinguendum est, an petitor rem fuisset distracturus, vel non? Priori casu juxta Arumæum tenebitur de casu: In posteriori verò non tenebitur: Quia verò articulus noster in condemnando commodatario ad resarcitionem damni solius moræ considerationem facit, quæ, sive commodans rem vendere potuerit, & voluerit, sive non, semper eadem, & æqualis est, sequitur, omnes ejusmodi distinctiones, & subdistinctiones commodatario nihil prodesse, sed eum de casu fortuito teneri, quomodocunque ille contigerit, nisi se à mora purget. Nec obstat, quòd paulò antè de furti crimine, & juramento in litem allatum est, quia, ut quis à furto excusetur, & à juramento in litem relevetur, sufficit quidem illa simplex credulitas, quâ sibi persuadebat, commodatorem facilè consensurum, quoniam quælibet causa etiam fatua, & injusta excusat à dolo. *l. igitur. 12. §. & generaliter. ff. de liber. caus. DD. ad §. ita tamen. Inst. de vi bonor. raptor.* furtum autem sine dolo non committitur, nec juratur in litem, nisi contra possessorem malæ fidei: At, ut quis teneatur de casu fortuito, non requiritur, ut sit in dolo, sed ut sit in mora, quæ non est doli, sed culpæ species: Igitur à furto, & juramento in litem nulla illatio fieri potest ad moram, dicendo, simplex persuasio de bona voluntate commodatoris commodatarium excusat à crimine furti, & juramento in litem, ergò etiam excusat à pœna moræ, quæ est imputatio casus fortuiti post moram contingentis, siquidē mora per lapsum temporis ad restitutionem definiti ipso jure contracta est, quam comodatarius sua imaginatione purgare non potuit.

7 Majus dubium esse apparet, an comodator possit petere æstimationem ipsius rei commodatæ, quæ post moram perijt? Ratio dubitandi est, quia articulus noster de præstanda æstimatione rei, quæ perijt, omninò nihil dicit, sed tantùm de resarcitione damni per interitum rei comodatori *illati*: Aliud est autem, obligatum esse ad præstationem rei, quæ interijt, & ad præstationem damni, quod ex interitu rei subsecutū fuit: Si igitur vigore hujus articuli comodatarius post moram tantùm tenetur ad resarcitionem damni, cujus comodatarius ratione commissæ moræ auctor fuit, dici non potest, quòd præstatio rei peremptæ, quæ apud comodantem æquè verisimiliter perijsset, in obligationē venire debeat: Sed hoc non obstante, nobis videtur, articuli nostri mentem, & intentionem esse, commodatario rei peremptæ

æsti-

æstimationem imputandi : Nam, si supponamus, rem comodatam post moram etiam perituram fuisse apud comodatorem, nihil restabit, quod commodator damni nomine petere possit, quia usus ante moram ex contractu commodati ad commodatarium spectat, post moram autem nullum damnum commodatori accidere potuit, quia præsupponitur res apud eundem similiter fuisse peritura : Necessariò igitur in hoc articulo nomine damni ex mora comodatarij contingentis comprehenditur æstimatio rei, quæ interijt, D. Balthasar, qui hæc multùm inter se confundit, & ex Molina, & Covaruvia deducit, quòd sub nomine damni, æstimatio rei peremptæ contineri non possit, intelligendus est de jure communi, & illorum DD. opinione, qui comodatario casum fortuitũ non imputant, qualis æquè apud commodatorem contigisset, quod tamen articulo nostro conforme non est, qui post moram omne damnum casus fortuiti qualitercunque contingentis in commodatarium reclinat.

Cœterùm per se clarum est, & exsplicatione non indiget, quòd commodans actionem nullam habeat contra commodatarium, si omne periculum in se suscepit, & commodatarius nullam exceptionem, si se ultrò omni periculo qualitercúnque contingenti subjecit, quia, ut ad *Art. 1.* diximus, pacta contractui adjecta sincera fide observanda sunt, si solum dolum excipias. 8

Der Vierdte Articul.

WEr dem andern etwas leyhet / das soll jhm vnverletzt wider geben werden / wo aber der Herleyher vermaint / jhm sey das hingelyhen Guet / durch deß entlehners Schuld verletzt oder geärgert worden / vnd solches zu Recht gnueg beybringet / so ist jhm sein Widertheil den Schaden / welchen derselbig Herleyher solcher Verletzung halber genommen / vnd empfangen hat / nach rechtlicher Mässigung zu widerkehren / vnd abzuthun schuldig.

SUMMARIA.

1. *An idem sit statuendum de deterioratione rei commodatæ, quod habetur statutum de ejus interitu?*
2. *An commodator admittatur ad juramentum in litem ratione deteriorationis?*
3. *Si res comodata restituatur deterior, teneturné comodans eam accipere?*
4. *Qua actione commodator deteriorationem petere possit?*
5. *Quidsi commodans rem deterioratam receperit, an sibi præjudicet?*

POtuisset nostra opinione iste articulus tanquam supervacaneus omitti, quia nihil videmus in eo contineri, quod non in primo articulo sufficienter fuerit expressum, nam, quod dicitur de toto, per se ipsum intelligitur etiam de parte, dispposuit principaliter *Art. 1.* ad quid teneatur commodatarius, si res commodata dolo, lata, vel levi, imò etiam levissima culpa, & casu fortuito ex integro pereat, hic simpliciter agit de deterioratione rei commodatæ, quod igitur juris est de toto damno, id etiam juris esse debet de parte damni, sive de deterioratione : Putat quidem D. Balthasar, hunc articulum contractibus commodati, & locati communem esse, sed hoc nos admittere neutiquam possumus, cùm uterque hic contractus nitatur diversis principijs juris, commodatum enim gratuitum esse debet, & in eo etiam præstatur levissima culpa : Locatio fit pro mercede, & proinde levissima culpa non præstatur, sed tantùm lata, & levis : Non potest igitur articulus de utróque simul intelligi, cùm dicit, illum, In dessen 1

sen Hand das gelyhen Guet durch deß Entlehners Schuld verletzt/ oder geärgert worden / ad resarcitionem deteriorationis obligatum esse, quia in utroque contractu præstatio culpæ diversa est: Nobis igitur satis clarum esse videtur, hunc articulum cum præcedentibus de solo commodato loqui, ita ut sensus sit, commodatarium æquè teneri de re commodata suâ culpâ deteriorata, quàm ex integro deperdita, ut ita hîc loci sub verbis, **Durch deß Entlehners Schuld /** intelligatur etiam levissima culpa, imò & mora, de quibus in præcedentibus satis disputavimus, quo præsupposito necesse non est, ut multùm disputemus de actione ratione deteriorationis comodatori competente, quia agimus de actione bonæ fidei, cùm commodatum sit contractus bonæ fidei, & non de actione stricti juris, de qua distinctione agit *D. Rath. loc. cit. assert. 26.* Ubi fatetur, quòd res commodata deterior reddita non censeatur reddita, & proinde actio commodati directa locum habeat.

2 Notabiliter autem additur in articulo nostro, **nach rechtlicher Ermässigung /** id est, secundùm moderationem legalem, & judicialem, ex quo confirmatur nostra in superiori articulo allata sententia, quòd non semper juramento in litem locus sit, cùm aliàs judicis officiũ in moderatione damni, & interesse non esset necessarium: Dicendum igitur est, distinguendum esse inter commodatarium rem comodatam malitiosè deteriorantem, & inter commodatarium rem commodatam culposè tantùm deteriorantem: In primo casu commodator ad æstimationem deteriorationis per juramentum in litem admittitur, juxta *l. 3. §. in hac. ff. commodati:* In secundo casu juramentum in litem locum non habet, sed commodator juxta articulum nostrum tenetur quantitatem damni, & interesse legitimis probationibus demonstrare, **muß solches zu Recht genug beybringen /** juxta ea, quæ paulò antè diximus, quòd actori jusiurandum in litem non deferatur, quando reus solummodò in culpa est, sed judex rem æstimare debeat ex veritate, quia sine magna causa actori permittendum non est, ut pro sua affectione litem æstimet, & judex sit quasi in propria causa. *Wesenb. in paratit. tit. de in litem jur. n. 4.*

Duo autem commodanti probanda sunt, primò reverà damnum datum esse, & secundò datum esse ex culpa, vel mora commodatarij. *Mascard. de probat. volum. 1. conclus. 47.* Circa primum res clara est, cùm actori, & asserenti intentionis suæ probatio semper incumbat. *l. 18. ff. & l. 23. Cod. de probat.* Circa secundum autem pro regula tenendum est, quòd culpa non præsumatur: Si igitur commodans commodatarij culpam alleget, eam probare necesse habet. *l. si quis. §. ult. ff. de edendo. & l. in illa stipulatione. ff. de V. O.* & quidem specificè, cùm generalis tantùm allegatio, & probatio, quòd commodatarius sit homo luridus, vel minùs cautus, & circumspectus, sufficiens non sit. *Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 18. num. 7.*

3 Sed quid dicendum est, teneturné commodator rem commodatam accipere, si restituatur deterior? Et optimè Respondet *D. Rath. loc. cit. assert. 26.* cum distinctione, an res deteriorata offeratur sine pretio, vel cum pretio deteriorationis: Si prius, commodans ad rem commodatam recipiendam non obligatur: Ratio est, quia res deterior reddita non potest dici reddita, cùm natura commodati sit, ut reddatur integra. *l. sed mihi. 3. §. 1. ff. commodati. Mozz. de natur. commod. n. 5.* Si autem posterius, tenetur commodator rem deterioratam cum pretio deteriorationis acceptare. Idem *Mozz. loc. cit.* & *Rath. sub litt. E.* Ratio est, quia pretium deteriorationis succedit in locum rei, ita tamen, si exactè solvatur, & sine defectu: Nam, si commodatarius tantùm incompletam, & insufficientem satis-

tisfactionem offerat, commodans acceptationem recuſare poteſt, donec ſibi plenè præſtetur, quod ſuâ intereſt.

Quærit hìc D. Rath ulteriùs, qua actione commodator deteriorationem rei commodatæ petat? Et Reſpondet, cùm actio commodati bonæ 4
fidei ſit, quòd pretium deteriorationis in illam veniat: Aliud autem eſſe in contractibus ſtricti juris, ut primæva actio non detur ad æſtimationem rei, ſed vel actio de dolo, vel actio in factum, quæ ſubtilitas non multum utilitatis habet, cùm meâ nihil interſit, qua actione rem meam conſequar, modò illam cum ſatisfactione accipiam.

Aliam quæſtionem ponit *Schneidew. ad §. actionum in princ. n. 47. & 48.* 5
Inſt. de action. an ſcilicet quis recipiendo rem deterioratam ſibi præjudicet? Et diſtinguit, an ignoranter, vel ſcienter acceperit? Si prius, nihil ſibi præjudicat, ſi autem ſcienter, diſtinguendum eſſe dicit, an intereſſe deteriorationis veniat jure ſeparatæ actionis, ut in contractibus ſtricti juris, & tunc ſibi non præjudicat, aut veniat tantùm officio judicis, & tunc, ſi rem deterioratam recepit non petito ſimul deteriorationis pretio, ſibi præjudicavit, cùm re reſtituta officium judicis ceſſet. Et hanc doctrinam approbat *Dom. Balthaſar. ad hunc articulum. reſol. 4. num. 10.* Sed, ut nobis videtur, non convenienter ſuis principijs ex *aſſert. 26. D. Rathij* deſumptis, qui admittit, pro rei deterioratione in bonæ fidei contractibus, qualis eſt contractus commodati, actionem non minùs competere, quàm pro ipſius rei reſtitutione, ubi igitur actio locum habet, officium judicis neceſſarium non eſt, ſed poteſt actor vi actionis ſibi competentis indemnitatem conſequi, & hoc eſt, quod diximus, qui rem reſtituit deterioratam, non cenſetur totam, & integram reſtituere: Si ergò ipſi pro parte non reſtitutâ, id eſt, quæ deterioratione deeſt, actio primæva (quæ in propoſito eſt actio commodati directa) in ſalvo remanet, per acceptationem rei deterioratæ ſibi præjudicare non potuit, nec officio judicis opus habet, ubi ordinarium remedium actionis commodati ſupereſt.

Der Fünffte Articul.

LEicht jemand dem andern ein Hauß / oder Zimmer vmb Zinß / vnd auff ein gewiſſe Zeit / der iſt ſchuldig jhme den Beſtandt / biß die Zeit verfloſſen / zuhalten / Es wäre dann Sach / daß der Herr das Hauß / oder Zimmer bauen vnd beſſern wollt / oder deſſen zu ſeinem ſelbs Gebrauch bedürfftig wäre / oder der In-Mann ſich vngebührlich / vnnd alſo im Hauß verhielte / daß es der Hauß-Herr billich nit leyden kundt; In ſolchen Fällen / mag man einem die Stifft vor der Zeit wohl auffſagen. Verkaufft aber jemand ſein Hauß / ſo ſoll er dem Kauffer anzaigen / daß er den Stifft-Mann im Hauß oder Zimmer laß / biß die Stifft-Zeit ſich mit jhme geendet / Thäte er ſolches nit / vnnd wolte der Kauffer den Inn-Mann länger im Hauß oder Zimmer nit gedulden / ſo iſt der Inn-Mann gleichwol außzuziehen ſchuldig / doch mag er den Verkauffer darumb beklagen / welcher jhme alsdann allen Schaden / den er von deßwegen / daß er vor der Zeit außziehen muß / leydet / abtragen vnnd erſtatten ſoll.

Hätte aber ein Beſtand-Mann jhme bey Stifftung deß Hauß bedingt vnnd vorbehalten / daß Er in keinen weg vor der bedingten

Stifft-

Stifft-Zeit/ außzeziehen schuldig/ vnd deßhalben jhme das Hauß zum Underpfand verschriben wäre/ so mag jhn weder der/ welcher jhne gestifft/ noch der das Hauß kaufft/ vor Endung der bedingten Zeit außtreiben/ dann allein/ er hielte sich im Hauß vnleydentlich/ oder es wäre das Hauß oder Zimer also baufällig/ daß man es grössere Gefahr zuverhüten/ nothwendig bauen müste/ vnd solcher Bau nicht geschehen kunde/ wann der Bestand-Mann im Hauß bleiben wolte.

SUMMARIA.

1. *Quid sit locatio prædiorum urbanorum, & an sit annalis, si nullum tempus præfixum est?*
2. *An locator non possit ante tempus conductorem expellere, si necessitas est domum reficiendi?*
3. *Vel si dominus ipse pro usu proprio domum necessariam habeat?*
4. *& 6. Sed quid si locator conductori pactum fecerit de non expellendo, quamdiu pensionem conventam solvat?*
5. *Aut si post necessitatem supervenientem à conductore mercedem receperit?*
7. *In quantum propria necessitas extendi, & utrùm probari debeat?*
8. *An non possit expelli inquilinus, si malè versetur in re locata, & quando quis dicatur malè versari?*
9. *An inquilinus expelli possit ob pensionem legitimo tempore non solutam?*
10. *Quantum temporis ad cessationem solutionis requiratur?*
11. *An locator conductorem ex dictis causis propria authoritate expellere possit, vel opus sit authoritate judicis?*
12. *An modò dicta de locatione prædiorum urbanorum etiam locum habeant in locatione prædiorum rusticorum?*
13. *Si dominus ipse ob propriam necessitatem prædium rusticum inhabitare velit, an possit conductorem expellere ante lapsum temporis constituti?*
14. *An etiam locator operarum à locatione discedere possit, si suis operis ipse indigeat?*
15. *Quando locator vult vendere domum, an debeat specialiter emptorem obligare, ne expellat inquilinum, & si hoc omittat, an non teneatur, conductori omne damnum, & interesse præstare?*
16. *An hoc etiam intelligatur de omni alio contractu, permutationis, donationis, &c.?*
17. *Quando locator pro securitate contractûs conductori domum hypothecavit, an conductor nihilominùs à successore singulari expelli possit?*
18. *An requiratur specialis hypotheca, vel sufficiat generalis?*
19. *Utrùm super ista hypotheca etiam requiratur erectio instrumenti judicialis?*
20. *An non præter hypothecam specialem, vel generalem cautio, sive pactum de non alienando sit necessarium?*
21. *Quænam sit differentia inter hypothecam specialem, & generalem quoad effectum, ne conductor expelli, vel ne res alienari possit?*
22. *Quid si conductor sibi solummodò de pacto, ne expelli, vel ne res alienari possit, providit, omissa hypotheca speciali, vel generali?*
23. *Annon dentur aliæ formulæ, quibus locator cum emptore uti potest, ne conductor expelli possit?*
24. *Quid si singularis successor conductori omne damnum, & interesse offerat, an cedere debeat conductor, licèt sibi de hypotheca providerit?*
25. *An non excipiantur duo casus, in quibus conductor expelli potest, non obstante hypotheca sibi constituta?*
26. *An ex dictis casibus non solùm locatori, sed & hæredibus, imò & successori singulari jus expellendi conductorem competat?*
27. *Synopsis quædam totius hujus articuli, & materiæ.*
28. *Quando domus adeò ampla est, ut locator, & conductor, simul in ea habitare possint non obstante refectione, vel reparatione, an conductor emigrare teneatur?*

29. An

29. An locator conductori ob malam grassationem expulso partem mercedis remittere debeat pro eo tempore, quo usum domûs non habet?

30. Si successor singularis pensionem conventam annuatim recipiat, an non tacitè censeatur ratihabere conductionem?

31. Successor singularis voluntarius non tenetur ad locationem antecessoris, an etiam necessarius?

32. Quid sit juris in eo, qui rem fisci conduxit? remissivè.

33. Quid si mulier alicui fundum locavit, quem postmodùm sponso suo in dotem dat, an maritus obligetur ad servandam locationem?

34. An locatio uxoris in bonis paraphernalibus facta sine præscitu mariti sit ipso jure nulla?

35. An finito contractu locationis meliorramenta, & expensæ in re conducta factæ repeti possint?

DIximus in præcedenti articulo, illum propriè intelligendum esse de commodato, quod etiam probatur ex Reformatione de Anno 1588. quia ibidem *Tit. 30.* finitur, qui præcisè materiam commodati comprehendit: Novæ autem nostræ constitutiones Provinciales duos alios articulos adjunxerunt, materiam locationis, & conductionis non ex toto, sed ex parte comprehendentes, procul dubio propter similitudinem, & vicinitatem horum contractuum, qui in Germanico Idiomate sub verbo, Leyhen / continentur: Quos etiam breviter perstringemus, antequàm promisso nostro satis facturi superstites quæstiunculas de commodato attingamus. Agit autem articulus hic principaliter de locatione, & conductione prædiorum urbanorum, non rusticorum, cùm solummodò loquatur de locatione ædium, von Hinleyhen der Häuser / cujus rei ratio est, quòd locatio in prædijs rusticis rarior sit, eò quòd plerúmque in bonis rusticis transferatur jus aliquod reale, V. G. emphyteuticum cum, vel sine modificatione ad dies vitæ, vel in perpetuum, ein Erb-Recht / veranleithe Freystifft / ein Herrn-Gunst / oder Leib-Recht / de quibus agemus sub *Tit. 21.* De locatione itaque alicujus integræ domus, vel partis ejus pro certa mercede ponitur in articulo nostro primaria Regula, quòd, si locatio facta fuerit ad certum tempus, locator obligatus sit, stare locationi, donec tempus effluxerit. *l. si de fundo. 15. Cod. de locat. & conduct. Mozz. de contract. tit. de locat. rubr. quomodò finiatur. n. 2.* Ratio est, quia locatio, & conductio est contractus ultrò, citróque obligatorius, proinde in potestate locatoris non est, ut conductori fidem fallere, & à contractu locationis pro lubitu resilire possit: Et licèt articulus loquatur solummodò de locatore, dubium tamen non est, si terminus locationis, & conductionis cum utriúsque partis contrahentis bona voluntate, & consensu determinatus sit, quin conductor æquè ad illum servandum obligetur, quàm locator; Ita ut neque locator conductorem expellere, neque conductor ante finitum tempus à contractu impunè recedere possit, quamvìs sæpiùs contingat, ut conductor sibi de non expellendo ad certum tempùs caveat, quàm locator de non recedendo: Per rationem, quòd plerúmque locationes ædium annales sint, & si in plures annos conventione extensæ, locatori per recessum conductoris non fiat præjudicium, cùm ipsi actio locati pro integra pensione conventæ mercedis semper maneat in salvo. *D. Manzius. ad tit. Inst. de locat. & conduct. vers. nam ut. num. 5.* dicit, quòd, sicut in emptione, postquàm semel inter partes conventum est, non licet alterutri contrahentium pœnitere, ita quoque non liceat in locatione uni, citra alterius voluntatem à contractu resilire. Et hoc verum est, tametsi locator, vel conductor intrà præfixum tempus locationis mortuus fuerit, quoniam natura contractuum est, ut etiam ad hæredes transeant. *l. viam veritatis. 10. Cod. de loc. & conduct.* Ubi Gordia-

nus Imp: pro ignorante reputat, qui dubitat, an contractus locationis, & conductionis ex utraque parte ad hæredes transitorius sit, nisi fortè contractus initus fuerit ad unius, vel alterius contrahentis liberam voluntatem, ut sæpiùs fieri vidimus, juxta *l. locatio. 4. ff. locati.* quia voluntas, & beneplacitum morte finitur.

Ad modò dictam Regulam articulus noster tres palmares exceptiones facit, quibus locatori liberum est, ante tempus præfixum locationi renunciare. 2 Prima est, si dominus domûs, id est locator, domum conductam reparare velit, **Da der Herr das Hauß / oder Zimmer bauen / vnd besseren wolte.** Ubi statim exsurgit non exigua quæstio, an sola voluntas locatoris de reficienda, vel reparanda domo, & habitatione alteri locata sufficiens causa sit, ad illum ante tempus præfinitum ex ædibus expellendum? Et Respondemus negativè, principale enim requisitum est, ut domus refectione, & reparatione indigeat, adeóque non voluptuaria, sed necessaria reparatio sit, quæ primùm post contractum locationis supervenit, nec aliter fieri possit, nisi conductore ex ædibus emigrante, textus expressus in *cap. propter sterilitatem. 3. §. verùm invito. x. de locat. & conduct.* Ubi dicitur, verùm invito inquilino domum inhabitare, vel reficere poteris, si necessitas id exposcat, & additur per parenthesin, quæ tamen non imminebat locationis tempore: Ratio est, ne una manu locatori concedatur, quod alterâ denegatur: Certum enim est, quòd contractus debeant esse firmi, & irrevocabiles, & non dependere ex unius, vel alterius contrahentis nuda voluntate, quapropter verba articuli nostri, **Da der Herr das Hauß bauen / oder besseren wolt /** intelligenda sunt juxta juris communis dispositionem, necessitate id exigente, & quidem tali, quæ tempore contractûs fuit incognita, ne in locatoris potestate sit, obligationem suam sub prætextu qualiscunque meliorationis, aut refectionis irritam faciendi, imò, si supponas, refectionem, vel reparationem fuisse necessariam, conductori pro eo tempore, quo refectio facta, & ipsi domo carendum est, pensio pro rata remitti, & finita refectione, sive reparatione ipse ad ædium usum pro reliquo tempore iterum admitti debet, *dict. cap.* juxta verba: *Remissa tibi pro residuo temporis pensione.* Cui adde, vel restituto pro reliquo tempore ædium usu. Vid: de hac quæstione *Molina. disput. 40. n. 11.*

3 Secunda exceptio est, si dominus domum locatam pro usu proprio necessariam habeat. **Da der Herr das Hauß zu seinem selbst Gebrauch bedürfftig wäre /** convenit hæc dispositio cum *l. æde. 3. Cod. de locat. & conduct.* Ubi dicitur, invitum ex re locata ante tempus finitum expelli non posse, nisi locator proprijs usibus domum sibi necessariam esse probaverit, & in *dict. cap.* propter sterilitatem eodem modo inquilini dimissio conceditur, si proprias ædes inhabitare voluerit, quàm, si illas reficere, & reparare intenderit, non minùs igitur hoc in casu necessitas aliqua superveniens requiritur, quàm in priori, ne in nuda voluntate locatoris sit, conductorem defraudare contractu suo, quod maximè hoc tempore observandum est, cùm difficile sit, ob ædium penuriam in tam populosa civitate congruam habitationem invenire: Quæ autem sint justæ necessitatis causæ, locatori pro proprio usu rescissionem contractûs indulgendi, arbitrio judicis relinquendum est: *D. Balthasar hîc loci. n. 10.* plures allegat.

4 Quid si autem locator conductori pactum fecerit de non expellendo, donec tempus locationis finiatur, anné nihilominùs eum expellere possit, si re locata pro necessitate, & usibus proprijs inevitabiliter opus habeat? Et hac in parte DD. inter se variant. *Ant. Gabriel. de locat. conclus. 3. n. 2.* & alij, quos ibidem citat, putant, locatorem sibi per ejusmodi pactum præjudicâsse, ne ampliùs jus habeat, etiam propriæ necessitatis causâ inquilinum expellendi, per hanc rationem, ne tale pactum appositum sit otio-

ſum, & fruſtraneum: Nam, ut jam priùs diximus, locator etiam ſine tali pacto tenetur locationi ſtare, donec terminus locationis effluxerit, ergò adjiciendo tale pactum, ut aliquid operetur, cenſetur remittere poteſtatem, ſive facultatem de jure ſibi competentem, expellendi inquilinũ, etiam quando ædes ſuas pro propria habitatione neceſſarias habet: Contrarium aſſerunt *Covar. var. reſol. lib. 2. cap. 15. n. 4. Berlich. part. 2. concluſ. 45. n. 10.* eò quòd pactum initum ſuper tali qualitate contractûs, quæ eidem ex natura ſua ineſt, non poſſit ad caſus ſingulariter de jure deciſos extendi: Nobis hæc ſecunda opinio probabilior eſſe videtur, eò quòd nemo præſumi poſſit, alterius commodo magìs, quàm proprio vigilâſſe, proptereà enim jura domino hanc facultatem expellendi inquilinum concedunt, quando proprijs ædibus indiget, cùm duriſſimum eſſet, & ſanè lugubre, ſi dominus deberet ſub dio habitare, & extraneum in ſuo patrimonio videre optimè accomodatum. Niſi igitur ex circumſtantijs contractûs liquidò appareat, hanc fuiſſe mentem, & intentionem locatoris, quòd per appoſitionem pacti voluerit jus ſuum, in caſu propriæ neceſſitatis inquilinum expellendi, ſpontaneè remittere, nuda pacti religio, tametſi etiam juratum fuerit, potiùs ad naturam contractûs reſtringenda, quàm in tantum locatoris præjudicium extendenda eſt. Vid: idem *Covar. & Berlich. loc. cit.*

Quid ſi autem locatori neceſſitas rem locatam ad proprios uſus convertendi ſupervenerit, is autem jure ſuo non fuerit uſus, ſed ab inquilino penſionem domûs receperit? Et Reſpondemus, quòd recipiendo mercedem conventam videatur renunciare facultati expellendi ob propriam neceſſitatem: Ratio eſt, quia, ut paulò antè dictum, is, qui tempore contractûs jam fuit in ea neceſſitate, ut proprijs ædibus indigeret, jus non habet, poſt contractum perfectum conductorem expellendi, ergò nec ille ampliùs habet, qui poſt neceſſitatem ſupervenientem à conductore mercedem, ſive penſionem conventam recepit, cenſetur enim beneficio ſibi ob neceſſitatem propriam de jure conceſſo ſponte ſua renunciare. *Gabriel. loc. cit. n. 7.* 5

Unus caſus exceptus eſt, quando ſcilicet in initio contractûs inter locatorem, & conductorem convenit, ut conductor tamdiu expelli non poſſit, quamdiu penſionem, ſive mercedem conventam ſolvit. *Balthaſar. loc. cit. reſol. 5. num. 6.* Quod ita verum eſt, ut temporis ab initio contractûs præfiniti decurſus propter ejuſmodi pacti appoſitionem nullas vires habeat. An autem ejuſmodi pactum operetur, ut nec ipſe locator conductorem ob propriam neceſſitatem dimittere poſſit, alia quæſtio eſt, de qua D. Balthaſar abſtrahit, & certè dicendum eſt, quòd hoc pactum ſe in tantum non extendat, ut locatori in caſum neceſſitatis rem locatam pro uſibus proprijs vindicandi jus, & poteſtatem adimat. *Faber. in Cod. ſuo. ad tit. de locat. defin. 49.* Quem ipſe D. Balthaſar hìc loci citat, diſtinguendum ergò eſt, an locator poſt tale pactum contractui locationis adjectum ex nova neceſſitate ſuperveniente velit rem locatam proprijs uſibus applicare, vel alteri fortè majoris lucri, aut affectionis causâ conducendam permittere? In priori caſu pactum non obſtat, quò minùs ipſe dominus re ſua uti poſſit: In ſecundo, cùm nulla alia juſta cauſa expellendi inquilinum præſupponatur ſubeſſe, ſtandum eſt pacto, ut conductori ſervetur contractus, quamdiu conventam penſionem abſque defectu ſolvit. 6

Propriam autem neceſſitatem non debemus ita extendere, ut omnes locatoris conſanguineos, & affines comprehendat, ſed ſolam illius familiam, uxorem ſcilicet, liberos, & famulitium ejus domeſticum. *Molina. diſput. 499. n. 6.* Ratio per ſe clara eſt, quia aliàs jus revocandæ locationis locatori eſſet inutile, cùm ſine ſua familia vivere non poſſit. Debet autem locator propriam neceſſitatem rei utendæ legitimè probare, quia hoc eſt fundamentũ intentionis ſuæ, nec admittitur probatio per juramentum, 7

ſemper enim periculoſum eſt, aliquem judicem fieri in propria ſua cauſa. *l. Julianus. 17. ff. de judicijs. & tot. tit. Cod. ne quis in ſua cauſa, &c.* Et in poteſtate unius ex contrahentibus facilè poni non debet, ut ei à contractu jam perfecto recedere licitum ſit. *l. ſicut. 5. Cod. de oblig. & act. Faber. in Cod. ſuo. ſub tit. de locat. defin. 51.*

8 Tertia exceptio eſt, ſi conductor, ſive inquilinus ſe ita malè gubernet, & in domo graſſetur, ut locator, ſive dominus ædium id juſtè pati non poſſit, Da ſich der Jnn-Mann ungebührlich/ und alſo im Hauß verhielte/ daß es der Hauß-Herr billich nit leyden kundte. Conveniunt textus in ſupracit: *l. æde. 3. in verbis, aut tu malè in re locata verſata es. Et cap. propter ſterilitatem. 3. §. verùm. in verbis, qui etiam inde rationabiliter amovetur, ſi perversè ibi fuerit converſatus.* Quis autem dicatur malè, aut perversè, id eſt, ut articulus noſter ſonat, Ungebührlich / in re locata verſari, judicis arbitrio permittendum eſt. Caſus obvij ſunt, & nimis aperti, ſi V. G. conductor rem locatam notabiliter deſtruat, ſi ad alios uſus, quàm ad quos vi contractûs conceſſa eſt, abutatur. V. G. Si advocatus, vel ſcriba opificium ſtampatorium, ein Buchtruckerey / introducere velit, per cujus torcularia totæ ædes, parietes, & ſuperna tecta vehementi concuſſione labefactantur: Si inhoneſta, vel meretricia exercitia in dedecus domini domûs introducantur: Si vicinis religioſis ſcandalum fiat, vel aliàs cultus divinus, & officia ſpiritualia impediantur: Et quæ ſimilia ſunt, domino domûs, ut articulus loquitur, tanquàm viro honeſto intolerabilia, de quibus videatur *Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 3. caſ. 237. Mozz. de locat. & conduct. §. quomodo finiatur. n. 14.* Ubi caſum ponit, ſi conductor in domum locatam introduceret fabrum ferrarium, ipſi locatori, utpote viro litterato propè habitanti valdè moleſtum: Idem dicendum eſt de ejuſmodi opificijs, quæ perpetuum periculum incendij poſt ſe trahunt, ut ſunt opificia omnia fabrilia, piſtoria, praxatoria, mulſuaria, & ſimilia, ubi diebus, & noctibus furni ignibus ſcatent. Quibus, ſi velis, addere potes Pharmacopæos, Chymicos, Alchymiſtas, & ejuſmodi laboratores, qui beneficio ignis ſpondent divitias, quas ipſi non habent, fœx hominum omni deriſu, & exploſione digna.

Ex his tamen, quæ modò expoſuimus, oriuntur aliquæ quæſtiunculæ. Prima eſt, an hæ tres exceptiones ſecundùm articulum noſtrum ita præciſæ ſint, ut ex nulla alia cauſa, quàm modò enarratis tribus conductor antè finitum tempus expelli poſſit? Ratio dubitandi eſt, quia articulus noſter dicit, Jn ſolchen Fällen mag man einem die Stifft vor der Zeit wol auffſagen / ergò cenſetur dimiſſio, oder die Auffſagung / in alijs caſibus jure noſtro ſtatutario prohibita.

9 Deinde, licèt de jure communi etiam quartus caſus reperiatur expreſſus, ſcilicet, ſi conductor penſionem legitimo tempore ſolvere negligat, quia tamen DD. multùm diſputant, quantum tempus ceſſationis, ut expulſioni locus ſit, requiratur, prout videre eſt apud *Covar. ad rubr. de teſtam. part. 2. n. 36. Molin. de Juſt. & Jur. tract. 2. diſput. 499.* & *Gomez. de locat. & conduct. tom. 2. cap. 3. n. 6.* Videtur noſter articulus quartam hanc cauſam ſtudio omiſiſſe, cùm aliàs in bonæ fidei actionibus hæc Regula ſit, quòd agi debeat non ad reſcindendum contractum, ſed ad eum adimplendum, præſertim, cùm judicia Patriæ noſtræ benè conſtituta ſint, ut conductores ex conſuetudine notoria ſine proceſſu ad præſtandas annuas penſiones per mandata ſine clauſula, & paratam executionem compellantur, & proinde opus non ſit, ut locator ad expulſionem deveniat, cùm ad contractûs obſervationem tam expeditâ viâ judiciariâ pertingere poſſit: Interim tamen, cùm correctio juris communis admittenda non ſit, quando ex verbis ſtatuti non clarè, & expreſsè apparet, legiſlatoris intentionem fuiſſe,

juris

juris communis diſpoſitionem immutandi, noſtra opinione D. Balthaſar rectè concludit, etiam in Patria noſtra conductorem ob penſionem legitimo tempore non ſolutam expelli poſſe: Et hujus rei ratio eſt, quòd locatio videatur eſſe conditionalis, aut modalis, ſcilicet, ita ut mihi, vel ſi mihi mercedem conventam legitimè præſtiteris; Ut igitur deficiente conditione, vel modo, deficiat etiam ipſe contractus. *Gomez. loc. cit. n. 6. Mozz. de locat. & conduct. rubr. quib. mod. finiatur. n. 10.* Et hujus opinionis etiam D. Rath eſſe, ſatìs clarè apparet ex *aſſert. 27. litt. D.* Quamvìs D. Balthaſar illum contrarium ſentire exiſtimet. Ad verba Artic: noſt: Jn ſolchen Fällen / reſpondendum eſt, ea non poni reſtrictivè, ſed exemplificativè. Ut ſenſus ſit, in recitatis, & alijs ſimilibus caſibus dimiſſioni conductoris locum eſſe, ſicut autem ineptiſſimum eſſet, conductorem, qui tantùm exiguam particulam penſionis reſtat, propterea ex domo locata ejicere, ita etiam, ſi penſionem non integram ſtatuto tempore ſolvit, ſed notabilem partem relinquit reſiduam, dubium non eſt, quin eadem facilitate pro reſiduo notabilis partis expelli poſſit, quâ expelli poteſt ob integram penſionem non ſolutam. *l. quæro. §. inter locator. ff. locati.* & hoc verum eſſe putamus, ſive locatio, & conductio facta fuerit ſimpliciter ad tempus determinatum, ſive cum additione pacti, de non revocanda locatione ante lapſum temporis determinati: Ratio eſt, quia, ut ſupra diximus, pactum hoc nihil novi operatur, cùm ipſo jure contractui inſit, ita ut etiam juramentum ſuperadditum majorem virtutem, aut robur actui non tribuat, quia ſemper tacita illa conditio ſubintelligitur, ſi mihi penſionem legitimè ſolveris. Quamvìs reverà fateamur, expulſionem conductoris ob nudam ſolutionis cunctationem tam facilè admittendam non eſſe, cùm locator eam tam expeditâ viâ juris conſequi poſſit, ut proinde contumaciter expulſioni conductoris inſiſtendo videatur potiùs malitiosè agere, & de contractu longiori tempore inito pœnitere, quàm jus ſuum ob non ſolutam penſionem ſibi competens juſto dolore proſequi.

Secunda quæſtio eſt: præſuppoſito, quòd conductor ob non ſolutam 10
mercedem locatione privari poſſit, quantum temporis ad ceſſationem ſolutionis neceſſarium ſit? In Patria noſtra res nullam videtur habere difficultatem, quia contractus locationis, & conductionis plerumque tantùm annalis eſt, ex quo ſequitur, quòd, ſi conductor ſolutionem ultra terminum anni produxerit, hoc ipſo cadat jure ſuo, juxta *Gomez. loc. cit. n. 6.* Ubi dicit, quando locatio fuit facta modico tempore, tunc conductor poteſt expelli, ſi non ſolvat tempore debito, ſi autem locatio, & conductio facta eſt ad plures annos, requiritur, ut conductor ad minimum per biennium à ſolutione ceſſaverit, juxta verba *c. 3. §. verùm. x. de locat. & conduct.* ibi, *per biennium non ſolviſſe.* Circa quam quæſtionem tamen DD. ſe mirabiliter fatigant, ut videre eſt apud *D. Balthaſ. loc. cit. n. 26. & ſeqq.*

Tertia quæſtio eſt, an locator ob unam ex modò explicatis quatuor 11
caſis conductorem propria auctoritate expellere poſſit, vel an id facere debeat cum authoritate judicis, vel magiſtratus ordinarij? *Ant. Faber. lib. 4. tit. 41. defin. 11.* Judicis authoritatem, & interventum neceſſarium reputat, quod planè in Patria noſtra ex eadem ratione ſimpliciter neceſſarium eſſe exiſtimamus, ne inter partes tumultûs, & injuriarum naſcatur occaſio, præſertim, cùm, ut paulò antè diximus, auxilium judiciale in tribunalibus noſtris tam promptum, & expeditum ſit. Studio mentionem fecimus de expellendo tantùm conductore in uno ex prædictis quatuor caſibus. Nam, ſi tempus locationis finitum eſſet, locatori ſine omni difficultate poteſtatem propria authoritate ejiciendi conductorem concederemus. Ratio eſt, quia termino locationis elapſo conductor injuſtus eſt detentor rei locatæ. Juſtè ergo dominus domûs rem ſuam propriâ occupando eidem reſiſtit.

Aliud eſt dicendum de uno ex prædictis quatuor caſibus, quoniam in illis dubium eſſe poteſt, an cauſa expulſionis legitima ſit, vel non? Ut conſequenter judicis cognitione opus habeat, & locator ſui ipſius judex eſſe non poſſit. Et hoc in tantum verum eſt, ut expulſioni locus ſit, tametſi conductor ſe ad mercedis, ſive penſionis augmentum offerat, & tantundem dare paratus ſit, quantum quilibet alius daturus eſt, per rationem, quia finita locatione per decurſum temporis in libera domini voluntate eſt, ut cuilibet pro lubitu ſuo gratificari poſſit. *l. ne cui liceat. l. ſi ulli. Cod. de locat. Gomez. loc. cit. n. 5.* Quidquid in *l. congruit. & in l. f. Cod. de locat. prædior. civil.* de conductore fiſcali in contrarium ſtatuatur, quia illud ſpeciale fiſci privilegium eſt, quod ad alias locationes extendi non debet. An autem hoc ipſum privilegium, juxta *c. 1. x. de locat.* etiam ſcholaribus competat, videri poteſt apud *Gomez. loc. cit. n. 5. in fin.*

12 Quarta quæſtio eſt, an idem, quod modò diximus de locatione prædiorum urbanorum, etiam locum habeat in locatione prædiorum ruſticorum. V. G. Ego locavi alicui villam meam cum omnibus ejus pertinentijs, horreo, ſtabulis, agris, pratis, & paſcuis ad tres annos pro certa mercede annua centum ducatorum, anné poſſim conductorem expellere, ſi villam meam vellem reficere, vel ipſe eam inhabitare, vel ſi mihi penſionem annuam per biennium ſolvere diſtulit, vel ſi conductor malè verſetur in villa, arbores frugiferas exſcindendo, agros emacerando, & ſimilia faciendo, per quæ villa mea notabiliter redditur deterior? Et Reſpondemus, licèt articulus noſter tantùm de locationibus prædiorum urbanorum loquatur, tamen idem juris eſſe in locationibus prædiorum ruſticorum, quia eadem ratio æquitatis in utriſque militat, quamvìs doctores communiter caſum proprij uſus excipiant, ob hanc rationem, quòd textus *in l. æde. 3. Cod. & c. propter tertio. x. de locat.* expreſsè in ſpecie tantùm exceptionem de domo, & ædibus faciant. Ergo ad prædia ruſtica extendendi non ſint. *Gomez. loc. cit. n. 6. ad fin.* Ubi dicit, quòd textus in dict: *l. æde.* non ſine miſterio loquatur tantùm de prædio urbano, eò quòd hoc ſpeciale privilegium ſit exorbitans à ratione juris communis, quæ ſecundùm priùs dicta in contractibus bonæ fidei actionem non ad reſciſſionem, ſed ad contractûs adimpletionem concedit, & proinde ultra terminos ædium non extendendum, & hæc fortè cauſa eſt, quòd articulus noſter exemplum poſuerit in locatione ædium, ut tres caſus exceptos à regula ſimul comprehenderet, cùm aliàs exemplum ponendo in prædio ruſtico locato caſum proprij uſus ſimultaneè includere non potuiſſet: Poſuimus ſtudio caſum de locatione prædij ruſtici tantùm ad tres annos, nam, ſi ultra tres annos facta eſt, & nullæ litteræ deſuper erectæ, juxta *Tit. 21. Art. 5. & 6.* non aliter valet, niſi pro annali locatione, adeóque per ſe nullum dubium eſt, quin etiam extra caſus modò enumeratos expulſioni conductoris ſingulis annis locus ſit.

13 An autem hoc ſimpliciter ita verum ſit, quòd dominus prædium ruſticum ante lapſum temporis conſtituti etiam ob propriam neceſſitatem inhabitare, & propterea conductorem expellere non poſſit, benevolus Lector ulteriùs cogitabit. Quid ſi enim ponas, ruſticum aliquem habuiſſe duas villas, & cùm utrique ſupereſſe non potuerit, unam ex illis locâſſe Sempronio ad tres annos, villâ, quam ipſe inhabitavit, igne cœleſti, vel alia vi majori conſumptâ, petere, ut Sempronius ante tempus locationis decurſum, ſibi ex altera villa ſua cedat, certè vix dubium eſſe poteſt, quin rectè contra Sempronium ad reſciſſionem contractûs agere poſſit, eò quòd habitatio, ut *Gomez. loc. cit.* loquitur, ſit pars alimentorum, ob quæ domino principaliter expulſio conductoris conceditur.

14 Quinta quæſtio eſt, an nunc enumerati caſus partim etiam locum habeant in locatione operarum. V. G. Murarius mihi operas ſuas locavit ad

ſex

ſex annos pro penſione, ſive ſalario annuo centum florenorum, quæritur, an à locatione diſcedere poſſit, ſi ſuis operis pro proprijs ſuis ædibus opus habeat: Vel ſi à me conductore per integrum biennium ſalarium non acceperit? Vides benevole Lector, hanc quæſtionem noſtram non quadrare ad caſus noſtros quatuor priùs propoſitos, ſed tantùm ad duos. Reſpondemus igitur, hanc articuli noſtri diſpoſitionem ad locationem operarum non quadrare. Ipſa ratio ſtatim in propatulo eſt, quòd privilegiū locatori conceſſum dominum rei reſpiciat, nam quis non comprehendat, domino in re ſua propria plus juris competere, quàm alteri nudum jus perſonale habenti? Ut in caſibus quatuor propoſitis elucet. Quis enim invidebit domino rei, ut rem ſuam ad interitum vergentem reficiat, aut ædes ſuas proprias ingruente neceſſitate inhabitet, aut illas à devaſtatione, & deterioratione nudi conductoris vindicet, aut ſibi ipſi de ſatisfactione penſionis promiſſæ vigilet? Res in locatione operarum longè aliter ſe habet, ubi de proprietate alicujus rei certæ ratio non habetur, ſed præcisè agitur de ſervanda fide, & promiſſione operarum. Duo caſus propoſiti aliquam difficultatem habere videntur: Cur enim dominus ædium poteſt conductorem expellere ad hunc effectum, ut illas reparet, vel reficiat, & locator operarum ſuarum non poſſit locationi renunciare, ut ædes ſuas proprias in ſalvo conſervet? Aut cur dominus ædium expellere poteſt inquilinum non ſolventem penſionem conventam, & locator operarum non poſſit renunciare operas, & ſervitia ſua conductori, ſibi mercedem, ſive ſalarium conventum legitimè non præſtanti? Sed quilibet facilè animadvertit, inter utroſque caſus magnam differentiam eſſe, nam locator operarum ædes ſuas eadem facilitate per extraneos reficere poteſt, quàm ſi ipſe reficiat, non habet igitur juſtam cauſam fidem ſuam fallendi, & conductori ſuo operas renunciandi. Similiter, ſi conventum ſalarium ipſi non præſtetur, habet de jure communi, & ſtatutario tanta privilegia, ut opus ipſi non ſit, à contractu reſilire, ſed agendo id, quod ſibi debetur, exactè conſequi poſſit, juxta ea, quæ diximus ad *Art. 5. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / & ſequetur ad *Tit. 32.* der Land-Recht.

Nunc regrediendo ad explicationem articuli noſtri, ulteriùs hæc nota- 15
bilis diſpoſitio ſit, quomodò locator ſe gubernare debeat, ſi rem locatam ante tempus locationi præfinitum alteri vendere velit: Cōmune Germanicum proverbium eſt, Kauff gehet vor Miete / de quo pulchrè ſcribit *Moller. 4. ſemeſt. cap. 14.* & hæc eſt materia *l. emptorem. 9. Cod. de locat.* quatenus ſcilicet ſucceſſor ſingularis ad ſervandum contractū locationis obligatus ſit. In qua articulus noſter venditori neceſſitatem imponit, ut emptorem in contractu emptionis, & venditionis ſpecialiter obliget, ne inquilinum expellat, antequàm tempus in contractu locationis conventum effluxerit, quod juſtiſſimum eſt, cùm multis in locis ineptiſſima conſuetudo ſit, ſicut etiam Monachij eſt, ut inquilinus ex ædibus conductis cedere debeat intrà breviſſimum temporis ſpatium, Monachij intrà quatuordecim dies, quo ſua convaſandi, nedum aliam habitationem inquirendi, & aliò transferendi occaſionem habere poſſit.

Tametſi autem articulus noſter diſpoſitivè ſtatuat, ne venditio abſque prædicta conditione de tolerando inquilino, uſque ad exitum temporis conventi celebretur, nihilominùs verba ſubſequentia ſufficienter oſtendunt, ſi contrarium à domino domûs factum ſit, quòd contractus emptionis, & venditionis omninò valeat, & conductori cedere neceſſe ſit, ita tamen, ut venditori incumbat, conductori omne damnum, & intereſſe præſtare. Muß jhm allen Schaden / den Er von deßwegen leydet / abtragen / vnnd erſtatten. Et hoc quidem, licèt durum ſit, tamen principijs juris conforme eſt, etſi enim locator ædium teneatur, conductori uti frui permittere uſque ad finitum

tum locationis tempus, si tamen intereà emptor commodus offeratur, cedere conductor tenetur, non obstante locationis pacto, sed, ut locator conductori omne damnum, & interesse refundat, quia id non fecit, quod facere debuit. *l. qui non facit. 121. de R. J.* hoc est pacto cum emptore facto non curavit, ut colonus, vel inquilinus eadem pactione in fundo permaneret, per *l. si merces. 25. §. 1. ff. locati.* Videantur de hac quæstione *Covarruvias. var. resol. lib. 2. cap. 15. n. 1. Mozz. de locat. rubr. quomodò finiatur. num. 15. Berlich. 2. conclus. 45. n. 13. Molin. cit. disput. 449. num. 1.* & alij passim. Et, quamvìs articulus noster, ut jam supra monuimus, semper loquatur tantùm de locatione ædium, adeóque de prædijs urbanis, nihilominùs tamen hæc dispositio etiam de prædijs rusticis sine omni hæsitatione intelligenda est, textus est clarus in dict: *l. emptorem. 9. Cod. de locat.* Ubi Alexander Imperator inquit: necesse non est, stare colono, cui prior dominus locavit: Idem habetur in *l. qui fundum. 32. ff. locat.* qui textus in specie etiam de colono conductore prædij rustici loquitur. Similiter,
16 licèt articulus noster in specie tantùm emptionis mentionem faciat, quòd tamen de omni alio singulari successore ex permutatione, donatione, legato, vel quovis simili titulo singulari intelligendus sit, quia tota chrisis consistit in notissima regula juris, quòd singularis successor ad factum sui antecessoris non obligetur, dicta *l. qui fundum. 32. ff. locat. Gomez. loc. cit. num. 9.* Imò plerique doctores etiam hoc ad eum casum extendunt, quo non integrum dominium rei titulo singulari in alium translatum est, sed tantùm pars ejus. V. G. Jus emphyteuticum, vitalitium, jus feudale, vel simile, quo emptori pars dominij participatur. Aliud est dicendum, si non pars aliqua dominij, sed tantùm jus quoddam, V. G. pignoratitium, vel hypothecarium in alium transfertur, quia, cùm dominium rei pignoratitiæ, vel hypothecariæ maneat apud constituentem, is ad servandum contractum locationis conductori remanet obligatus.

17 Si autem quæras, quomodò conductor ædium sibi vigilare debeat, ne etiam à singulari successore expelli possit? Respondet articulus noster, si tempore locationis per expressum paciscatur, ne ante tempus conventum expelli possit, & ad securitatem hujus pacti ædes sibi hypothecari faciat, nam hoc in casu eum neque locator, neque locatoris successor singularis, V. G. emptor ante decursum temporis ex ædibus dimittere potest invitum, quia nititur jure reali, quod omni conventione personali potius est.

18 Sed statim ex modò dictis alia resultat quæstio, an necessarium sit, ut conductor sibi fecerit obligari hanc ipsam rem, quam conduxit, vel sufficiat, si sibi de generali hypotheca omnium bonorum locatoris prospiciat? Ratio dubitandi est, quia articulus noster in specie de hypotheca domûs conductæ loquitur, ergò videtur, quòd generalis hypotheca insufficiens sit, juxta illa, quæ scripsimus ad *Art. 7. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / ubi diximus, quòd privilegium prælationis mutuanti ad rem noviter emendam non concedatur, nisi res empta fuerit illi non generaliter, sed specialiter hypothecata, Doch allein / inquit textus, in dem Fall / wann dem Herleyher das erkauffte / oder von neuem erbaute Guet zu einem außtruckentlichen Unterpfand versetzt / und verschriben worden. Videtur ergo articulus noster similiter pro consequendo hoc privilegio specialem hypothecæ constitutionem in re conducta requirere, sed aliter hanc quæstionem resolvit *Gomez. loc. cit. num. 9.* Ubi dicit, quòd, si conductor aliquod jus in re habeat, non possit expelli, veluti, si locator generaliter obligavit, & hypothecavit omnia sua bona pro securitate contractûs, vel rem locatam specialiter: Quia tunc conductor potest rem loco pignoris, vel hypothecæ retinere, & non potest expelli, donec sibi satisfiat de totali interesse, de qua quæstione videatur *Covaruv. var. resol. lib. 2. cap. 15. n. 3. Tyraquell. de retract. convent.*

§. 3.

§. 3. gloss. 1. n. 3. & seqq. Fabian. de mont. in tract. empt. & vend. 4. quæst. n. 36. Neguzant. in tract. de pign. n. 6. Non obstat, quod in contrarium ex articulo nostro allegavimus, quia, ut supra jam monuimus, hic articulus potiùs exemplificativè, quàm restrictivè intelligendus est, nec valet argumentatio ex *Art. 7. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / desumpta: Mutuans ad rem emendam non habet privilegium prælationis, nisi sibi in re empta de hypotheca caverit speciali, ergo etiam conductor privilegium de non expellendo à singulari successore non consequitur, nisi de speciali hypotheca rei locatæ sibi providerit, nam hæc separata sunt, à separatis autem non fit bona illatio, præsertim, cùm ratio, quæ in mutuante specialem hypothecationem requirit, in conductore locum non inveniat.

Ante circiter triginta quinque annos mihi Monachij integram domum à præcipuo quodam cive, mercatoris filio, ad decennium hoc expresso pacto addito conduxi, ut mihi domus pro securitate, & firmitate contractûs debeat esse obligata, & hypothecata, locatori verò, prout aliàs juris est, illata, & invecta in domum, & insuper omnia alia mea bona mobilia, & immobilia generaliter, & specialiter oppignorata. Contractus inter nos tribus testibus intervenientibus legitimè omnibus numeris absolutus, subscriptus, & subsignatus fuit. Non defluxit unus annus, cùm locator vir prodigus, sed talis nondum declaratus, domum alteri mercatori venderet pro summa nimiùm excessiva, mihi interim liberum arbitrium relinquens, si velim, ut domum jure retractûs pro eadem quantitate pretij mihi venditam retinere possim. Suspicatus fui, dolum, & fallaciam subesse, cùm inter se propinqui fuerint, ut sub prætextu emptionis, & venditionis me iterum ex ædibus conductis expellerent, quapropter retractum conventionalem mihi sponte oblatum simpliciter recusavi, & respondi, me stare contractui locationis ad tempus decennij plenissimè confecto, & jure hypothecæ specialis roborato. Institit emptor, constitutionem hypothecæ invalidam esse, eò quòd litteræ obligatoriæ non fuerint coram magistratu ordinario erectæ. Disputatum ergò inter nos fuit satis multo tempore, an ad hunc effectum, ut jus hypothecæ specialis teneat, requiratur instrumentum hypothecarium judicialiter confectum? Certè in *Art. 20. & 21. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / inter plebejas personas constitutio hypothecæ nullius valoris, & momenti est, si desuper non fuerit judiciale instrumentum erectum, tametsi aliàs dubio careat, quòd locatio, & conductio nudo consensu sine ullius scripturæ interventu fieri possit, DD. ad *Tit. 25. Inst. de locat. & conduct.* sed, quia *Art. 21. dict. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / expresè disponit, quòd etiam à personis civicis præstantioribus privatæ hypothecariæ obligationes fieri possint, altera suborta est quæstio, an talis juxta articulum nostrum sufficiens sit ad conductorem in jure suo conservandum, ne à singulari successore invitus expelli possit? Et confirmatoriā sententiam rectè obtinui, ex hac ratione, quòd articulus noster simpliciter hypothecariam obligationem admittat, hypotheca autem privata non minùs, quàm hypotheca publica conductori jus reale tribuat, cui ad excludendum singularem successorem inniti possit? Deinde allegavi, quòd decennalem contractum celebraverimus, juris autem esse, ut inquilinus, qui ad longum tempus rem conduxit, puta ad decem annos, jus in re saltem utile aquirat. *l. 1. §. qui superficiem. & §. quod autem. ff. de superfic. Gomez. loc. cit. n. 9. litt. F.* de quo tamen alibi videbimus. 19

Sustinet quidem *D. Balthasar. ad hunc titulum. resol. 5. n. 35.* ex *Molina. tract. 2. disput. 490.* Quòd generalis hypotheca pro firmitate contractûs hunc effectum non operetur, ut conductor ante tempus locationis finitum expelli non possit, sed, quòd requiratur specialis hypotheca simul cum pacto, ut locator, perseverante contractu, rem locatam alienare nequeat, 20

quæ ſententia quidem de jure communi communis eſt, ſed, quia articulus de neceſſitate hujus pacti nec verbum movet, & Gomez: à Molina citatus ſolius hypothecæ tam ſpecialis, quàm generalis virtutem, & efficaciam eſſe dicit, ut conductor ſe adversùs ſingularem ſucceſſorem jure retentionis defendere, & in poſſeſſione hypothecæ retinere poſſit, ſimpliciter verum eſſe putamus, ut quælibet hypotheca, ſive ſpecialis ipſius rei locatæ, ſive generalis omnium bonorum locatoris ſufficiat, quoniam in generali hypotheca etiam res ipſa locata ſpecialiter continetur. *D. Rath. loc. cit. aſſert. 31.* articuli noſtri diſpoſitionem de ſufficientia hypothecæ ſpecialis, ſine pacto de non alienando pro certa ſupponit, & hoc tantùm diſputat, an neceſſitas pacti prohibitorij de non alienando in jure communi fundamentum habeat? Et concludit, hac in parte inter jus commune, & jus noſtrum ſtatutarium uullam differentiam eſſe, ubi textū in *l. ſi merces. §. 1. & l. ſi fundus. 36. ff. locati.* per quos DD. in hanc opinionem inducti ſunt, ut præter hypothecam ſpecialem rei locatæ etiam cautionem de non alienando neceſſariam putarent, pulchrè exſplicat, quò Lectorem remittimus. Imò ipſe *Molina. loc. cit. n. 6.* admittit, quòd, ſi locator in ſecuritatem contractûs locationis ſubjecerit rem hypothecatam in particulari, ſive in univerſali, quòd conductor ſucceſſori ſingulari ſe opponere poſſit, dicendo: Rem ſibi obligatam eſſe titulo hypothecæ in ſecuritatem ſui contractus, quod in effectu idem eſt, ac ſi diceret, conductorem, ſive ſpecialem, ſive generalem hypothecam pro ſecuritate, & firmitate contractûs habentem contra locatorem, & ſucceſſorem ſingularem jure retentionis ſemper tutum eſſe, nec expelli poſſe ante decurſum temporis in locatione conventi.

21 Quamvìs ultrò fateamur, inter hypothecam ſpecialem, & generalem, non quidem quoad effectum, ne conductor expelli poſſit, ſed ad effectum, ne res locata alienari poſſit, magnam differentiam eſſe, ſi enim hypotheca generalis fuerit conſtituta, non impeditur conſtituens, rem aliquam particularem vendere, tametſi credito pactum appoſuerit, ne liceat debitori, pignus, vel hypothecam vendere, ut communis eſt opinio ad *l. ſi credit. §. f. ff. de diſtract. pign.* at ſi tale pactum additum fuerit hypothecæ, ſive pignori ſpeciali, tenet pactum, *Mozz. tit. de pign. & hypoth. n. 39. rubr. de ſubdiſtinct. pign.* Si igitur D. Balthaſ: hoc velit dicere, quòd prohibita alienatio requirat ſpecialem rei locatæ hypothecam, ipſi ultrò deferimus, ſed, ſi dicat, pro firmitate contractûs locationis ſemper ſpeciali hypotheca opus eſſe, nec generalem ad hunc effectum, ut conductor ſe contra ſingularem ſucceſſorem tueri poſſit, ſufficere, id nullo modo approbamus, cùm exploſa ſit antiqua quorundam opinio, quòd firmitas contractui locationis contra ſingularem ſucceſſorem per hypothecam procurari non poſſit, niſi inter partes de non alienando pignore conventum fuerit, ut fatetur idem *Molina. loc. cit. num. 6.*

22 Difficilior quæſtio eſt, quando conductor ſibi neque de generali, neque de ſpeciali hypotheca providit, interim tamen locatorem ſpeciali pacto obligavit, ne rem durante tempore locationis conventæ alienaret, annè propterea jus aquiſiverit, ſingularem ſucceſſorem excludendi, ne illum ante decurſum temporis expellere poſſit? Item, ſi locator emptorem per pactum obligavit, ne ante finitum tempus locationis rem alienaret? Duplicem igitur hanc quæſtionem examinando, dicimus ad primam, videri poſſe, quòd conductor per tale pactum in ejus favorem appoſitum contractûs firmitatem adipiſcatur, ut à ſingulari ſucceſſore expelli non poſſit, eò quòd actus alienationis ſit nullus, ſed hoc non obſtante certum eſt, quòd nullum ejuſcemodi pactum, niſi accedat ſpecialis rei locatæ hypothecatio, rem faciat inalienabilem. *Molina. dict. diſput. 490. n. 5. Covar. var. reſol. lib. 2. cap. 15. n. 3. Rath. loc. cit. aſſ. 30.* Imò *Ant. Faber. de error. pragm. decad. 87. cap. 2.* exiſti-

existimat, quòd etiam accedente hypotheca speciali inanis, absurda, & inutilis quæstio sit, an valeat conventio, ne liceat debitori rem locatam, & nexu pignoris obligatam alienare? eò quòd conductoris nihil intersit, ne res pignorata à locatore alienetur, cùm aliàs ei jus suum etiam re alienata contra emptorem integrum, & inviolatum permaneat, sed textus in *l. si creditor.* §. *ult. ff. de distract. pignor.* contrarium manifestè habet, qui venditionem nullam esse declarat, si à locatore facta fuerit his duobus concurrentibus, nempe hypothecâ pro firmitate contractûs specialiter constitutâ, & pacto addito, ne res durante contractu locationis alienetur.

Dices, si nuda hypotheca, sive specialis, sive generalis singulari successori manus ligat, ut conductorem ante tempus conventum expellere non possit, ut priùs diximus, quid opus est, ut addatur etiam pactum de re non alienanda? Et Respondemus: Plurimùm prodesse. 1. Propterea, ut conductor statim contra emptorem hypothecariâ experiri possit, cùm aliàs priùs excutere deberet locatorem tanquam debitorem principalem, & fidejussores ejus, & 2. ne conductori potentior adversarius obtrudi possit, si enim conductor nudâ hypothecâ nititur, venditionem, & consequenter obtrusionem alterius adversarij impedire non potest. At si nititur hypothecâ cum pacto de non alienando, alienatio nihilominùs facta nulla, & invalida est, & consequenter conductor retinet antiquum adversarium: Et denique tertiò, quòd in hypothecaria, quæ instituitur adversùs locatorem, tanquàm principaliter obligatum, leviores admittantur probationes, quàm contra tertium possessorem, ut ex *Neguz. de pignor. part. 8. memb. 3.* pulchrè deducit idem *Rath. loc. cit. assert. 3. litt. P.* Ut igitur conductor non malè faciat, si cum hypotheca speciali etiam sibi caveat apposito pacto de non alienando, ad hos effectus, de quibus modò diximus, avertendos. Ex hoc tamen non sequitur, quòd pro firmitate contractûs locationis adversùs singularem successorem hypotheca generalis non sufficiat, sed specialis requiratur rei locatæ, & quidem cum pacto de non alienando.

Ad secundam quæstionem ratio dubitandi est: Quia finis stipulationum est, ut quilibet acquirat sibi, quod suâ interest, non quod interest alterius. Nulla est ergo stipulatio, sive conventio, per quam agitur de jure alteri quærendo. *l. 1. Cod. per quas person. cuique acquir.* §. *si quis. 4. Inst. de inutil. stipul. l. stipulatio ista.* §. *alteri. ff. de verb. oblig.* Hoc tamen non obstante, videtur text: in *l. emptorem. 9. Cod. de locat.* contrarium statuere, ubi habentur hæc verba: *Verùm, si probetur aliquo pacto locator consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto bonæ fidei judicio ei, quod placuit, parere cogetur.* Similes textus sunt in *l. si mercedem.* §. *si habitatoribus. ff. de act. empt. l. arbores.* §. *quidquid. ff. de usufruct. dict. l. si creditor.* §. *ult. ff. de distract. pign.* Et hanc opinionem videntur firmiter confirmare statuta nostra Bavarica, cùm expresè disponant, quòd locator domum ab altero conductam vendens emptori denunciare debeat, ut conductorem in ædibus sustineat, donec tempus locationis cum illo initum finiatur, juxta verba, Verkaufft aber jemand sein Hauß / so soll er dem Kauffer anzeigen / daß er den Stifft-Mann im Hauß/ oder Zimmer lasse / biß die Stifft-Zeit sich mit deme geendet. Ex quo manifestè infertur, hanc esse exceptionem à communi regula, & ratione juris, quòd nemo alteri stipulari, vel aquirere possit, notabiliter exemptam. Subtilis D. Rath modò citatos textus sic exsplicat, ut quidem conductori, qui locatorem obligavit, ne durante termino locationis rem alienaret, liberum sit, actione conducti convenire, ut sibi cedat contra emptorem actionem propter pactum, ne inquilinus ante tempus expellatur, ut præsupponitur, acquisitam noviter, mediante qua cessione postmodùm conductor se contra singularem successorem defendere possit: Sed, sicut nostra statuta Bavarica plerumque in

graviſſimis juris materijs ſubtilitates, & apices juris ſubterfugiunt, & viam planam ingrediuntur, ſanè non dubitaremus, hanc exceptionem, quam locator ſtipulatione, & pacto ſuo in venditione acquiſivit, etiam ſine ceſſione locatori concedere, cùm ferè plerique authores exiſtiment, per pactum locatoris conductori in hoc caſu ſpeciali, accedente jure retentionis, jus, ſe contra ſingularē ſucceſſorē manutenendi, acquiſitum eſſe. Qui textus ſupra allegatos penitiùs inſpexerit, planè videbit, neceſſitatem ceſſionis ſupervacaneam eſſe. Interim ſponte concedimus, tametſi articulus noſter utatur verbis præceptivis, So ſoll er / ꝛc. quòd nihilominùs venditio valeat, ſive locator pactum de tolerando conductore fecerit, ſive illud omiſerit: Ratio eſt, quia locator manſit dominus rei locatæ, ergo jure dominij ejus alienandi poteſtatem habuit.

23 Quid ſi autem locator cum emptore non expreſsè convenerit, ne conductorem expellat, ſed alijs ejuſmodi formulis uſus fuerit, ex quibus tacita emptoris obligatio colligi poſſit? V. G. dicendo: Ego volo, ut conductor meus rem teneat pro conventa penſione, Er ſolle nit geſtaigeret werden. Item volo, ut eo mortuo hæredes conductione anteceſſoris ſui quietè fruantur, vel ut omnia circa rem locatam uſque ad tempus locationis finitum maneant, vel ſimilia? Certè idem eſt, acſi expreſſa ſtipulatio de non expellendo conductore facta fuiſſet, quia taciti eadem vis eſt, quæ expreſſi. *l. cùm quid. 3. ff. de reb. cred. l. de quibus 32. ff. de ll.*

24 Adhuc aliam ſubtilem quæſtionem circa hanc materiam ponunt DD. an ſcilicet conductor, qui ſibi pro firmitate contractûs de ſpeciali, vel generali hypotheca providit, cedere debeat, ſi ſingularis ſucceſſor eidem offerat omne damnum, & intereſſe? Et cōmuniter reſpondent, quòd ſic. *Mozz. de loc. rubr. quomodò finiatur. n. 15. & 16. Covarr. loc. cit. cap. 15. n. 3.* niſi appoſitum eſſet juramentum in contractu locationis, tunc enim vigore juramenti emptor teneretur præciſè ad factum, hoc eſt, ad patientiam, & uſum fruitionis, ita ſentit idem *Mozz. loc. cit.* Sed nos diſtinctionem facimus, an locator conductori hypothecam conſtituerit cum pacto, de non alienando rem locatam, vel ſine tali pacto, in primo caſu res clara eſt, quòd conductor ſingulari ſucceſſori nullo modo cedere teneatur, quia alienatio rei locatæ ipſo jure nulla eſt, ut paulò antè exſplicavimus, ſi ergò emptor, vel ſingularis ſucceſſor ad rem ipſam nullum jus habet, multò minùs jus prætendere poterit, alterū ex poſſeſſione rei, offerendo damnum, & intereſſe, expellendi. In altero caſu noſtro judicio non minùs rectè contradicit *D. Balthaſar. loc. cit. n. 36. D. Rath. loc. cit. aſſert. 30.* & *Molina dict. diſput. 490. n. 7. & 8* Quia etiam nudum jus hypothecæ tribuit poſſeſſori poteſtatem inſiſtendi juri ſuo, donec tempus contractûs effluxerit, ita ut aliud pro alio, æſtimationem nempe pro ipſo uſu, accipere non teneatur, *l. 2. §. mutui datio. ff. ſi certum petatur.* Nec juramenti acceſſio quidquam ad rem facit, quoniam emptor ad illud obſervandum, quod locator juramento affirmavit, tanquàm de facto tertij obligatus non eſt.

25 Quamvis autem, ut hactenus diximus, conductor, qui ſibi pactum de non expellendo fecit, & illud conſtitutâ hypothecâ roboravit, ante tempus locationis finitum, nec à locatore, nec ab emptore, aut ſucceſſore ſingulari, tametſi ſolutionem, quanti conductoris intereſt, offerat, expelli poſſit, tamen articulus noſter iterum duas ſublimitationes annectit. Primò, niſi in domo malè verſetur, & ſecundò, niſi domus refectione, & reparatione neceſſariò indigeat. Quod attinet ad primam ſublimitationem, jam ſupra diximus, malam inquilini gubernationem in domo tam de jure canonico, quàm de jure civili ſufficientem cauſam eſſe expulſionis ante tempus conventum, quæ per conſtitutionem hypothecæ non immutatur, nam hypotheca non conſtituitur ad hunc finem, ut conductor liberè in ædi-

ædibus grassari, & eas pro lubitu suo deteriorare possit, sed solùm ad hunc effectum, ut firmitatem contractûs tribuat, si igitur locatori malè grassando in ædibus fidem fallit, justè eidem permittitur, ut reciprocè fidem fallendo firmitatem contractûs infringat, &, ut rem suam indemnem servet, ejusmodi grassatorem ante tempus expellat. Similiter, quod attinet ad secundam sublimitationē, si res locata primùm post contractum locationis initum cœpit fieri ruinosa, domino rei licitum esse debet, ut illam ab interitu vindicet, quia hypotheca securitatem contractûs præstat, si mansit in eodem statu, prout fuit ab initio, secus est, si superveniat talis causa, ob quam jura recessum à primæva obligatione permittunt, ut est ruina, & necessaria rei reparatio, sive refectio. Ex hoc autem, quòd articulus noster tantùm hos duos casus sublimitativè excipiat, tacitè innuit, quòd hypothecæ constitutio tertium casum supra positum, nempè, si locator ædes pro proprijs usibus superveniente necessitate adhibere velit, prorsùs excludat, Ratio clara est, quia per constitutionem hypothecæ conductor sibi adversùs dominum securitatem contractûs providit, ut proinde illius, id est, conductoris necessitas necessitati locatoris præponderet; Nemo enim unquam dicet, quòd hypothecarius debitor, qui alijs pignora dedit, illa in tempore necessitatis pro usu suo revocare possit.

Et hoc non tantùm verum est, quando ipse locator, qui conductori 26 pro firmitate contractûs pignus constituit, aut ejus hæres in istis duobus casibus non obstante hypotheca à contractu resilire velit: Sed etiam, si singularis successor hypothecarij possessoris dimissionem uno ex istis casibus requirat, cùm, ut dictum, hypothecæ constitutio ad illas se neutiquam extendat, & consequenter successor, tanquàm rei dominus eandem potestatem expellendi habeat, quàm habiturus fuisset locator, aut hæres illius.

Gravissimè huic nostræ opinioni contradicit *Covar. lib. 2. var. resol. cap. 15. num. 4.* Ubi dicit, quòd inquilinus propter casum contingentem post contractum à domino, qui cum eo contraxit, expelli quidem possit, sed non ab alio, nisi sit ejusdem domini successor universalis, qui ejus personam repræsentet: His enim leges contractibus adscriptæ, vel à jure subintellectæ, non alijs competunt. At singularis successor, quoties stare tenetur locationi, non repræsentat ipsum locatorem, sed ad id tenetur, vel quia contractus ab ipso conventus non tenet in præjudicium locationis, vel ratione pignoris, & hypothecæ: Et ideò injuria gravis fieret conductori, si expelli posset à quocunque successore singulari, sicut ab ipso locatore, propter proprium, & ei necessarium rei locatæ usum: Essetque locus mille fraudibus, quibus obviandum est, quam sententiam D. Balthasar multùm stringit. Sed habes benevole Lector ex ijs, quæ præmisimus, articuli nostri claram dispositionem, distinguendum esse inter tres casus supra positos, nempè 1. proprij usûs. 2. Reparationis, & refectionis rei. 3. Malæ conductoris versationis, sive grassationis. In primo casu articulus noster locatori, & ejus successori universali ob necessitatem supervenientem nullo modo jus expellendi concedit, quando conductor pro securitate contractûs sibi de hypotheca vigilavit, multò minùs ergo hoc jus successori singulari contra possessorem hypothecæ indulgendum est. Videtur Covar: locatori in casu necessitatis non tantùm expulsionem conductoris concedere, quando res in nudis terminis personalis contractûs permanet, sed etiam, quando contractus per pignoris, vel hypothecæ constitutionem robur, & firmitatem accepit: Hoc autem singulari successori denegare, eò quòd leges tantùm ipsi locatori, & hæredi ejus succurrere voluerint, utpote qui de favore contractûs participat, non tertio successori singulari, de quo nulla fuit cogitatio. At noster articulus post constitutam

hypothecam nec locatori, nec ejus hæredi, nec cuicunque ſingulari ſucceſſori revocationem contractûs ob propriam neceſſitatem concedit, nihil ergo ex hac opinione Covar: contra noſtram opinionem inferri poteſt, quia in reliquis tantùm duobus caſibus, nempe refectionis, & malæ graſſationis tam locatori, & ejus hæredi univerſali, quàm ſingulari ſucceſſori cuicunque, non obſtante hypotheca, expulſionem conductoris concedimus. Quæ ſententia verbis articuli noſtri notoriè convenit, nam, poſtquàm hæc poſitio facta fuit, quòd conductor nec à locatore, nec à ſingulari ſucceſſore propter hypothecæ interventum expelli poſſit, ſtatim adduntur duo ſublimitationis caſus, reparationis, & malæ graſſationis; Ergò utérque tam ad locatorem, & ejus hæredem, quàm ad ſingularem ſucceſſorem intelligendus eſt. Cujus rei ratio manifeſta redditur, quia expulſio in iſtis duobus caſibus ratione dominij permittitur, ne propter locationem tanquam contractum perſonalem domino res ſua pereat, atqui ſingularis ſucceſſor æquè dominus eſt, ac locator priùs fuit, ergo idem jus expellendi conductorem ex his duobus caſibus illi tanquam domino competit. Deinde jam ſupra diximus, hypothecæ effectum eſſe, ut præſtetur ſecuritas conductori quoad ſervandum contractum, non à domino rem ſuam deteriorandam, vel prorsùs intervertendam.

Hoc tamen manifeſtum eſt, ſi conductor ſibi de ſpeciali hypotheca domûs providit, addito ſimul pacto de non alienando, quòd tunc ſingularis ſucceſſor, nec ex cauſa reparationis, & refectionis, nec ex cauſa malæ graſſationis conductorem infeſtandi jus habeat, quia contractus ipſo jure nullus eſt, & conductor ſemper excipere poteſt: Tibi non competit actio, &c.

27 Ut materiam iſtam contrahamus in compendium, *quia intricata* eſt, & propter caſuum diverſitatem ſatìs difficilis, repetamus regulam, quòd conductor, qui ſibi pro firmitate contractûs hypothecam pactus fuit, non poſſit expelli ante tempus locationis finitum. Et hoc verùm eſt, ſive caverit ſibi de hypotheca ſpeciali rei locatæ, ſive de hypotheca generali omnium bonorum locatoris, ſive poſtmodùm conveniatur ab ipſo locatore, vel ejus hærede, aut à quocunque ſingulari ſucceſſore. Nuda autem conventio de re non alienanda conductori nullam ſecuritatem præſtat, niſi ſimul acceſſerit conſtitutio ſpecialis hypothecæ ſuper rem locatam, quæ hujus effectûs eſt, ut contractum alienationis faciat nullum. Quando autem pactû de non alienando cum generali tantùm hypotheca fit, tenet *alienatio*. Sed hoc iterum diſtinguendum eſt, an ipſe conductor cum locatore pactum de non alienando mediante hypotheca generali iniverit, vel an locator emptorem, vel alium quemcunque, in quem rem titulo ſingulari alienavit, V. G. donatarium, legatarium, &c. obligaverit, ut conductorem in ædibus uſque ad tempus locationis finitum ſuſtineat? Si prius, conductor jus retentionis habet, ut cedere non teneatur, tametſi conductori præſtare paratus ſit omne damnum, & intereſſe. Si poſterius, vel pactum noſtra opinione conductorem tenet ipſo jure, vel certè locatorem actione conducti compellere poteſt, ad cedendum ſibi jus ſuum, quo mediante ſingularem ſucceſſorem pro illius expulſione agentem repellere poſſit. Tametſi autem pro ſecuritate contractûs hypotheca generalis, vel ſpecialis conſtituta *ſit*, nihilominùs in iſtis duobus caſibus reparationis, & malæ graſſationis tam ipſi locatori, & ejus hæredi, quàm ſingulari ſucceſſori jure dominij pro ſua indemnitate conſervanda jus expellendi competit; Non autem in tertio caſu ratione proprij uſus neceſſarij. Propter ruinam verò ædium articulus noſter annectit ad regulam de non expellendo conductore hypothecâ proviſo in fine duas exceptiones. Prima eſt, ut reparatio, ſive refectio ſit omninò neceſſaria. Secunda, ut fieri non poſſit aliter, niſi conductor

emi-

emigret, de quibus jam supra diximus, cùm in omnibus ejusmodi casibus semper fundamentum necessitatis requiratur, quia ineptissimum esset, ut in mera libera voluntate uni ex contrahentibus recessus à contractu permittatur. Habes amice Lector synopsin quandam perbrevem, sed sufficienter exsplicatam, pergemus nunc paucis adhuc additis, hunc articulum concludere.

Primum est, quòd, si conductor dimittatur ante tempus locationis finitum, distinguendum sit, an dimissio fiat ob causam propriæ utilitatis, & necessitatis domini, scilicet domum pro sua inhabitatione indigentis, vel ex causa conductoris malè in domo locata grassantis, vel pensionem legitimo tempore non solventis? Ad primum membrum distinctionis certum 28
est, quòd locator conductorem expellens debeat illi remittere partem pensionis, sive mercedis pro eo tempore, quo usu domûs carere debet. Et secundò, quòd expelli non possit, si ædes tam amplæ sint, ut tamen in ijs habitare possit, si velit, non obstante, vel domini simultaneæ inhabitationis, vel necessariæ reparationis, & refectionis casu, dict: *c. propter sterilitatem. 3. x. de locat. Molina. loc. cit. disput. 499. n. 9.* Ubi dicit *n. 11.* conductorem etiam non nimis arctandum esse ad emigrandum, cùm hoc beneficium locatori non aliter concessum sit, nisi pro bono, & utilitate sua, non in conductoris dispendium, aut detrimentum, & certè in nullo casu expulsio fieri justè potest, nisi juxta præmissa præsupponatur necessitas locatoris tanquam domini, non præexistens tempore contractûs, sed ex post facto superveniens: Quæ appendici hujus articuli apprimè conveniunt.

Quid si autem refectio rei locatæ parvo tempore indigeat? Ex eodem principio sequitur, quòd locator pro reliquo tempore conductorem restituere, & eidem usum concedere debeat, donec tempus finiatur. *l. si duo. §. inquilinus. ff. ubi possid.*

In secundo membro, quando conductor propter rei abusum, vel pro- 29
pter non solutam pensionem expellitur, res longè aliter se habet, nam, quamvìs aliqui hujus opinionis sint, quòd conductor propter abusum, & malam grassationem expulsus tamen ad minimum id petere possit, quod locator ab alio fortè conductore subsequente ex nova locatione plus accipit, quàm ex mala grassatione antecessoris damni accepit, tamen hæc opinio nobis non placet, quia per malam grassationem, & deteriorationem contra bonam fidem, & jura contractûs fecit, & ex delicto suo potiùs pœnam, quàm aliquam sublevationem meretur, videatur *Sichard. ad l. sæpiùs citatam. æde. tertiam. C. de locat. Lud. Molina. loc. cit. num. 12.* (quem D. Balthas: allegat) magìs theologicè, quàm juridicè discurrit, nam ecce certum est, quòd conductor, qui ob non solutam pensionem expellitur, vel domum conductam ipse deserit, aut alteri ad inhabitandum concedit, conveniri possit pro integra mercede, quia in pœnam culpæ, & delicti sui, ut ex Paulo de Castro pulchrè deducit *Hier. Pantzschmann. in quæst. suis. quæst. 16. num. 7.* nulla commiseratione, aut remissione dignus est. Multò magìs ergò malus grassator ejusmodi comiseratione dignus erit. Si dicas, quòd bona fides non patiatur, ut bis idem exigatur, aut aliquis cum alterius damno locupletetur: Facilis est Responsio ex Paulo de Castro: Sine illius culpa, & delicto nego, cum ipsius verò fraude, dolo, mala fide, culpa, & delicto concedo, possemus plura exempla in medium adferre, nisi libentiùs mitiori sententiæ pro more nostro adhæreamus, quæ videtur requirere, ut locator potiùs indemnis servetur, quàm locupletetur.

Illud prorsùs sine dubio est, si post rem alienatam tertius successor sin- 30
gularis cum conductore convenerit, quòd ante tempus constitutum eum ex re conducta expellere nolit, quòd omninò obligatus sit; Ratio evidens est, quia

quia tunc tenetur ex proprio pacto, & conventione, & non ex pacto locatoris, de cujus invaliditate priùs diximus: Idem est, si conductorem in re locata sustinuerit, & pensionem conventam annuatim acceperit, quia tacitè censetur conductionem rati habuisse, juxta *l. emptorem. 9. C. de locat.* quia, ut paulò priùs diximus, taciti eadem vis est, quæ expressi.

31 Hactenus autem dicta de successore singulari ad locationem antecessoris non obligato intelligenda sunt de tali successore, qui succedit ex mera voluntate locatoris, & non ex necessitate. V. G. Quando locator rem vendit, aut alio titulo singulari alienat, non quando res titulo singulari ad tertium successorem singularem ex necessitate juris pervenit. V. G. Si locatoris creditor in rei locatæ, debiti, vel rei judicatæ causâ immissionem impetrat. *l. in venditione. §. si quis fructus. ff. de reb. auth. jud. possid. Berlich. part. 2. conclus. 45. n. 20. Moller. semest. lib. 4. cap. 14. n. 10. & seqq.* Debet igitur necessitas se tenere ex parte locatoris, ita ut translationem rei locatæ invitus consentire teneatur.

32 Cœterùm, quid juris sit in eo, qui rem fisci conduxit, per *l. ult. ff. de jure fisci.* Et an hoc privilegium etiam extendatur ad Ecclesiam, civitatem, municipium, & rempublicam? Videatur *Berlich. loc. cit. num. 16. Molin. disput. 490. num. 9.* Et quid si fiscus succedat in bonis confiscatis universaliter, vel tantùm particulariter in re locata, per confiscationem ad se devoluta? Apud *Gomez. loco sæpiùs citato. n. 10.* & pleniùs hîc apud *Balthasar. n. 39.* Nos de his abstrahimus, cùm articulus noster fisci nullam mentionem faciat. De locatione à tutore, curatore, vitrico, vel quolibet alio legitimo administratore facta dubitandum non est, quin robur, & firmitatem habeat, modò omnia bonâ fide acta sint. *l. si tutelæ. Gomez. loc. cit. n. 8.* Ham hic est legitimæ administrationis effectus, ut eâ finitâ contractus locationis transeat ad successorem activè, & passivè. Idem *Gomez. loc. cit. n. 8. Covar. lib. 2. var. resol. cap. 15. n. 6. & seqq.*

33 Sed quid si mulier alicui fundum locavit, & illum postmodùm sponso suo in dotem dedit? Et respondetur, quòd maritus ad servandam locationẽ obligatus non sit: Ratio est, quia titulo dotis succedens habetur pro successore singulari, & quidem voluntario, cùm in ejus potestate sit, uxorem ducere, vel non: Deinde, licèt dotis datio sit necessitatis, non tamen uxori incumbit, ut hanc, vel illam rem specialiter in dotem concedat. Si igitur nihilominùs facit, tenetur conductori ad omne damnum, & interesse, vir autem, ut onera matrimonij ferre possit, non obligatur ad servandum contractum locationis, idem *Covar. loc. cit. n. 5. Berlich. loc. cit. n. 22.* E contrario, si maritus fundum dotalem alteri conducendum det, & postmodùm matrimonium legitimè dissolvatur, videtur dicendum esse, quòd uxor locationi stare debeat, ratio differentiæ est, quia soluto matrimonio, hoc in casu mulier habetur pro successore singulari necessario, cùm dos, sive fundus dotalis ex dispositione, & necessitate juris revertatur ad eam. *Berlich. loc. cit. n. 24.* Ubi tamen distinguit, an locatio à marito facta fuerit ad modicum tantùm tempus, vel ad longum, nam, cùm maritus rem dotalem alienare non possit, *Novell. 7. cap. 3. §. 2. l. 1. & toto titulo. ff. de fundo. dotali. §. 1. Instit. quibus alien. lic. vel non.* locatio ad longum tempus, id est decem annos facta, habetur pro vera alienatione saltem utilis dominij, ut supra allegavimus ex *Gomez. loc. cit. n. 9. in fine. litt. F.* Videantur tamen dicta ad *Tit. 21. Art. 5. & 6.*

Aliam exsplicationem vide hîc apud D. Balthas: sed non multùm utilem. Ad exsplicationem Statutorum nostrorum utimur viâ planâ, quæ est sana.

Pro

Pro certo interim ponendum est, quòd uxoris locatio in bonis paraphernalibus ipso jure nulla sit, facta sine mariti præscitu, & voluntate, sive in bonis mobilibus, sive immobilibus, sive in alijs juribus, & quibuscunque suis appertinentijs. Ratio hæc est, quia de jure nostro Statutario mulier est sub potestate mariti, quasi filius sub potestate patris, pupillus, & minor sub potestate tutoris, & curatoris. Deficiente ergò administratione, deficit etiam uxoris potestas, rem paraphernalem alteri locandi: Et è contra firmissima est regula, quòd uxor mariti locationem in re paraphernali, etiam sine suo consensu, & voluntate factam, nec improbare, aut infringere possit; Quia legitimus administrator est: Paulò antè verò diximus, pupillum, minorem, aut quemlibet dominum ex legitimi administratoris locatione, sicut ex alijs contractibus bona fide initis firmiter obligatum esse. Ut pluribus exsplicavimus ad *Tit. 1. Art. 16.* der Land-Recht. 34

De feudo, & emphyteusi dicemus locis congruis, nec opus est, in hac materia aliàs satis fusa pluribus inutilibus quæstionibus nostrum articulum sine occasione, & necessitate onerare.

Pro coronide hujus articuli, quamvìs nobis ex verbis textûs nulla occasio detur, dicimus tamen paucis, quòd contractu locationis finito, vel alio modo annullato melioramenta, & expensæ in re conducta factæ possint repeti à conductore, ita tamen, si fuerint necessariæ, & ex illis dominus percepturus est aliquam utilitatem, quæ non fuit tempore locationis. *Mozz. de locat. & conduct. rubr. quomodò fin. num. 24. & seqq.* Sed, quia hanc materiam alibi pleniùs exsplicavimus, ejus exsplicationem ulteriùs intermittimus. 35

Der Sechste Articul.

Spricht einer den andern an / er habe jhme sein Roß oder Viech gelyhen / vmb Lohn / welches er jhme mehr / dann sich von rechts wegen gebührt / gemehnet / an- vnd übertriben hab / also daß er hiedurch an seinem Viech zu schaden kommen sey; Kan alsdann der Antworter beweisen mit Leuthen / oder in Mangel derselben bereden mit seinem Ayd / (darzu jhne der Richter anderst nit / weder wann die Sachen/ nach Beschaffenheit deß sichtigen Schadens zweiflich/ soll kommen lassen) daß er solch Viech nit mehr gemehnet / noch an- vnd übertriben hab / dann als sein aigen Viech / ohn alles Gefährde / deß soll er geniessen / Es möchte dann der Kläger mit zwayen zu jhm wahr machen / daß der Antworter das Viech übermässig / mehr als sein aigen Viech/ vnd also gemehnet/ an- vnd übertriben hab / daß er dessen zu Schaden kommen / so soll alsdann der Antworter dem Kläger seinen Schaden vnd Vnkosten abthun.

SUMMARIA.

1. *Si V. G. equus locatoris damnum passus fuerit, an ei detur jus repetendi omne damnum, & interesse?*
2. *Quæ sit differentia inter actionem ex locato, & ex lege Aquilia?*
3. *An non conductor jurare debeat, pecus conductum, nec ex multo onere, aut agitatione damnum passum fuisse?*
4. *An hoc juramentum sit litis decisivum, vel tantùm juramentum calumniæ?*
5. *Præstito juramento calumniæ, an non locator probare debeat, pecus culpâ*

pâ conductoris deterioratum fuisse?

6. An non interitus, vel damnificatio potiùs ex contingenti, quàm ex malitia, & culpa conductoris facta præsumatur?

7. Quid locatori probandum incumbat?

8. Si interitus rei per casum fortuitum non est publicus, annon à conductore probari debeat?

9. Quæ sit differentia inter precarium, & commodatum?

10. An constitutio hujus tituli de commodato ad precarium sit extendenda?

11. Utrùm commodatarius rem commodatam propter expensas in ea factas retinere possit, donec refundantur?

12. Quid si in re commodata à tertio, & non commodatario damnum datum fuerit, an hic de illo teneatur?

13. Quando culpa commissa à mandatario, nuntio, vel famulo, cui res ad dominum referenda concredita fuit, noceat commodatario, precario, vel possessori?

14. Quid si tali committatur res domino perferenda, in quo non sunt præsumptiones particulares, sed tantùm generalis opinio, quòd sit bonus homo?

15. Si res commodata ad tertium possessorem deveniat, an contra illum commodator habeat actionem commodati?

16. Quatenùs, & in quantum conductor teneatur ex incendio in domo locata exorto?

17. An non obligetur ad resarcitionem damni propter culpam à famulitio suo commissam?

QUò longior fuit prioris articuli exsplicatio, eò brevior erit exsplicatio articuli præsentis: Ratio per se patet, quia prior articulus egit de locatione, & conductione in genere, & universali omnium rerum mobilium, & immobilium. Hic posterior articulus agit solummodò de damno contingente in rebus se moventibus, id est animalibus, quæ plerúmque ad quotidianos usus magìs locato, quàm commodato dantur, prout supra jam præmisimus.

Iste Articulus ex Reformatione de Anno 1588. *Tit. 32. Artic. 6. & Tit. 9.* Vers: Spricht einer / desumptus est, & satìs commodè huc ad materiam de locatione, & conductione transpositus; Sed semper incidimus in antiquùm labyrinthum, non ratione alicujus difficultatis in ipsa materia, quæ per se plana est, sed tantùm in modo processûs, qui ab antiquo, & moderno jure multùm diversus est. Quod attinet ad ipsam materiam hu-
1 jus tituli, ea juri communi conformis est, & exsplicatione non indiget. Remittimus Lectorem ad textum in *l. qui insulam. 30. §. qui mulas. 2. ff. locati.* Si enim aliquis, ut articulus noster inquit, alterum convenit, quòd ipsi equum, vel pecus suum pro mercede locaverit, & illud conductor magìs, quàm de jure decuerit, intenderit, sive, ut latinus textus inquit, majore onere cumulaverit, vel in via nimium agitaverit, ut pecus locatoris detrimentum passum fuerit, locatori jus esse, à conductore omne damnum, & interesse repetendi: Quod per se clarum est; Duplicem enim actionem habet, vel ex locato, vel ex lege Aquilia, ut expresè approbatur in dict: *l. qui insulam. 30. §. qui mulas. 2. ff. locati:* Illam ex contractu locationis, & conductionis, in quo præstatur dolus, lata, & levis culpa: Alteram ex *l. Aquil.* Inter utramque hæc est differentia, quòd ex contra-
2 ctu locationis præstetur etiam levis culpa in omittendo: Ex *l.* verò *Aquil.* non nisi culpa levis in committendo, ut supra jam satìs clarè demonstravimus. Melius est igitur, agere ex locato, quàm ex lege Aquilia. Cùm culpa omissionis semper facilioris probationis sit, quàm culpa comissionis, de quo paulò post sequetur.

Quod attinet ad processum, articulus noster juxta ea, quæ supra jam duabus, vel tribus vicibus exposuimus, antiquitatem redolet, & moderno

no modo procedendi parùm convenit; Incipit enim processum à reo, disponendo, quòd hominibus, vel in illorum defectu juramento confirmare debeat, pecus conductum nec plus oneris, aut agitationis passum fuisse, Er habs nit übermehnt/ oder übertriben / quàm suum proprium pecus: Quod planè est contra rationem juris, cùm actoris sit probatio, non rei. Sed hæc antiquitatis constitutio reverà tantùm ex illo fundamento procedit, quòd reo necessarium fuerit, litem contestari medio juramento; Quæ consuetudo prorsùs in abusum abijt. Si igitur antiquitùs reus testibus probare potuit, se pecus conductum graviùs suô propriô pecore non habuisse, eò ipso juxta tenorem articuli hujus ab actione liber erat, hat er dessen zugeniessen gehabt / ut articulus loquitur. Aliàs juramentum præstare obligatus erat, se pecore conducto usum esse boni patrisfamiliâs arbitrio ad moderationem proprij pecoris. Et hoc juramentum planè aliud nullum erat, ut supra fusiùs deduximus, quàm juramentum calumniæ. Et hinc est, quòd articulus per parenthesin verbis emphaticis, & notabilibus dicat, quòd judex reum conductorem ad hoc juramentum adigere non debeat, es wäre dann nach Beschaffenheit deß sichtigen Schadens zweifflich / hoc ipso innuens, juramenti impositionem aliquid insoliti esse, nec actore quidquam probante reo imponi posse, nisi appareat, quòd culposam deteriorationem pecoris malitiosè, sive calumniosè neget. Supervacanea est ergò *D. Rathij. assert. 32.* laboriosa disquisitio, an in hoc articulo jus nostrum Statutarium conveniat cum jure communi, vel differat, quasi contra rationem juris, actore nihil probante, nihilominùs juramento rei decisio causæ committatur, quia reverà hìc non agitur de juramento litis decisivo, sed de nudo juramento calumniæ, quod antiquissimis temporibus, quoties præsertim aliqua suspicio contra reum apparebat, statim in ingressu litis, quasi ad ejus contestationē, de necessitate requirebatur. Imò, vermög deß alten Recht-Buchs / tanta fuit frequentia horum juramentorum, ut etiam nulla suspicione sinistra apparente tamen reus ad litem medio juramento contestandam compelleretur; Hoc ex eo clarum est, quòd *Artic. 6. Tit. 32.* der Reformation / *de Anno 1588.* de hac parenthesi nostro articulo inserta, quæ hoc juramentum reo imponit, quando ex visibili damnificatione pecoris res dubia esse apparet, nec verbo mentionem faciat, multò minùs articulus, Umb Viech leyhen / der alten Land-Recht / *Tit. 9.* Sed utrobique simpliciter statuitur, quòd reus litem negativè medio juramento contestari debeat, quod utique decisivum esse non potest, cùm post ejus præstationem actor primùm ad probationem admittatur, nullo modo admittendus, si tale juramentum vim decisionis haberet, cùm post juramentum ampliùs non quæratur, quid factum, sed an juratum sit? 4

Hoc igitur præsupposito, quòd articulus noster hìc nihil alienum à jure communi disponat, sed præcisè conductori, contra quem deteriorati pecoris suspicio est, juramentum calumniæ deferatur, dicimus, dubium non esse, quin locatori, qui pecus suum culpâ conductoris deterioratum fuisse asserit, legitima probatio incumbat; Ratio est, quia hoc est fundamentum intentionis suæ, quilibet autem fundamentum actionis suæ probare necesse habet. *l. 18. ff. & l. 23. Cod. de probat.* Præstatur autem in locatione, & conductione dolus, lata, & levis culpa, ut jam supra ad *Artic. 4. hujus Tit.* exsplicavimus, quia talis contractus est, qui utriúsque contrahentis gratiâ iniri solet. 5

Vides benevole Lector, in hâc materia locationis, & conductionis necessarium esse, ut priùs constet de interitu, vel deterioratione, & damnificatione rei locatæ, & conductæ, daß jemand an seinem Viech Schaden beschehen. Interitu igitur rei præsupposito, tota quæstio exinde dependet, an mors, interitus, vel damnificatio, & deterioratio præsumatur supervenisse 6

casu fortuito; vel ex culpa, & negligentia conductoris? Quæ quæstio inter plebejos homines quotidiana, & communis est. Et ad hanc quæstionem Gomez: more suo magistraliter, & resolutivè benè dicit, quòd interitus, & deterioratio, sive damnificatio potiùs probetur, & præsumatur facta ex contingenti, & casu, quàm ex dolo, malitia, aut culpa conductoris, quæ à locatore probanda est, aliàs virtute articuli nostri conductor, qui se juramento calumniæ à sinistra suspicione purgavit, manebit quietus, **hat Er dessen zugeniessen.**

7 Quid ergò locatori probandum est? Duo articulus noster proponit, quòd conductor pecus sibi locatum plus, quàm proprium pecus oneravarit, aut agitaverit. Communiter quidem in his duobus punctis abusus pecoris locati consistit, sed, cùm materia doli, fraudis, latæ, aut levis culpæ se latiùs extendat, articulum nostrum tam strictè accipere non debemus, ut non alia species culparum tam in omittendo, quàm committendo accedere possit, ut idem Gomez: optimè dicit, non tantùm quando pecus plus justo oneravit, vel in itinere immoderatè fatigavit, & ad currendum impulit, sed etiam quando ad alium usum, quam conventum, adhibuit, & in eo pascendo, vel curando negligens fuit, vel simile quid admisit, vel intermisit, quod quilibet diligens paterfamiliâs circa proprium pecus nec admitteret, nec intermitteret.

D. Balthas: ad hunc locum dicit, conductori incumbere, ut ipse priùs probet interitum, vel deteriorationem rei, antequàm locatori incumbat probatio doli, vel culpæ, quod in thesi verum esse, demonstrat textus in *l. si creditor. 5. Cod. de pign. act.* nam ineptissimum esset, si cuilibet liberum foret, fingere, se rem, quam accepisse fatetur, casu iterum perdidisse, nisi id, ut in *d. l.* dicitur, manifestis rationibus probet, *DD. ad l. 4. Cod. eodem. & l. si quis. 6. §. fin. ff. de edendo.* Et hinc verba nostri articuli, **Wann die Sachen nach Beschaffenheit deß sichtigen Schadens zweifflich** / non sunt intelligenda de rei interitu, sed de rei damnificatione, sive deterioratione, nisi enim præsupponamus, rem esse deterioratam, locator causam non haberet, conductorem conveniendi. Si autem hoc ipsum dubium est, an locator in re sua damnum acceperit, hoc non conductoris probationi incumbit, sed locatoris, ita clarissima sunt verba nostri articuli: **Es möchte dann der Kläger mit zweyen zu jhm wahr machen / daß der Antworter das Viech übermässig mehr als sein aigen Viech** / NB. **vnd also gemehnet / an- vnnd übertriben hab / daß Er dessen zu Schaden kommen.** Ecce ergo, quòd probatio damnificationis non conductori, sed locatori injungatur, & rectè, quia hoc est fundamentum intentionis suæ, quod quilibet actor verificare debet.

8 Si dicas, in *l. si quis fundum, sive domum. §. Imperator. 9. ff. locat.* contineri, quòd conductor ovium, caprarum, vel similium animalium, si dicat, & asserat, ea perijsse morte, vel furto esse subtracta, teneatur probare casum. Respondemus, hoc verum esse, si de casu non constet, sed, si de casu constet, præsumitur contigisse sine dolo malo, aut culpa conductoris, &, si locator asserat, se ex tali casu damnificatum fuisse, reus autem, sive conductor juxta dispositionem articuli nostri id neget, & se à mala suspicione medio juramento purget, probationem non tantùm culpæ, sed etiam damnificationis in locatorem tanquam in actorem, & asserentem devolvit. Et ita intelligendus est articulus noster, non obstante, quòd *D. Rath. loc. cit. assert. 33.* illum videatur aliter intelligere, & interpretari. Satìs enim liquet, aliud esse, negare casum fortuitum, & aliud, rem esse deterioratam; Et aliud esse, probare rem interjisse, & aliud, probare illam non ampliùs esse in statu priori. In primo casu, nisi interitus rei per casum fortuitum publicus sit, utique à conductore probari debet, si autem

re

re adhuc existente dubium sit, an à conductore deterior sit facta, vel non, certè probatio deteriorationis non minùs locatori incumbit, quàm probatio culpæ, quòd videlicet illa ex conductoris facto, & negligentia contigerit, & ita hoc verbum, Zweifflich / absque omni dubio sumendum est, quamvìs D. Rath, & Balthas: videantur contrarium sustinere.

Promisimus in explicatione hujus tituli, nos ad finem aliquas quæstiunculas adjuncturos, quod paucis præstabimus. Primum igitur est, quid dicendum sit de precario, cùm separatus sit contractus à commodato, & contractu locationis, & conductionis? De quo in jure nostro statutario nihil reperitur dispositum, fortè propterea, quia, ut supra diximus, frigescente in dies magìs Christiana charitate, contractus gratuiti in desuetudinem abierunt, quia tamen sæpè precarij quoque contractus inter eos, qui sinceri amici sunt, ineuntur, dicimus, inter precarium, & commodatum hanc differentiam esse, quòd commodatum complectatur usum rei certo fine, tempore, & modo concessum, precarium verò ad lubitum concedentis revocabilem. *l. 1. §. 2. ff. de precario.* Nec interest, tametsi precarium etiam datum fuerit ad certum, vel longum tempus, quoniam semper id hunc tacitum intellectum habet, ut etiam ante tempus finitum pro lubitu à domino rei revocari possit. *DD. ad l. 4. §. ult. l. 5. l. 8. §. 7. l. 12. §. 1. ff. de precario.* Et in hunc contractum non venit nisi dolus, & culpa lata, cujus rei ratio est, quia in potestate concedentis est, ut omni momento liberam rei revocationem habeat. Sibi igitur imputet, si usum rei non revocaverit in tempore, quando vidit, illum sibi ex culpa utentis perniciosum esse. Interim, si revocatio facta fuerit, & precariò possidens moram restitutionis fecerit, non tantùm ad dolum, & culpam, sed etiam ad omnem causam obligatus est, & condemnabitur in id, quod concedentis interest, *l. 8. §. 4. & 5. & l. 10. ff. eodem.* 9

Quæritur igitur secundò, circa hunc contractum precarij, an id, quod in præsenti tituto articulo primo statutum est de commodatario, ut præstare debeat etiam partem rei commodatæ, casu fortuito, vel vi majori peremptæ, ad judicis arbitrium amicabili compositione componendam, etiam locum habeat in precario? Ratio dubitandi est, quia eadem videtur subesse æquitas, ne scilicet usum rei amicabiliter concedens per ejus interitum nimiùm gravetur, & desoletur; Sed ambo nostri Juris-Consulti Bavarici *Dom. Rath. loc. cit. assert. 15.* & *D. Balthasar. ad hunc titulum. resol. 1. num. 50. & seqq.* rectè dicunt, constitutionem de commodato ad precarium extendendam non esse. Ratio per se clara est, quia rem precariò concedens jus, & potestatem habet, illam quovìs momento revocandi, sibi igitur imputet, quando periculum subesse suspicatus est, si usum in continenti non revocaverit: Commodans autem obligationem habet, rem commodatam in manibus commodatarij relinquendi, donec tempus, & modus usûs concessi fuerit adimpletus. Deinde hoc ipsum, quod de commodatario statuitur, à ratione juris communis discedit, non est igitur sine expressa lege ad precarium tanquam contractum separatum, & diversum extendendum. Et hæc ipsa etiam causa est, quòd, ut in commodato ad *Artic. 1.* diximus, commodatarius præstet omnem culpam etiam levissimam, quando contractus ipsius solius causâ initus fuit. At in precario non nisi dolus, & lata culpa præstatur, ut paulò antè diximus, cùm tamen & ipsum precarium solius utentis gratiâ concedatur, cujus rei hæc ipsa ratio est, quòd precarius possessor nec pro certo tempore, nec ad certum modum, usum rei habere præsupponatur, imò, si habeat etiam ad certum tempus, & modum, semper tamen ad voluntatē, & nutum domini revocabiliter tantùm habet, ut non minùs in potestate concedentis sit, usum, quandocunque voluerit, repetere *l. cùm precario. 12. §. 1. ff. de precario.* 10

11 Quæritur tertiò, an commodatarius, ſi in rem commodatam expenſas fecit, illam retinere poſſit, donec ſibi à commodatore refundantur? Et diſtinguendum eſt inter expenſas, quæ in ipſam rem commodatam factæ ſunt, & quæ factæ ſunt extra rem, ut docet *Cujac. obſerv. 9. cap. 37.* De expenſis in re factis eſt textus in *l. in rebus. 18. §. quod autem. 4. ff. de commodato.* Ubi gloſſa dicit, quòd ibi agatur de debito in ipſam rem impenſo, propter quod retentio quaſi pignoris loco concedatur. De alijs expenſis loquitur textus in *l. prætextu. 4. Cod. eod.* His verbis, *prætextu debiti reſtitutio commodati non probabiliter*, id eſt, improbabiliter *recuſatur.* Videatur tamen *Cujac. loc. cit.* ubi in prædicta *l. 4.* pro verbo, *commodati*, *commendati* legendum eſſe putat: Communior tamen opinio retinet ſenſum communem, quòd ſcilicet impenſæ factæ in rem commodatam jure retentionis repeti poſſint, aliud verò quodcunque debitum extra rem commodatam factum, reſtitutionem rei finito tempore usûs jure retentionis impedire non poſſit. *Zoëſ. ad tit. Cod. de commodato. quæſt. 5.*

12 Quæritur quartò, quid ſi in re commodata damnum datum fuerit non ab ipſo commodatario, ſed ab aliquo tertio: Anné commodatarius de illo teneatur? Negat *Julianus. in l. ad eos. ff. comodati.* per rationem: Quâ enim curâ, aut diligentiâ conſequi poſſumus, ne aliquis damnum nobis injuriâ det? Affirmat *Marcell. in l. ſed de damno. 41. ff. locati.* Ubi facilè fieri poſſe inquit, quòd quis ad damnum ab alio injuriâ datum cauſam det, quo in caſu judicio Ulpiani ad damni reſarcitionem obligatus eſt, ut ita Juliani opinio conſtituat regulam, Marcelli verò exceptionem à regula, quòd ſcilicet ille, qui rem utendam accepit, de damno tertij regulariter quidem non teneatur, tunc autem obligetur, quando cauſam damni factô, aut culpâ, & negligentiâ ſuâ præbuit, interim contra damnificantem quoque competit actio legis Aquiliæ, ut ſupra diximus, quam, ſi dominus rei maluerit inſtituere, quàm commodatarium, aut conductorem actione commodati, vel locati convenire, id equidem ei liberum eſt, ſed ſemel intentata actione legis Aquiliæ tollitur actio commodati, aut locati, quamvìs inſtituta actione commodati, & locati non tollatur actio legis Aquiliæ, cujus rei rationem vide apud *Cujac. tertia obſerv. cap. 25. & 17. obſer. c. 12. & Hotomannum Illuſt. quæſt. 27. in fine.*

13 Quæſtio quinta eſt, quæ ſæpiùs in judicijs agitatur, an culpa commiſſa à mandatario, procuratore, nuntio, vel famulo, aut ſervo, cui res ad dominum referenda concredita fuit, noceat commodatario, conductori, poſſeſſori, precario, &c.? V. G. Si talis cum re auffugiat, vel aliam infidelitatem committat? Et Reſpondemus, hanc quæſtionem duabus diſtinctionibus eſſe reſolvendam, vel enim vi contractûs res commodata, locata, vel precariò conceſſa, fuit in ſpecie reſtituenda, vel in genere, & quantitate, ſi poſterius, utique per infidelitatem nuntij, aut ſervi nulla contingit liberatio, cùm genus, ſive quantitas perire non poſſit. *l. 30. §. verum eſt. 3. ff. ad l. Falcid. l. lectos. 12. l. quidſi. 14. ff. de peric. & commod. rei vend. l. incendium. 11. Cod. ſi cert. pet.* Si autem prius, altera ſubdiſtinctio facienda eſt, an commodatarius, conductor, vel precarius poſſeſſor idoneum mandatarium, ſive nuntium elegerint, vel inidoneum? Quòd ſi idoneum elegerit, damnum per eum contingens caſui potiùs videtur imputandum. *l. eum qui. 10. cum ſeqq. ff. de commod. Zoëſ. loc. cit. quæſt. 2. Gomez. var. reſol. tom. 2. cap. 7. verſic. 3.* id eſt, ſi talis homo, nuntius, & ſervus ſemper fuerit fidelis, nec aliquid ſimile facere, aut committere conſuetus, juxta textum in *l. argentum. 20. ff. commodati.* Ubi dicitur, argentum commodatum, ſi tam idoneo ſervo meo tradidiſſem ad te perferendum, ut non debuerit quis æſtimare futurum, ut à quibuſdam malis hominibus deciperetur: Tuum, non meum detrimentum erit, ſi te mali homi-

homines intercepissent, & hoc secundùm Gomez: procedit etiam notabiliter, si possessor, vel debitor rem tradat servo, famulo, aut domestico ipsius domini semper habito pro fideli, & tali, cui verisimiliter credi possit, & talia negotia à domino suo commissa fideliter exsecutus fuerit. Aliud dicendum est, quando inter partes expresse convenit, ut ipse commodator, locator, vel precarius possessor rem ipse referat, & restituat, vel per certum quendam hominem ex utriúsque parte approbatum remittat, quia tunc oportet formam contractûs, & conventionis observare, textus est in *l. eum. 10.* §. *sed etsi. 2. ff. commod. & l. diligenter. 5. ff. mandati.*

Quid si autem sextò, res domino perferenda tali commissa fuit, in 14
quo non sunt prædictæ præsumptiones particulares, sed tantùm generalis opinio, quòd sit bonus homo? Et respondet Gomez:, distinguendum esse inter contractus, ita, ut in contractu commodati, in quo præstatur levissima culpa, non sufficiat nuda opinio, quòd sit bonus homo, sed requiratur major, & exactior disquisitio, in contractu verò locationis, & conductionis, ubi præstatur solùm lata, & levis culpa, sufficiat. Idem ergo etiam dicendum est in precario, cùm precarius possessor ad solum dolum, & latam culpam obligatus sit. Quid si autem, ut Gomezij discursum absolvamus, dominus miserit proprium nuntium, vel servum ad rem suam repetendam? Anné tutò res illi committi possit? Et respondet Gomez: negativè, per rationem, quia talis solummodò missus fuit ad rem repetendam, non ad rem transferendam: Incumbit igitur debitori, qui restitutionem facere necesse habet, ut inquirat de hominis fide, probitate, & fidelitate, ne culpæ levissimæ, vel levis suspicio eum tangat. Nos, cùm in statu quietis nostræ esculenta, & poculenta ad Tusculanum nostrum singulis diebus, & septimanis aliundè conquirere debuerimus, sic cum creditoribus convenimus, ut, cui ex nuntijs, sive famulis suis crederent, quietantiam proprijs manibus subscriptam illi securò solvere possem, sine qua nemo mihi obolum expressit.

Quæstio septima est, si res commodata ex manibus meis ad alienas de- 15
venit, an cōmodatori contra tertium possessorem competat actio cōmodati? Et Respondemus, quòd non, cùm actio commodati personalis sit, quæ personam contrahentium non egreditur. Idem dicendum est de alijs actionibus personalibus, manet tamen semper domino rei actio rei vindicatoria. *Zoës. loc. cit. quæst. 4.* Quin tamen illa propter probationem dominij durior sit, quàm actio personalis, nemo est, qui dubitat.

Quæstio octava, & frequens est. Quatenùs, & in quantum condu- 16
ctor teneatur ex incendio in domo locata exorto? Qua in re tot doctorum sinuosas reperiri exsplicationes fatetur *Grævæus. ad Gailium. lib. 2. observ. 21. conclus. 21.* ut, quarum in partium sententiam cedas, haud facilè tibi animo constet. Nos rem paucis expediemus, & in primis quidem, si incendium fortuito casu exortum fuisse constet, conductorem non teneri, indubij juris est. *l. ex conducto. 15.* §. *si vis. &* §. *cùm quidam. 3. ff. locat.* Quod locum habet in omni vi majori, ut jam supra diximus, cui resisti non potest, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, incursus hostium, &c. ut exemplificat textus in dicta *l. ex conducto. ff. locati.* Et, si de incendio casu fortuito exorto constet, V. G. ictu fulminis, vel in oppugnatione civitatis jactu glandis, conductori ampliùs non incumbit, ut se à negligentia purget.

Econtrario secundò certum est, si constet, vel probari possit, incendium ortum fuisse ex culpa, vel dolo conductoris, quòd conductor locatori ad omne damnum, & interesse sit obligatus. *l. si quis fundum.* §. *Imperator.*

rator. ff. eodem. l. ſicut certo. §. nunc videndum. ff. commodati. Tota igitur quæſtionis energia

Conſiſtit tertiò in hoc, ſi neſciatur, utrùm incendium culpâ, vel caſu ortum fuerit, an damnum locatori, vel conductori ſit imputandum? Quidam ſimpliciter dicunt, conductorem non teneri, niſi de culpa convinci poſſit, eò quòd locator ſit rei dominus, & in dubio, ubi non conſtat de culpa, & negligentia tertij poſſeſſoris, res pereat ſuo domino. Quod in tantum extendunt, ut etiam culpa perſonæ certæ, & determinatæ probari debeat. *Gail. lib. 2. obſerv. 21. n. 3. Menoch. lib. 2. arbitr. judic. quæſt. cent. 4. caſ. 390. n. 4. Berlich. lib. 4. concluſ. 25. n. 83. & ſeqq.* Alij verò conductorem ad reſarciendum damnum obligatum eſſe, intrepidè concludunt, niſi præſumptionem culpæ per probationem adhibitæ diligentiæ à ſe removeat; Juxta text: in *l. non ſalutem. 3. ff. de offic. præfect. vigil.* Ubi pro præſumptione juris habetur, quòd plerùmque incendia fiant culpâ inhabitantium. Sed ad hunc textum communiter reſpondent, quòd tantummodò intelligendus ſit de culpa leviſſima, & quidem non in committendo, ſed in omittendo conſiſtente, ex quo manifeſtè deducitur, conductorem ex hac ſola præſumptione ad reſarcitionem damni neutiquam obligatum eſſe, non ex lege Aquilia, licèt enim ex illa etiam culpa leviſſima in committendo præſtari debeat, illam tamen ab hac præſumptione per expreſſum excipiunt, & quidem non ſine ratione, cùm factum commiſſionis requirat magis deliberatum animum, quàm factum omiſſionis, ut proinde culpa omiſſionis faciliùs præſumi poſſit, quàm culpa commiſſionis. Non ex contractu locationis, & conductionis, quia in illo conductor non niſi dolum, latam, aut levem culpam præſtat, ad exactiſſimam autem diligentiam, quæ leviſſimæ culpæ correſpondet, non obligatur. *Berlich. loc. cit. num. 48. & num. 79. & ſeqq.* Ubi plurimos alios citat, niſi ſe ipſum ad exactiſſimam diligentiam, & culpæ leviſſimæ præſtationem, aut fortè etiam ad caſum fortuitum per expreſſum obligaverit, tunc enim rectè pro omni damno convenitur. *Menoch. lib. 2. arbitr. judic. cent. 4. caſ. 390. num. 10. Berlich. loc. cit. n. 48.*

Sed huic opinioni ſe fortiter opponit *Fachin. lib. 1. controverſ. jur. cap. 87. per totum. Moller. lib. 4. ſemeſt. cap. 31. Coſta de rat. ratæ. quæſt. 5. & tract. de fact. ſcient. & ignor. cent. 2. diſt. 88.* & de hac materia latè ſcripſit *Carocius. de locat. & conduct. part. 2. de incend. ruin. nauf.* quos Lector, ſi placet, ulteriùs conſiderare poteſt, nos ſemper vidimus obſervari, quòd locatori imponatur probatio culpæ, ex quo nobis ſatis veriſimile eſt, praxin Patriæ noſtræ comuniori ſententiæ convenire, ut conductor non condemnetur ad rei incendio conſumptæ reſtaurationem, niſi locator probet, illum ad minimum per culpam levem in omittendo, vel per culpam leviſſimam in committendo ad incendium cauſam dediſſe

17 Alia, & nona quæſtio eſt, ſi conſtet, patremfamiliâs ab omni quidem culpa immunem eſſe, ejus verò famulitium talem negligentiam comiſiſſe, quæ excuſationem non mereatur, annè conductor ratione culpæ à famulitio commiſſæ ad reſarcitionem damni obligetur? Intelligit benevolus Lector, ſtatum hujus quæſtionis à priori diverſum eſſe, nam hîc præſupponitur culpa inhabitantium, in priori caſu quæſtio erat, ſi incertum ſit, an incendium caſu, vel culpâ inhabitantium contigerit. Et in hoc caſu maximè videtur neceſſarium eſſe, ut bonus paterfamiliâs ſe per probationem diligentiæ ſuæ a culpa liberet. Si enim probet, quòd in domeſtico ſuo famulitio ad quodlibet officium adhibuerit homines fideles, & diligentes, officij ſui benè gnaros, quòd obſervaverit in gubernatione domeſtica bonum ordinem, ut coqua cuſtodiret ignem in culina, loco congruo, & benè munito, ſtabularius lumen, vel candelam non niſi in laternam occluſam

cir-

circumferret, lotricibus, & calefactoribus in fornacibus succensio non concederetur, nisi igne cautè lignis supposito, quòd uxor domestico famulitio, sicut mulierum officium est, diligenter invigilaverit, coquinam suo tempore concluserit, cineres in fornacibus conscopari, & in tali vase, & loco custodiri fecerit, ubi nullum periculum ignis subesse potuit, quòd domestici non sint homines ebriosi, rixosi, fanatici, temulenti, & tumultuosi, &c. Tunc enim conductorem, & inquilinum ex culpa famulitij sui commissa, immunem esse, non dubitamus. Ratio per se clara est, nemo enim ex aliena culpa, sed ex sua condemnari potest, si igitur præsupponas, in patrefamiliâs nullam culpam subesse, ex culpa famulitij sui nullam obligationem contrahet. Et in hoc maximè casu locum habet doctrina *D. Gailij. loc. supra cit.* tradita, an de certa, & determinata persona familiæ constet, per cujus culpam incendium ortum sit, vel non constet, si non constat, propter incertitudinem nulla sententia ferri, aut condemnatio fieri potest, si autem de certa persona constat, subdistinctio adhibenda est, an illa culpam comiserit in officio sibi commisso, vel extra officium suum? Si prius, paterfamiliâs ex officio malè administrato subsecuti damni obligationem contrahit, in posteriori casu, quando peccavit extra officium suum sibi nullo modo concreditum, patrifamiliâs nihil nomine damni sine sua culpa secuti imputari potest.

Quomodò autem locatori erit consultum? Et respondet *Farinac. in sua pract. crimin. part. 3. quæst. 110. num. 117. & seqq.* (Ubi plura de hac materia exactè tradit,) quòd paterfamiliâs teneatur, servum, vel famulum, cujus levi culpâ incendium ortum est, damnum passo exhibere, quod miserabile beneficium est, cùm plerumque isti homines Iro pauperiores sint, &, quod ex mercede, sive salario habent, diebus festivis in caupona consumant, vel execrabili lusu inutiliter perdant. Plura dici possent, si brevitati non studeremus.

Deß XVIII. Tituls

Von Güteren / die zubehalten werden geben.

Erster Articul.

WO jemand dem anderen Gelt / Klainod / Bücher / Urkundt / Brieff / oder ander Haab / oder Guet / ligend oder fahrend / zu getreuer Hand befilcht / oder gibt / So soll der / welchem das zubehalten geben ist / dem jenen der es jhm befolchen hat / damit getreulich gewarten / vnnd jhme dieselben Haab / nach deß anderen Begehr vnnd Willen / sambt den auffgehabnen Nutzungen / von Stund an vnnd vnverzogentlich wider überantworten / vnnd derselben abtretten / so bald er hierumben / von jhme ermahnt vnd erfordert würdet / vnnd jhme hierinnen kein Einred / Gegenforderung oder Ansprach zugelassen werden / außgenommen / da er an solch hinderlegt oder vertraut Guet / nothwendigen Unkosten angelegt hätte. Stunde aber einer / solches Befelchs zu getreuer Hand / in Laugnen / oder sich solcher Uberantwortung oder Abtrettens waigerte / vnd dessen in Recht überwunden wurde / derselb hat seiner Treu vnnd Pflicht nit genug gethon / vnd beschicht

dem jenigen / der jhme die Haab befolchen hat / nach seiner Anforderung an derselben Haab jcht Schaden / wie der jmmer / auß waserley Verschuldung / auch vnfürsehnem Unglück beschehen mag / so ist der / welcher die Haab im Befelch hat / solchen Schaden zubezahlen schuldig. Und da solch Guet / daß jemand zu getreuen Handen befolchen ist vnnd abgelaugnet würdet / über 80. Münchner Pfenning werth / soll er Vicedomisch abgestrafft werden. Wo auch jemand vngebetten / sich selbs anerbotten hätte / etwas zu seinen treuens Handen zenemmen / ist er nit allein zu Verwahrung derselben gemainen / sonder den eusseristen Fleiß anzewenden schuldig / doch für vnfürsehne Unglücks-Fäll / die auch der Allerfleissigist nit hätte fürkommen mögen / nit verbunden.

SUMMARIA.

1. *Quid sit depositum?*
2. *An etiam consistat in re imobili, item in re aliena?*
3. *Si concedatur, ut quis re deposita uti frui possit, an sit depositum?*
4. *Annon merces, & salarium contractui depositi repugnet?*
5. *Quomodò verbum* dare *in definitione depositi sit intelligendum?*
6. *An ad contractum depositi requiratur traditio rei?*
7. *Quid si quis rem in navim, cauponam, stabulum inferat, an nautæ, cauponæ, & stabularij de custodia teneantur?*
8. *Quando depositarius re deposita utitur, an furtum usûs committat?*
9. *Qualis culpa præstetur in deposito?*
10. *Quid si depositarius rebus suis salvis existentibus depositas amisit, an non præsumatur dolus, vel culpa subesse?*
11. *An depositarius teneatur restituere rem depositam, quandocunque voluerit deponens, etiam non obstante pacto de restituendo ad certum tempus?*
12. *An etiam restitutio debeat fieri cum fructibus?*
13. *An eadem res in specie sit restituenda?*
14. *Si plures unam eandémque rem deposuerint, an singuli in solidum, vel nullus sine reliquis agere possit?*
15. *Quid si unus deponens rem sibi restitui petat oblata cautione, sive satisdatione quoad reliquos consocios?*
16. *Qualem securitatem acquirat depositarius, si restitutionem authoritate judicis faciat?*
17. *Quid si res apud plures deponatur, an singuli depositarij in solidum teneantur?*
18. *Quando pecunia fuit deposita in sacco sigillato, an hoc depositum habeatur pro individuo?*
19. *Si unius deponentis plures sint hæredes, an depositarius uni ex illis, si res deposita indivisibilis est, eam restituere possit?*
20. *Quid si hæredes inter se litigent, & quilibet se in solidum hæredem asserat?*
21. *Quid si unus ex hæredibus litigantibus cautionem offerat de depositario defendendo?*
22. *Si unus ex hæredibus partem suam à depositario accepit, reliquæ partes cohæredum posteà perierint, an tutus sit, & nihil amplius participare teneatur?*
23. *An depositarius habeat exceptionem compensationis?*
24. *An depositario competat exceptio retentionis propter expensas necessarias in re deposita factas?*
25. *Quid dicendum de expensis utilibus?*
26. *Si depositum pignori detur, an non competat exceptio retentionis?*
27. *An agenti ad restitutionem depositi possit objici exceptio spolij?*

28. An

28. An restitutio repetenti sit deneganda, si creditores depositoris prætensionem ad rem depositam faciunt?

29. Quid si depositarius depositum neget, & restitutionem recuset?

30. Quæ pœna ipsius perfidiæ maneat, si convincatur?

31. Quot delicta puniantur, Vicedomisch / de Jure Bav:?

32. Quando depositarius se ultrò, & non rogatus offert, an non teneatur de culpa levissima?

EGimus hactenus de commodato, & locato duobus scilicet contractibus frequentioribus, nunc in hoc titulo agitur de deposito, contractu hoc calamitoso tempore maximè necessario, quia bellis ubique grassantibus ferè in tota Europa vix ampliùs locus superest, quo quis reculas suas in tuto collocare queat. Dicitur autem depositum, quando quis rem suam mobilem, vel immobilem, aut etiam se moventem, alicujus alterius fidei, & custodiæ gratis observandam tradit, ea lege, ut accipiens illam bona fide custodiat, & petenti domino, cùm voluerit, eam ipsam in specie, & sine mora restituat; Omnia hæc approbantur in articulo nostro: Licèt enim 1

Primò multi voluerint, depositum propriè tantùm consistere in rebus mobilibus, vel se moventibus: *Mozz. de contractu depos. rubr. quæ res deponi poss. n. 1.* tamen alij rectè etiam admittunt, depositum fieri posse in re immobili, quam opinionem approbat articulus noster, qui expresse dicit, Haab / oder Guet / ligendt / oder fahrendt / posse fidei, & custodiæ alicujus tertij committi; Nec interest, an res, quæ alterius fidei, & custodiæ committitur, sit deponentis propria, vel aliena. *l. 1. §. si prædo. 39. ff. depositi.* Ubi dicitur, quòd etiam prædoni, & furi depositi agentibus res veniat restituenda: Propria autem res apud dominum deponi non potest. *l. qui rem suam. 15. ff. eodem.* Ubi dicitur, qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur: Sicuti, qui rem suam conducit, aut precario rogat, nec precario tenetur, nec ex locato. 2

Conceditur autem secundò, depositum alteri ad hunc solummodò finem, & effectum, ut illud habeat asservationis, & custodiæ causâ, si enim res alij concedatur ea lege, ut illâ uti, & frui possit, jam hoc ipso ampliùs depositum non est, sed contractus mutui, commodati, precarij, locati, vel alius, & innominatus, cùm usus repugnet naturæ depositi: Pacta autem contra substantiam contractûs ab initio apposita illum in aliam speciem transformant. Idem est, si res litigiosa ad evitandum periculum dilapidationis, vel armorum sequestro traditur. *l. sequester. ff. de V. S. l. licèt. §. rei. ff. de depos.* aut, cùm debitor pecuniam creditam accipere recusat, & propterea illam ad evitandum cursum usurarum, & interesse ad judicem defert. *l. acceptam. Cod. de usuris.* propriè depositum non est, quia non datur custodiæ, & asservationis causâ, sed ad alium finem, cujus intuitu propria natura depositi immutatur. 3

Debet autem tertiò, depositum fidei, & custodiæ causâ accipi gratis, & sine recompensa, quæ in pactum veniat, quia merces, & salarium contractui depositi repugnat, hinc, si pecunia pro rei custodia ex pacto accipiatur, locatio est, si alia res, contractus innominatus facio, ut des, sicut enim supra diximus, contractum commodati gratuitum esse, eò quòd officium amicitiæ recompensationem non admittat, ita illud longè magis de deposito dicendum est, cùm veræ amicitiæ demonstratio nunquàm magìs, quàm periculosis temporibus in assecurandis, & custodiendis rebus concreditis probetur, & exhibeatur. Contrarium tamen deposito non est, ut depositarius ex mera deponentis liberalitate post rem restitutam aliquam re- 4

remunerationem accipiat, prout ſupra jam in contractu mandati probavimus.

5 Utuntur quidem quartò, ſtatuta noſtra Bavarica verbis, Befilcht / oder gibt: Sed ea tam ſtrictè interpretanda non ſunt, ut per verbum dare, Geben / intelligatur translatio poſſeſſionis, & dominij, cùm in depoſito dominium, & poſſeſſio maneat apud dominum. *l. licèt. ff. depoſiti.* Communiter DD. pro verbo *dare* ſupponunt *tradere*: Utrumque enim in Germanico, Geben / ſignificat, ſed ex eo malè inferunt, propterea in rebus immobilibus depoſitum fieri non poſſe, cùm enim juxta dicta ad *Art. 15.* pignus conſtitui poſſit in re immobili, multò magìs depoſitum quoque fieri poteſt in re immobili, cùm verbum tradere rei exhibitionem de manu ad manum, ſive de pugno ad pugnum neceſſariò non importet. Nos ad evitandum hunc inutilem ſcrupulum verba noſtri articuli, Befilcht / oder gibt / expoſuimus per verbum committere: Is enim dicitur alteri, Sein Haab / oder Guet zu treuen Handen befelchen / oder geben. Qui rem ejus fidei, & cuſtodiæ committit.

6 Illud tamen quintò certum eſt, quòd depoſitum non conſiſtat *in nudis* verbis, ſed contractus ſit, qui re conſtat, textus in §. *præterea. 4. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* & hinc nullo modo ſufficit, ſi quis alteri rem ſuam committat, aut commendet, illam verò apud ſe retineat, & depoſitario non concredat. Ad hunc finem igitur DD. traditionem requirunt, ut contractus illa mediante perficiatur. Debet proinde verbum noſtrum *commiſſionis* de reali commiſſione accipi, aliàs contractus degenerat in contractum mandati, vel negotiorum geſtorum, de quibus ſuo loco. Dicitur autem realis commiſſio, & in effectu depoſitum rei immobilis fieri, quando alicui, V. G. claves domûs, vel alterius ædificij, aut inſtrumenta neceſſaria pro fundis, & rebus immobilibus concreduntur, quoniam hoc ipſo traditio rei, & ſic contractus, non verbis, ſed re ipſa factus eſſe præſumitur. Multò minùs depoſitum erit, ſi quis rem ſuam in domum meam inferat, & ibidem relinquat, tametſi id faciat me ſciente, & patiente, quia ad contractum depoſiti utriuſque contrahentis conſenſus requiritur, illius, ut ſcilicet rem mihi in cuſtodiam realiter tradat, & ego illam aſſervandam, & cuſtodiendam accipiam. Scientia enim, & patientia, ubi conſenſus expreſſus requiritur, non ſufficit. *Schneidew. tit. de oblig. Inſt. de contract. n. 8.* & *Schrader. ibidem. n. 10.* Quia, licèt aliàs tacens pro conſentiente habeatur, tamen hoc non procedit, quando agitur de perſonali obligatione alterius, ubi tacens æquiparatur contradicenti. *Manz. de depoſito. §. præterea. 4. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. n. 11.* Quod tamen fal-
7 lit in nautis, cauponibus, & ſtabularijs, nam eò ipsò, quòd res aliqua illis ſcientibus in navem, cauponam, & ſtabulum inferatur, ipſi de cuſtodia hujus rei tenentur. *tot. tit. ff. nautæ, caupones, &c.* & ibi *Weſenbec. n. 5.* Ubi rationem aſſignat, quia is, qui res ſuas in navem, cauponam, & ſtabulum immittunt, ipſo facto teſtantur, ſe ſua fidei, cuſtodiæque hujuſmodi hominum committere, & illi ſilentio ſuo, atque exercitio quaſi profitentur, ſe, ſuámque navim, diverſorium, & ſtabulum idoneum eſſe, cui res tutò credatur

8 Deducitur quintò, quòd depoſitarius, qui rem in ſuam cuſtodiam recepit, eâ uti non poſſit ſine crimine furti uſûs. §. *furtum. 6. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* Furtum enim eſt non tantùm, quando quis intercipiendi causâ rem alienam amovet, ſed generaliter, quoties quis rem alienam invito domino contrectat. Aſſervare igitur depoſitarius rem depoſitam debet, & quidem bonâ fide, non in ſuum uſum convertere, ut jam ſupra de commodato diximus, ſi enim commodatarius furtum committit, quando re commodata extra uſum conceſſum fruitur, multò magìs depoſi-

positarius in hoc crimen incidit, cùm usus naturæ depositi omninò contrarius sit.

9 Diximus sextò, quòd depositarius ad custodiam, & reservationem rei bona fide teneatur, quia in nullo contractu magìs bona fides exuberare debet, quàm in contractu depositi, ubi totius rei conservatio nudo vinculo amicitiæ nititur. *l. 1. §. hanc actionē. 23. Cod. l. Lucius Titius. 27. l. si sacculum. 29. in fin. ff. depositi.* Quia tamen contractus depositi solius deponentis gratiâ initur, juxta regulam in præcedentibus sæpiùs repetitam, depositarius non tenetur, nisi de dolo, & lata culpa. *§. prætereà. 4. vers. sed is. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Ubi Imperator Justinianus inquit, quòd, si depositarius rem depositam parùm diligenter custodiat, & sic levissimâ, vel levi ejus culpâ res intereat, vel furtô fuerit amissa, securus sit, & actione depositi conveniri non possit, imputet enim sibi, & suæ facilitati, qui negligenti amico rem custodiendam tradit. Reperiuntur tamen multi casus, in quibus depositarius etiam de culpa levi, & levissima, imò subinde etiam de casu fortuito tenetur. De quibus videatur *cap. bona fides. 2. x. de deposito.* Utpote 1. Si quis se ipsum deposito offerat. *l. 1. §. sæpè. ff. depositi.* 2. Si mercedem pro custodia accipiat, dicto *cap. 2. & dictā. l. 1. §. si quis servum. ff. depositi.* 3. Si inter contrahentes convenerit, ut etiam præstetur levis culpa, imò & casus fortuitus, dicta *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. si ut certo. §. non videndum. ff. commod.* 4. Si causâ depositarij res penes ipsum deposita fuerit, dicta *l. 1. §. si pecunia. 36. ff. depositi. l. si quis. ff. si cert. pet.* Juxta superiùs dicta, quòd, quando contractus utriúsque contrahentis gratiâ celebratur, præstetur etiam levis culpa, imò, si solius depositarij causâ penes ipsum depositum factum est, tenebitur etiam de culpa levissima. *Gloss. in dict. cap. 2. litt. A. vers. item & in alio.* Plura videantur apud DD. ad dictum *cap. 2. x. de deposito.*

10 Generaliter autem pro septimo statuendum est, quòd bonâ fide depositarius agere non videatur, si rebus suis salvis existentibus, depositas amisit, ut inquit text: in dict: *cap. bona fides. 2. x. de depos.* Convenit cum hoc textu juris canonici *l. quod Nerva. 32. ff. eodem.* cujus verba ex integro transscribimus: Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat: Mihi verissimum videtur. Nam, etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est: Nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. Nec enim salvâ fide minorem ijs, quàm suis rebus diligentiam præstabit. Qui textus videntur cum *§. prætereà. 4. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* omninò contrarij esse; Si enim depositarius non tenetur de levi culpa, quomodò ei imponi potest in custodia rei depositæ ea diligentia, quam adhibet in rebus proprijs? Sed Respondemus, non obstantibus his juribus, verum esse, depositarium non nisi ad dolum, & latam culpam obligari. Hoc ipso autem, quando res suas salvas habet, & depositas perdidit, bona fides abesse præsumitur. Ut loquitur *cap. 2. x. de deposito.* Ubi autem bona fides abest, ibi præsumitur dolus, sive lata culpa subesse, quæ secundùm opinionem Nervæ dolo proximè accedit. Non igitur depositarius rebus suis salvis condemnari potest ad res depositas amissas, nisi quando se ab hac præsumptione doli, sive culpæ latioris purgare non potest. Quid si enim docere possit, res depositas propterea perijsse, eò quòd illas simul cum proprijs salvare non potuerit? Tunc enim certè præsumptio *cap. 2. x. & l. quod Nerva. 32.* eliditur. Licèt enim commodatarius obligatus sit, rei commodatæ majorem curam, & diligentiam adhibere, quàm rebus proprijs, id tamen depositario non incumbit. Ratio differentiæ est, quia commodatarius tenetur ad levissimam culpam, depositarius verò tantùm ad dolum, & latam culpam. Et hinc est, quòd depositario res suas præ depositis è periculo eripienti nihil oppo-

ni possit, tametsi res propriæ fuerint minùs pretiosæ, quàm depositæ, modò non tanta distantia sit, ut aliquis vitulum, vel ovem præ generoso equo magni pretij, vel præ gema, aut cleinodio, aliquid, quod eximij valoris est, in salvo constituerit, ut jam in præcedente articulo attigimus, & hæc differentia benè discussa reperitur apud *D. Rath. loco sæpè cit. assert. 21. 22. & 23.*

11 Octavò principalissimum depositi requisitum est, ut depositarius petenti domino rem statim, atque voluerit, & sine mora, in specie restituat, hæc sunt verba articuli nostri. Restitutio enim depositi, vel maximè bonæ fidei competit, cùm sit nudus contractus personalis, quo in accipientem juxta priùs dicta, nec possessio, nec dominium transfertur, de quo plura sequentur: Et quidem restitutio facienda est ipsi deponenti, vel ejus hæredi, & non alteri, nisi aliter inter partes, vel in ipso contractu, vel etiam ex post facto convenerit, ut scilicet restitutio tertiæ personæ fiat, tunc enim nihil interest, sive res reddatur deponenti, sive cum ejus voluntate alteri. *Schrader. ad dict. §. prætereà. n. 13. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Addit articulus, **Nach deß anderen Begehren / vnd Willen:** *Id est*, ad petitionem, & requisitionem deponentis, nam contractus depositi reciprocus est, & proinde depositario, qui semel custodiam rei depositæ in se recepit, liberum non est, ut statim, & in continenti officio amicitiæ renunciet, & deponenti rem suæ fidei concreditam remittat. Nec depositarius conqueri potest, si dominus rem suam repetat, quia liberatur officio custodiæ, & amicitiæ satis oneroso, juxta *l. quod Nerva. 32. & cap. 2. x. de deposito.* ubi depositi revocationem tam liberam esse debere constituitur, ut ne momenti quidem mora fieri possit, cum quo convenit articulus noster, in verbis: **Von Stund an/ vnd vnverzogentlich.** Ita ut, si depositarius moram in restituendo levissimam committat, teneatur etiam ad levem, & levissimam culpam. *l. si in Asia. 12. §. fin. ff. depositi. l. ultima. Cod. eodem.* Quæ hucúsque reservata exceptio prioribus quatuor singulariter addenda est, quoniam in tantum extenditur, ut, etiamsi deponens cum depositario pactus fuerit, ut sibi depositum non nisi post certum tempus reddat, tamen nihilominùs in continenti repeti possit. *l. 1. §. est autem 22. ff. depositi.* Et in hoc est differentia inter deponentem, & depositarium, quia depositarius, ut paulò antè diximus, vi contractûs ad custodiam, & rei asservationem boni viri arbitriô continuandam obligatur, deponens verò liberrimam ejus revocandæ licentiam habet, quia contractus regulariter in solius depositarij favorem initur. Ex quo rectè deducitur, si depositum factum fuerit principaliter in depositarij solius gratiam, de quo paulò antè, quòd certè deponenti liberum non sit, rem depositam sine ejus voluntate, & consensu revocare, idem esse credimus, si depositum utriusque contrahentis gratiâ, & favore factum fuerit, quia tunc par contrahentium censetur esse conditio, ergo etiam pari utriusque partis voluntate, & consensu resolvenda, de quo videndus est *Schrader. ad dict. §. prætereà. 4. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. n. 15.*

12 Extenditur nonò, hæc dispositio, ut restitutio etiam fieri debeat cum fructibus, quamvis enim pecunia, cleinodia, libri, & instrumenta, de quibus articulus principaliter loquitur, fructum non ferant, quia tamen, ut diximus, etiam immobilia, & se moventia in depositum tradi possunt, hinc infertur, si equa mea apud te depositarium hinnulum pepererit, vel si depositarius ex ædibus meis sibi concreditis pensionem acceperit, quòd illam mihi eâdem promptitudine ad revocationem rei depositæ restituere debeat, quàm rem ipsam: Ratio est, quia fructus pertinent ad rei dominum, & alio jure non sunt apud depositarium, quàm res ipsa deposita. Debent igitur tanquam accessorium cum principali restitui. *cap. si super.*

per. 9. x. de off. & pot. jud. deleg. l. acceptamus. 19. l. item. 6. ff. quib. mod. pignor.

Similiter decimò, restitutio rei depositæ debet fieri in specie, non una res pro alia, equus pro equo, vacca pro vacca, pecunia pro pecunia; quoniam hæc est natura depositi, ut res eadem redeat ad dominum suum, cùm depositarius nil nisi custodiam habeat, & propterea immutare nihil possit. Verum quidem est, quòd etiam frumentum, vinum, oleum, & alia, quæ functionem recipiunt, & in genere consistunt, ad pondus, numerum, vel mensuram deponi possint, quia verò hoc proprium depositum non est. *l. Lucius Titius. & l. dies sponsaliorum. ff. depositi.* Sed potiùs in contractum mutui, vel alium innominatum incidunt, de his nobis hîc ulterior sermo non est. Videatur *Mozz. de deposito. rubr. de substantialibus. num. 8.* Ubi dicit, de substantia, & forma depositi esse, ut eadem res deposita reddatur, cùm Imperator Justinianus in dict: §. *præterea. 4. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* dicat, quòd depositarius de ea re, quam accepit, restituenda teneatur: Et text: in *l. Lucius. ff. depositi.* ajat, si pactum sit, ut non eadem corpora numorum reddantur, sed tantundem solvatur, quantum in genere depositum fuit: Vel, si juxta *l. dies sponsaliorum. §. qui pecuniam. ff. eod.* pecunia data fuit non obsignata, & conventum, ut alia restituatur ad repetitionem domini, contractus depositi notissimos terminos egrediatur, & proinde depositum non sit. Quamvìs *D. Rath. in thesibus de deposito. cap. 1. assert. 13.* putet, depositum dici posse, quod etiam ad certum tempus contractum, & eo utendi facultas depositario concessa fuerit. Sed, quia idem D. Rath tali deposito privilegium hoc non concedit, ut depositarius restitutionem deponenti ad lubitum denegare possit, certè ejusmodi irregulari deposito multò minùs cum Mozzio alia privilegia depositi concedere possumus. Videantur, quæ dicta sunt ad *Tit. 2. Artic. 24. & 31.* deß Gandt-Proceß. Deficiente enim substantia contractûs, utique etiam privilegia ejus deficere debent. *l. in suma. 2. §. item. 5. ff. de aq. pluv. arc. l. generaliter. 34. §. si quis. 9. ff. de fid. lib.* 13

Quid si autem undecimò, plures unam, eandémque rem deposuerint, anné singuli in solidum, an verò nullus sine reliquis agere possit? Et Respondemus, ante omnia videndum esse, an, & quid inter deponentes convenerit, nam pacta contractuum ante omnia servanda sunt, quia legem, & formam contractibus tribuunt. *l. 1. §. si quem. 6. ff. depositi.* Si igitur conventum fuit, ut singuli deponentes in solidum agant, ratum est pactum, si verò sibi invicem diffidentes ea lege deposuerunt, ut non nisi omnibus simul repetentibus res deposita reddatur, similiter lex conventionis observanda est, text: in dict: *l. 1. §. sed etsi duo. 44. ff. eod.* Ubi Ulpianus dicit: Sed, si duo deposuerint, & ambo agant, siquidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere, sin verò pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam. Pulchrum exemplum ex Valerio Maximo *lib. 7.* adducit *Dom. Rath. in thesibus de depos. cap. 4. assert. 7.* De muliere Atheniensi, quæ à duobus rem eâ lege in depositum accepit, ut non nisi ambobus, simul repetentibus redderetur, postquàm verò unus ex depositoribus à muliere, mala persuasione, & sub prætextu, quòd alter depositor, consocius suus, jam fuerit vitâ functus, restitutionem integri depositi emendicavit, alter, qui fingebatur mortuus, supervenit, & similiter restitutionem depositi petijt. Ubi quæstio orta fuit, an mulier depositaria, quæ contra legem depositi fecit, adhuc semel ad restitutionem depositi saltem ad dimidium sit obligata? Quam Demosthenes ita defendit, ut peteret ab actore, priùs sistere consocium suum, qui cum recepto deposito auffugit. Sed hanc exceptionem D. Rath non admittit, eò quòd secundus depositor mulieri replicando ob- 14

jicere potuerit, quòd ipsa primitùs contra legem contractûs peccaverit, restitutionem totius depositi consocio faciendo, ac proinde frustra ad observationem conventionis provocet, quæ ipsam priùs violavit. Quando autem à pluribus eadem res simpliciter deposita, & de modo restitutionis faciendæ nihil conventum fuit, distinctio adhibenda est, an agatur de pecunia in depositum data, vel alia re, quæ numero, pondere, vel mensura constat, aut de aliqua specie indivisibili, V. G. equo, vacca, &c.? In priori casu sua pars cuilibet restituenda est, dict: *l. 1. §. si pecunia. 36. ff. depositi.* In posteriori casu, quando species, sive res individua pluribus communis deposita est, non debet illa uni sine reliquis restitui, dict: *l. 1. §. si pecunia. 36.* Ubi Juris-Consf: dicit, res, quæ dividi non possunt, omnes debent tradi agenti, scilicet prævenienti, de quo ibidem sermo est, & ulteriùs sequitur

15 Alia, & duodecima quæstio est, si fortè deponentes ita dispersi sint, ut congregari non possint, an non in hoc casu res uni, qui præsens est, restitui possit, si paratus sit, de reliquis consocijs servandis indemnibus cautionem sufficientem præstare? Et ad hoc Juris-Consultus in d: *l. 1. §. 36.* affirmativè respondet, in verbis: *satisdatione à petitore ei præstanda in hoc, quod supra ejus partem est.* Addit tamen *D. Rath. loc. cit. cap. 4. assert. 9.* Depositarium meliùs facere, & consultiùs, si satisdationi oblatæ non aquiescat, sed magistratûs authoritati totam restitutionis causam committat; Quod etiam consilium est Pomponij Juris-Consf: in *l. si stipulatus sim. 81. in fin. ff. de solutionibus.* cujus verba sunt: Sed etsi sine prætore, & sine dolo malo hæc fecero, liberabor, aut, quod verius est, non incidam in obligationem. Optimum autem est, id per magistratum facere; Videatur *Mantica. de tacit. & ambig. convent. lib. 10. tit. 7. n. 7.* Hoc consilium au-
16 tem duplicem cautelam præstat: Primò, ut depositarius consequatur omnimodam securitatem, & liberationem ab omni periculo. Quid si enim pro cautione fidejussorem dederit, & fidejussor ex post facto non solvendo sit, certè depositarius tenetur, quando extrajudicialiter proprio motu non adhibita judicis, aut magistratûs authoritate cautionem admisit. Sed, si interveniente prætore negotium gestum est, fidejussoris inidonei casus depositario ampliùs non incumbit. 2. Restitutione authoritate judicis facta depositarius ita securus redditur, ut, si dubium sit, an fidejussor pro cautione datus solvendo sit, vel non, à deponente conveniri, &, ut sæpè fit, depositarius magnis litis sumptibus, & expensis fatigari non possit, quæ profectò talia beneficia sunt, ut nemo prudens, qui copiam judicis, & magistratûs habere potest, illam in suscipienda satisdatione negligere debeat.

17 Econtra pro decimo tertio, si res apud duos, vel plures deposita fuerit, adversùs unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero pactum fuerit, non enim electione, sed solutione liberatio contingit, ut dicitur in dict: *l. 1. §. si apud. 43. ff. depos.* Ex quo clarè apparet, inter priorem, & hunc casum magnam differentiam esse, nam, si eadem res apud duos deposita fuerit, quilibet eorum in solidum obligatur, nec valet argumentum, si dicas: Quando apud duos res aliqua deposita est, quisque eorum in solidum tenetur. *l. 1. §. si apud duos. 43. ff. eodem.* Ergo similiter, si ex adverso duo eandem rem deposuerint, unusquisque eorum, tametsi non convenerit, ut unus eorum totam rem tollere possit, etiam in solidum agere poterit, nam ratio differentiæ clara est, quia pluribus eandem rem deponentibus, singulorum de repetitione depositi nihil interest, nisi pro ea parte, quam quisque in deposito habet, ècontra re à multis apud plures deposita, cujuslibet interest, rem solidam à quocunque ex depositarijs consequi, quia tota res ad singulos pertinet, & consequenter e-

tiam

tiam ad unum ex deponentibus. Videatur *D. Rath. loc. cit. assert. 8. sub litt. B.* Ubi hanc differentiam pulchrè exsplicat, cum hac tamen limitatione, nisi in contractu depositi actum sit, ut plures rem depositam communi periculo in sua custodia habeant, quia ejusmodi verba faciunt, ut eorum quisque pro sua tantùm parte teneatur, & periculum inter eos dividatur. *l. rem mihi. 21. §. 1. ff. commod.* ubi glossa *sub litt. A.* dicit, quòd, ubi periculum plurium commune est, ibi plures teneantur tantùm pro parte.

Quid si autem decimò quartò, pecunia fuerit in sacco sigillato deposita, anné hoc depositum habendum sit pro individuo, cùm signum ipsum sit individuum? Et respondet Juris-Consultus in dict: *l. 1. §. si cista. 41. ff. depositi.* Eum, qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere; Ergo eum de rebus agere oportet; Ex quibus verbis apparet, quòd pecunia, quamvìs in sacco, aut cista deposita, sit dividua. *l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verb. oblig.* Et proinde consequens est, ejus depositum, tanquàm rei dividuæ habendum, etiamsi saccus sigillatus per se individuus sit. *D. Rath. loc. cit. assert. 8. sub litt. A.* 18

Decimò quintò eadem, quæ de deposito à pluribus facto hactenus dicta sunt, ut scilicet pro diversitate rei dividuæ, vel individuæ simpliciter, vel cum certo pacto depositæ singuli pro virilibus partibus, vel neuter sine consortibus agere possit, id etiam de unius deponentis pluribus hæredibus dicendum est. Si enim unus ex cohæredibus depositi agere velit, jus tantùm habet, suam partem repetendi, quando res deposita divisionem patitur, quando autem indivisibilis est, tunc depositarius uni soli restitutionem facere non tenetur, nisi præstita idonea cautione de indemnitate cohæredum coram judice. *Mantica. de tacit. & ambig. convent. lib. 10. tit. 7. n. 7. Mozz. de natural. depos. n. 25.* per *l. 1. §. sed si duo. 44. ff. depos.* Imò, si saccus, vel cista fuerit obsignata, potest etiam saccus, aut cista à deponente obsignata, resignari, modò, ut Juris-Consultus in *l. 1. §. si pecunia. 36. ff. eodem.* dicit, authore prætore, vel honestis personis intervenientibus hoc evenerit, residuô, vel apud eum remanente, si hoc voluerit, sigillis videlicet eis impressis, vel à prætore, vel ab his, quibus coram signacula remota sunt, vel si hoc recusaverit, in ædem sacram repositô. 19

Sed quid si decimò sextò, hæredes inter se de hæreditate litigent, & singuli reliquis exclusis se in solidum hæredes esse asserant? Et tunc distinguendum est, an depositarius litem ignoraverit, vel illam inter plures agitari sciverit? Si ignoravit, & depositum uni restituit, quem solum deponentis hæredem esse, licèt per errorem, credidit, & sibi persuasit, depositi non tenetur, quia rem, quam non habet, restituere non potest, dict: *l. 1. §. inde scribit Neratius. 21. ff. eod. & l. qui furtū. 16. in f. ff. de condict. furt.* modò id bona fide, & sine dolo fecerit, si autem litem agitari sciverit, Julianus in dict: *l. 1. §. 37.* scribit, rem deponendam esse in ædem sacram, nisi unus ex litigantibus paratus sit, depositum recipere, & depositarium adversùs alios collitigantes tueri; Quamvìs depositario tutius sit, si ad talem promissionem de sua tuitione accipiendam, utpote fortè inidoneam non adigi, sed potiùs exitum litis exspectare possit, cùm remedium cautionis fragile sit, & sæpè contingat, ut offerens illam non solvendo fiat, antequàm lis terminetur, *D. Rath. loc. cit. assert. 11. per totum.* 20 21

Quid verò, si ex pluribus hæredibus litigantibus singuli offerant cautionem pro depositario defendendo? Et respondet glossa in dicta *l. 1. §. apud Julianum. 7. sub litt. B. & §. item quid.* Quòd præventioni locus sit: Juxta textum in *l. quod autem. 6. §. sciendum. 7. & l. pupillus. 34. ff. quæ in fraud. creditor.* Et si omnes simul veniant, quòd locus sit gratificationi, per *l. si in gravi. §. si cùm omnes. ff. ad S. C. Syll.* quæ omnia approbat etiam *D. Rath. loc. cit. assert. 12.* De quo tamen plura videbimus in *Art. sequenti:*

Ubi agitur de ſequeſtratione, quia in ejuſmodi rebus litigioſis plus valere videtur judicis auctoritas, quàm jurium rationes, quæ pro partium litigantium commodo militant.

22 Illa pro decimo ſexto famoſiſſima quæſtio eſt, ſi ex pluribus hæredibus unus partem ſuam à depoſitario defacto acceperit, reliquorum verò partes apud depoſitarium ex poſt facto perierint, an is, qui ſibi vigilavit, & ſuum recepit, tutus ſit, nec quidquam reliquis ſuis cohæredibus participare teneatur? Hæc eſt materia *l ſupervacuum. 12. Cod. depoſiti.* ubi Juſtinianus decidit, ſi unus ex hæredibus deponentis ſuam portionem recipiat, quidquid poſteà contra depoſitarium accidat, recipientem reliquis cohæredibus non eſſe obligatum. Quatenus verò, & in quantum hæc Juſtiniani conſtitutio locum habeat, plures diſtinctiones faciendæ ſunt, de quibus videatur exactiſſimè *Dom. Rath. loc. cit. aſſert. 15. 16. & 17.* Nos brevitati ſtudentes ad ulteriora pergimus.

23 Eſt igitur articuli noſtri pro decimo ſeptimo firma reſolutio, quòd depoſitarium à reſtitutione depoſiti nulla exceptio, nulla reciproca prætenſio, actio, aut conventio excuſare poſſit, **Unnd ſolle jhme hierinnen kein Einred / Gegenforderung/ oder Anſprach zugelaſſen werden.** Quod attinet ad exceptionem compenſationis, **einer Gegenforderung** / convenit articulus noſter cum jure communi in *l. fin. Cod. de compenſat. & §. in bonæ fidei. 30. verſ. excepta. Inſtit. de act.* Et hujus rei ratio eſt, ne ſub prætextu rerum depoſitarum quis exactione ſua defraudetur, cùm malitioſi depoſitarij facilè aliquem prætextum, res depoſitas penes ſe retinendi (quod eſt contra exuberantiam bonæ fidei) invenire poſſint. Bona fides enim non admittit, ut fiducia, quam deponens in depoſitario collocat, talem perfidiam patiatur. Debet igitur depoſitarius rem fidei, & cuſtodiæ ſuæ ad quamlibet repetitionem deponentis, ſine mora, **von Stund an / vnnd vnverzogentlich** / reſtituere, tametſi contra deponentem juſtiſſimam, & liquidiſſimam prætenſionem habeat, & id, quod ſibi à deponente debetur, convenienti actione repetere.

24 Excipit pro decimo octavo, articulus noſter expenſas neceſſarias, quæ in rem depoſitam factæ ſunt: **Außgenommen** / inquit articulus, **da er an ſolch hinderlegt / oder vertraut Guet nothwendigen Unkoſten angelegt hätte.** De jure communi valdè dubium eſt, an depoſitario propter expenſas neceſſarias in rem depoſitam factas exceptio retentionis competat? Ob rationem, quòd retentio fieri ſoleat per exceptionem doli, exceptio autem doli in *l. penultima. Cod. depoſiti.* à Juſtiniano Imperatore per expreſſum rejiciatur: In verbis: Nullam vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quæ ratio D. Rath movit, ut ſententiam negativam contra potiſſimorum DD. veterum opinionem, probabiliorem judicaret. Verùm ſtatuta noſtra Bavarica affirmativam amplexa ſunt, quæ etiam ratione non deſtituitur, quia impenſæ neceſſariæ, quaſi partem rei conſtituunt, quam depoſitarius, ſicut in præcedenti titulo de commodatario diximus, juſtiſſimè detrahere videtur, cùm tantùm ſuum retineat, & de depoſito nihil demat, quæ exceptio, etiam in alijs privilegiatis actionibus admittitur, ut videre eſt in *l. 1. §. taceat. verſ. ſed nec. Cod. de rei uxor. act.* Ubi, cùm Juſtinianus omnes removiſſet exceptiones, nihilominùs impenſas neceſſarias excepit: Et quia hanc opinionem affirmativam etiam *Molina. de contract. diſput. 526. num. 5.* author ex recentioribus approbat, nolumus hac in parte aliquam differentiam inter jus noſtrum ſtatutarium, & commune inducere. In jure Hiſpanico, ſive Caſtellæ per expreſſum diſpoſitum eſt, quòd propter expenſas neceſſarias depoſiti reſtitutio denegari non poſſit, quam diſpoſitionem *Villalobos citatus. à d. Molina. loc. cit.* tam ſingularem, & notabilem cenſet, ut ex ea inter jus Caſtellæ, & jus commune ipſius judicio potiùs differentia

con-

constituatur, quàm nobis sensu prorsùs contrario id permittatur. Aliquoties jam diximus, jura nostra Provincialia vadere de plano, & plerúmque communiores sententias sequi, quod etiam hac in parte factum esse, satìs probabile est. Videatur *D. Rath. in tract. de depos. cap. 5. assert. 6. & in dissertat. juridic. de potiss. diff. assert. 38.*

Notandum tamen est pro decimo nono, quòd articulus noster notabiliter loquatur tantùm de expensis necessarijs, **von dem notzwendigen Unkosten /** licèt enim DD. velint, idem etiam juris esse in expensis utilibus, maximè, si eas ipse deponens jam ante contractum depositi inchoaverit, & depositarius solùm perfecerit: *Caroc. de depos. part. 1. forma. 5. n. 6.* & *D. Balthasar. ad hunc tit. resol. 1. n. 18. vers. nomine autem.* Tamen, quia verba articuli nostri specialiter tantùm ad necessarias expensas restricta sunt, certè ulteriùs extendi non debent, cùm juxta præmissa aliàs satìs probabile sit, exceptionem retentionis propter expensas quascunque, de jure communi contra actionem depositi non admitti, ne ergò nimiùm recedatur à jure communi, præcisè inhærendum est verbis statuti, & propter expensas utiles, sive fuerint de novo à depositario cæptæ, vel à deponente jam ante contractum depositi inchoatæ, nulla exceptio retentionis indulgeri debet. Deinde magna est differentia inter expensas necessarias, & utiles. Necessariæ enim dicuntur, quæ ad rei conservationem factæ sunt, & quibus non factis, res fuisset peritura; Si igitur depositarius tales sumptus fecerit, quibus res ab interitu conservata fuit, videntur ejusmodi sumptus facti esse cum bona voluntate deponentis, nemo enim præsumitur tam hebes esse, ut suum perire studiô patiatur. Aliud est in expensis utilibus, sine quibus res stare, & conservari potuit, nam, licèt rei depositæ expensæ utiles esse præsupponantur, ut depositarius illas actione depositi contraria repetere possit, restitutionem tamen ope exceptionis, sive retentionis non impediunt. 25

Dices, saltem tunc præsumendum esse, tales expensas cum voluntate deponentis rectè factas esse, quando ipse deponens eas, juxta priùs dicta, ante contractum depositi incepit facere. Et Respondemus, hoc argumentum plus non probare, quàm quòd depositarius illas potiori jure, actione depositi contrariâ repetere possit, quàm illas, quas propriô motu depositarius inchoavit; Deinde, si deponens rem in depositum tradidit, abrupto meliorationis opere, potest æquè præsumi, se potiùs opus imperfectum relinquere, quàm absolvere voluisse, ut depositarius semper tutiùs faciat, si ab ejusmodi expensis abstineat, quàm se periculo actionis exponat, cùm, ut diximus, pro restitutione depositi conventus rem melioratam sine omni mora restituere, & expensas suas, quantumcunque utiles sint, primùm tædiosa actione persequi debeat.

Quæres vigesimò, cùm articulus noster pro exceptione contra actionem depositi solam necessariarum expensarum retentionē excipiat, an ergò nulla prorsùs alia exceptio admittatur? Et Respondemus; Hoc ipsum apud Juris-Consultos in §. *bonæ fidei. 30. vers. excepta. Inst. de act.* controversum esse, cùm Imperator Justinianus ibidem statuerit, exceptionem compensationis in quibuscunque actionibus opponi posse, excepta sola depositi actione, ubi particulam, sive dictionem SOLA ita taxativam, & restrictivam esse putant, ut nec ob parem, vel majorem rationem actioni depositi ullam aliam quamcunque exceptionem admittere velint, sed, quia articulus noster in expensis necessarijs ipso facto demonstravit, quòd particula SOLA non omnes exceptiones similes, vel majori ratione munitas excludat, ideò plurimi ex DD. concedunt, non obstante hac particula taxativa, etiam tunc depositario exceptionem retentionis competere, quando res deposita, fuit illi pignoris nexu obligata, si enim causa spolij non minùs, quàm cau- 26

 sa

ſa depoſiti exceptionem compenſationis, & omnes alias excludat, tametſi Imperator Juſtinianus *loc. cit.* ſolam actionem depoſiti excipiat, ut videri poteſt apud *D. Rath. in differt. juridic. aſſert. 36.* Cur non etiam articulus noſter, qui ſolam exceptionem neceſſariarum impenſarum excipit, de pignore intelligi poſſit? Nam communis regula eſt, qui habet actionem, ipſe multò magìs habere debet exceptionem. *l. invitus. 156. §. 1. ff. de reg. jur.* Deinde, licèt fortè hæc ratio non multùm ſtringat, tamen certum eſt, quòd res pignori data etiam pro prorsùs ſeparato, & quidem chyrographario debito retineri poſſit: Quare ergò etiam depoſitum pignori datum retineri non poſſit? *D. Rath. loc. cit. aſſert. 39.* hanc diſtinctionem facit, an contractus depoſiti conventionem hypothecæ præceſſerit, an ſubſecutus fuerit? Si res alteri fuerit hypothecata, antequàm apud eundem fuit depoſita, putat D. Rath, beneficium retentionis locum non habere, ſecùs verò, ſi oppignoratio facta fuerit primùm poſt contractum depoſiti, dum res jam erat in manibus, & cuſtodia creditoris, quia juxta illius opinionem cenſentur contrahentes per oppignorationem rei depoſitæ, quaſi per fictionem brevis manûs à priori depoſiti contractu ejuſmodi retentionem excludente, receſſiſſe. Subtilis hæc eſt diſtinctio: Sed quidſi intentio contrahentium de pignore non fuit, à contractu depoſiti recedere? Nunquid fictio manûs brevis inutilis erit? Et certè hæc fictio nobis ſuſpecta eſt, cùm novatio hodierno jure nullo modo præſumatur, quando utrique contractus ſimul ſtare poſſunt. Contractum autem pignoris, & depoſiti ſimul ſtare poſſe, ipſe D. Rath hoc ipſo fatetur, quia depoſitario, qui ante contractum depoſiti rem pignori accepit, ultrò utriuſque contractus compatibilitatem concedit. Fortè hæc res aliam adhuc æquè efficacem præſumptionem admittere poteſt, ſi ſcilicet dicamus, per ejuſmodi conventionem pignoratitiam ſupervenientem depoſiti naturam in tantum mutatam eſſe, ut contractus ſolius depoſitarij gratiâ initus eſſe cenſeri debeat, ut proinde ceſſet privilegium depoſiti, deponenti propterea datum, ut fides amicitiæ exactè obſervetur. His tamen omnibus non obſtantibus putamus, exceptionem retentionis ob jus hypothecæ, vel pignoris, ante vel poſt contractum depoſiti acquiſitum locum non habere, cùm planè articulus noſter præciſivus ſit, & aliàs facilè depoſitario occaſio eſſe poſſit, à deponente creditore ſuo, qui fortè obæratus eſt, impetrandi pignoris conſtitutionem, ad depoſiti reſtitutionem, quæ juribus noſtris tam ſancta, & religioſa eſt, eludendam. Contra *l. penult. Cod. depoſ.* Ubi in hac materia depoſiti omnis ſpecies doli ſeveriſſimè prohibetur.

27 Et hoc, quòd repetitio depoſiti nullam exceptionem admittat, eſt unum ex principalibus privilegijs, quod etiam actioni monenti, ſive cauſæ ſpolij competit. *toto tit. Cod. ad l. Jul. de vi.* Latiſſimè *Ant. Gabr. de reſtitut. ſpoliat. lib. 5. concluſ. 1. per totum.* Adeò, ut ei, qui ſpoliatus rem ereptam repetit, nequeat ejuſdem quoque criminis exceptio objici. *l. 1. l. ſi quis. Cod. eodem. Rath. dict. diſſert. juridic. de differentijs, &c. aſſert. 35. litt. C.* Et hoc quidem veriſſimum eſt, ſed, quòd *D. Balthaſar. ad titulum noſtrum. reſol. 1. n. 18. verſ. pari ratione* aſſerat, quòd agenti ad reſtitutionem depoſiti exceptio ſpolij objici poſſit, id nec authores ab eo citati habent, nec cum jure communi convenit, cùm, ut ſupra jam demonſtravimus, etiam furi, & prædoni res depoſita ſine ulla exceptione reſtituenda ſit, niſi fortè D. Balthaſ: intelligat de caſu, quando depoſitum rei furtô, vel rapinâ ſublatæ factum eſt apud ipſum dominum, de quo tamen adhuc dubitat *gloſſ. ab ipſo cit. in cap. cùm dilectus. 2. ſub litt. I. n. 80.* Licèt interim vix negari poſſit, ſi dominus cum fure, vel prædone rem tanquam depoſitam repetente concurrens potior ſit cum juſtitia, ita ſuum cuique tribui velit, ut non diſtrahatur ab alterius juſtiore repetitione. *l. bona fides 31. ff. de-*

ff. depos. Sunt quidem adhuc alia privilegia depositi, de quibus videri potest dict. *D. Rath. de depos. cap. 5. per totum.* quia tamen articulus noster de ijs nihil dicit, nos brevitatis causâ Lectorem illuc remittimus.

Quale autem depositum in processu Edictali inter creditores privilegium habeat, latè deduximus ad *Tit. 2. Art. 24. & 31.* deß Gandt-Proceß / de quo *D. Rath. in allegata dissertatione sua. assert. 41. & 42.* disputat, & in plerisque nobiscum convenit, & *assert. 43.* benè monet, licèt articulus noster cum jure communi disponat, quòd depositori rem depositam repetenti restitutio fieri debeat, von Stund an / und unverzogentlich: Sine omni mora, & exceptione, quòd tamen illud locum non habeat, quando creditores depositoris aliquam prætensionem ad rem depositam faciunt. Ratio per se clara est, quia hoc privilegium tantùm concernit ipsum deponentem, & actionem depositi directam, ne scilicet contractus, ut Imperator Justinianus loquitur, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. *D. Rath. loc. cit. Schrader. de contract. cit. §. præterea. 31. Inst. de action. Berlich. part. 1. conclus. 47. n. 7. Pistor. part. 2. quæst. 60. n. 6.* Ex quo sequitur, si tamen deponens uni ex creditoribus suis actionem suam depositi directam cesserit, quòd depositarius ejusmodi cessionario eadem promptitudine sine ulla exceptione, & mora restitutionem facere debeat, acsi ipse deponens repetitionem fecisset. Ratio est, quia cessionarius subintrat in locum deponentis, & quia privilegiata actione depositi experitur, depositario omnis exceptio denegatur. Et hæc promptitudo restitutionis in pignore tam præcisa est, ut nullo processu indigeat, sed paratam executionem post se trahat. *Mantica. de tacit. & ambig. convent. lib. 10. tit. 10. n. 25. Coler. de process. execut. part. 3. cap. 1. n. 19. & cap. 2. num. 15.* Nec depositario ille terminus concedatur, qui secundùm constitutiones nostras Provinciales conceditur in debitis liquidis, confessatis, & judicatis, qui plerúmque terminus est 14. dierum. Ratio est, quia in debitis liquidis, confessatis, & judicatis propterea terminus de jure nostro Bavarico, & etiam de jure communi favorabiliter indulgetur, ut debitor tempus, & occasionem habeat, solutionis media conquirendi: At depositarius, qui præsupponitur rem depositam sub manibus suis habere, nec tempore, aut occasione ad conquirendum indiget. Ex quo apertè sequitur 28

Pro vigesimo primo, necessarium tamen esse, ut de deposito constet, nam, si depositarius contractum depositi neget, & propterea restitutionem recuset, ipsa ratio dictat, quòd agens depositi intentionem actionis suæ, vel per testes, vel per instrumentum legitimè probare debeat, de qua probatione videatur *Mantica. loc. cit. n. 26. & seqq.* 29

Si autem pro vigesimo secundo, fuerit convictus, habetur pro perfido, & infami: Der hat / juxta verba articuli, seiner Treu / und Pflicht / nit genug gethan: Et hujus perfidiæ sequentes pœnæ statuuntur. 1. Tenetur depositarius ad omne damnum, & interesse, quod deponens in re deposita passus est, sive ex quacunque culpa, lata, levi, aut levissima, sive etiam ex casu fortuito. Ratio est, quia hæc perfida negatio constituit eum in mora: Jam supra autem in materia de commodato diximus, si commodatarius in mora sit, quòd ad omnem culpam, imò etiam ad casum fortuitum, & improvisum obligetur. Juxta *cap. unic. x. de commod. & l. si in Asia. 12. §. ult. ff. depos.* etiamsi res apud ipsum deponentem quoque peritura fuisset. *Mynsing. §. si res legata. Inst. de legat.* 2. Abnegans depositum incidit judici in pœnam. De jure communi in deposito, quod fit in casu incendij, ruinæ, naufragij, vel tumultûs, depositarius, qui depositum abnegat, & de perfidia convincitur, condemnatur in duplum. *l. fin. Cod. depos. l. si in Asia. 12. §. fin. ff. eod. l. 1. §. 1. & 2. l. qui tumultûs. 8. ff. depos. §. rei persequendæ. 17. Instit. de actionibus.* Reformatio de Anno 1588. statuit, 30

 ut

ut depositum abnegans judici condemnari debeat in dimidiam partem omnis damni, & interesse. Nostra novissima constitutio præsentis articuli distinguit inter quantitatem, sive pretium rei depositæ, an sit magnum, vel modicum. Et quamvis magna summa inter homines plebejos in alijs materijs, ut de transactione, compromisso, &c. alibi diximus, habeatur summa 50. florenorum, tamen in hoc articulo summa 80. florenorum determinatur, ita ut, si quis rem 80. florenis constantem præsumpserit perfidè abnegare, debeat puniri criminaliter, Vicedomisch. Ita enim verbum, Vi-
31 cedomisch / interpretandum est. Antiquitùs quippe, uti suo tempore dicemus ad *1. Part. Art. 15. & 16.* der erklärten Lands-Freyheit / omnis jurisdictio maxima, media, sive, ut Aventinus loquitur, medioxima, & minima pertinebat ad Principem terræ, donec Otto Rex Hungariæ, & Dux Bavariæ nobilitati in Anno 1311. concesserit jurisdictionem super omnibus causis cognoscendi, & judicandi, præterquàm ijs tribus, quæ ad mortem tendunt, Die zu dem Todt ziehend: Teüff/ Todtschläg/ Nothnunfft/ Straßraub / id est furtum, & deprædatio, homicidium, & violentia, ubi crimen furti, & deprædationis sumitur pro eodem, aliàs litteræ debuissent quatuor crimina excipere, cùm tamen in specie dicantur tantùm tria esse excepta. Successu temporis numerus eorum ad viginti ascendit, prout enumerantur, in der erklärten Lands-Freyheit / de Anno 1555. 1. Procuratio mortis domini. 2. Proditio contra dominum. 3. Parricidium commissum in conjugem. 4. Parricidium commissum in parentes. 5. Sui ipsius interfectio. 6. Salvi conductus violatio. 7. Diffidatio. 8. Crimen incendiariorum. 9. Homicidium, & veneficium. 10. Monetarum adulteratio. 11. Violentia. 12. Sodomia. 13. Periurium. 14. Magia. 15. Furtum, & rapina. 16. Deprædatio. 17. Sacrilegium. 18. Raptus uxoris, infantis, aut pupilli. 19. Insidiæ nocturnæ, & denique. 20. Motio liminum, quæ omnia 20. crimina in ultima editione, der erklärten Lands-Freyheit / *Part. 1. Artic. 16.* inveniuntur repetita. De perfido verò inficiatore depositario ibidem nihil disponitur, quod signum est, plura alia delicta esse, quæ dicantur, Vitzdomisch / tametsi, ut suo tempore videbimus, ferè omnia alia delicta ad unum ex his 20. reduci possint. Quod etiam notoria praxis confirmat, cùm in tota Provincia, paucis civitatibus, & quibusdam præstantioribus dynastijs exceptis, omnium causarum criminalium cognitio ad superiora tribunalia Principis spectet, quæ nomine Principis judicant, & proinde, Vitzdomische Händl/ vnd Wändl / vocantur, quasi dicas, quæ pertinent ad illos, qui nomine, sive vice-domini justitiam administrant, quorum *Wehner. in pract. observ. verb.* Zendt. *59.* enumerat.

32 Denique, & ultimò, tametsi supra generalem Regulam posuerimus, quòd depositarius non nisi de dolo, & lata culpa teneatur, articulus tamen noster in fine unicam exceptionem facit, nisi quis se ultrò, & non rogatus, vngebetten / ad depositum suscipiendum, & custodiendum obtulerit, de quo hoc ipso articulo jam supra diximus, & adhuc alios quatuor casus addidimus, quò benevolus Lector reverti velit. *D. Balthasar. supra ad tit. 17. resol. 1. n. 39.* idem de cōmodato asseruit, quòd scilicet multùm intersit, an commodatarius rogatus, vel ultronea oblatione commodatum acceperit, priori enim casu, inquit D. Balthasar, de culpa etiam levissima tenetur, in posteriori verò tantummodò de dolo, & lata culpa, quæ dolo comparatur. Quæ, an vera sint, nos multùm subsistimus. Ratio enim juris huic opinioni repugnare videtur, nam ideò commodatarius obligatur etiam ex culpa levissima, quia hic contractus ipsius solius gratiâ celebratur, & quia præsupponitur, quòd commodator nullam exinde utilitatem habeat, sed totum beneficium in commodatarium redundet. Non videtur igitur, quare ultronea oblatio naturam contractûs imutare debeat,

cùm

cùm beneficium eò majus sit, quando sponte offertur, quàm quando ad preces alterius conceditur; Quamdiu igitur nullus textus juris ostenditur, qui beneficio ultroneè dato minùs favoris indulget, quàm beneficio ad preces concesso, non apparet, cur à regula supra posita recedamus, quòd commodatarius, qui solus commodo hujus contractus gaudet, ad exactissimam diligentiam maneat obligatus.

Id, quod articulus noster de depositario conformiter cum jure communi in *l. 1. §. sæpè. ff. depos. & cap. bona fides. 2. x. de deposito.* statuit, ad commodatum extendi non posse, manifestum est, nam propterea depositarius, qui se ad depositum sponte offert, ad majorem diligentiam est obligatus, quàm aliàs contractus depositi requirit, quia per spontaneam oblationem suam, censetur majorem curam, & quidem talem in se suscipere, quæ exactissimæ diligentiæ respondeat, quam si postmodùm non præstat, jure ad resarcitionē damni obligetur, cùm deponens, si talis depositarius per spontaneam obligationem non ultrò se intrusisset, facilè sibi de alio diligentiori providere potuisset. Nihil tale est in commodante, qui semper beneficium suum gratis præstat, sive id præstet ad preces alterius, sive sine precibus, & in nullo casu commodatarius duriùs obligatur; Manet igitur eadem substantia contractûs, & proinde eadem regula, ut, qui rem utendam gratis accipit, ex natura contractûs ad diligentissimi patrisfamiliâs officium, & exactissimam diligentiam obligetur. Videatur *Mantica. de tacit. & ambig. convent. lib. 9. tit. 2. n. 7. & seqq.* Certè in hac ipsa materia depositi circa quæstionem, an ultrò se offerens ad depositum ad majorem diligentiam obligetur, quàm depositarius, qui ad depositionem fuit precibus exoratus, Theologi multùm se fatigant, quibusdam rotundè fatentibus, quòd depositarius ultrò se ad depositum suscipiendum offerens non minori beneficio dignus sit, quàm ille, qui se rogari passus est, adeóque non nisi de dolo, & lata culpa teneatur. *Molina. loc. cit. disput. 527. Less. tract. de Just. & Jur. lib. 2. cap. 27. dubit. 3.* Quia non minùs præstat fidem, & comodum soli amico, cujus rem custodiendam suscepit, quàm alter, qui id fecit precibus exoratus, eóque dignior est, cui faveatur, ne majorem culpam præstare teneatur, cùm majori beneficio amicum devicerit ultrò se offerendo, quàm, si se rogari exspectâsset, quæ ratio sanè multùm stringit. Licèt Molina cum alijs quibusdam Theologis, & Juristis mediam viam ingrediatur, quam etiam approbat *Dom. Rath. tract. de depos. cap. 3. assert. 47.* ut offerens se ultrò ad depositum, teneatur saltem ad culpam levissimam, eò quòd spontè se offerens intelligatur majorem præ alijs custodiendi curam promittere, ut supra diximus. Quomodò autem bone DEUS! hæc quadrant ad commodatarium, de quo non ad majorem diligentiam obligando, sed ab ordinaria sua obligatione exonerando sermo est? Et quomodò potest commodatoris ultroneum beneficium sibi ipsi majoris esse præjudicij, quàm precibus exoratum? Nunquid hæc omnia veræ rationi adversantur?

Dices, expressum textum esse in *l. si ut certo. 5. §. interdū. 10. ff. commod.* quòd, si quis alteri non roganti ultrò commodaverit, non nisi de dolo, & lata culpa teneatur. Sed Respondemus, rogatum in hoc textu nullo modo considerari, sed solummodò particularem conventionem, ut puta, inquit textus, si quis ita convenit, vel in solius commodantis utilitatem, quia, ut inquit textus, suâ duntaxat causâ commodavit. Addens pulchrum exemplum, ut sponsa sua, vel uxor honestiùs culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens prætor scenicis (id est, den Comœdianten) vel ipsi prætori quis ultrò commodavit, id est, ut scenas, sive comœdias exhi-

exhibere possit; Ex quo nihil infertur ad depositarium, qui se ad custodiam rei depositæ obtulit, ut benè exsplicat *Dom. Rath. de depos. cap. 3. assert. 49. litt. B.*

Verùm, nec hæc media sententia juri nostro Bavarico consentanea est, cùm articulus expresse dicat. Si quidam non rogatus se ipsum obtulisset, aliquid ad fideles manus suscipiendi, quòd ipse ad custodiam rei, non tantùm communem, sed extremam diligentiam adhibendam obligetur, verba sunt formalia: **Wo auch jemand vngebetten sich selbst anerbotten hätte / etwas zu seinen treuen Handen zunemmen / ist Er nicht allein zu Verwahrung derselben gemeinen / sonderen den äussersten Fleiß anzuwenden schuldig.** In quo sanè jura nostra antiquiorum doctorum, & præsertim Juliani sententiam sequuntur in *l. sæpè evenit. 35. ff. depos.* Ubi dicitur, idem Julianus scribit, periculo se depositi allegâsse (intellige, qui spontanea oblatione se depositarium fecit) ita tamen, ut non solùm dolum, sed etiam culpam, & custodiam præstet. Ubi nulla culpa excipitur, & proinde non tantùm levis, sed etiam levissima includitur, quod articulus noster ad omnem dubitationem tollendam per verbũ, **Den äusseristen Fleiß**/exprimere voluit. Et hoc confirmatur ex statim sequentibus verbis, **Doch soll Er für vnfürsehene Unglücks-Fäll / die auch der Allerfleissigiste nicht hätte fürkommen mögen / nit verbunden seyn:** Hoc est, non tamen debet esse obligatus ex casibus fortuitis, quos nulla humana extrema diligentia prævidere, & illis prævenire potuisset, quod convenit cum dict: §. *35. l. 1. ff. depos.* ubi etiam solus casus fortuitus excipitur, & omnis culpa qualiscunque illa sit, in depositarium spontè se ad depositum suscipiendum, & custodiendum offerentem rejicitur. Ex quo benevole Lector clarè vides, si textus *juris communis, qui* tamen satìs expressus est, à prudentissimis Theologis, & *Juris-Consultis* tam sollicitè in dubium revocatur, quàm impertinenter ex illo ad contractum commodati argumentum duci possit. Taceo, cùm Statuta nostra Bavarica satìs exacta sint, quòd casum spontaneæ oblationis in commodato non præterijssent, si ulla unquam cogitatio fuisset, hac in re inter commodatum, & depositum reciprocam vicissitudinem esse.

Et hoc, quod modò dictum est de commodato, quòd illud ex spontanea, & voluntaria oblatione commodatoris nihil immutetur, sed omnia essentialia, & naturalia veri contractus commodati retineat, nos in tantum extendimus, ut commodatarius etiam teneatur ad partem resarcitionis damni, si talis res commodata vi majori, vel casu fortuito in manibus commodatarij perierit. Nititur hæc nostra opinio supra propositis fundamentis, quòd hic contractus in solius commodatarij gratiam initus ex jure nostro Statutario contra jus commune etiam hanc obligationem habeat, ut commodatarius in partem casus fortuiti amicabiliter componendam maneat obligatus, nam amicitia, quam commodator spontè obtulit, nullo modo deterioris conditionis esse debet, quàm amicitia precibus impetrata. Non tamen dubitamus, tam bonum amicum, qui se spontè obtulit ad commodandum, ex eodem bonæ amicitiæ motivo in amicabili compositione fore valdè facilem, & benevolum.

Der

Der Ander Articul.

Befilcht jemand dem andern sein Guet auff sein Treu / vnd würdet jhm das auß vnfürsehnem Unfall schadhafft / verstohlen / geraubt / oder verbrennt / oder stirbt es / ob es Viech ist / vnnd das Guet in seiner Huet / vnnd gebührlichen Versorgnuß gehabt / als wol als sein selbs Guet / ohn alles Gefährde / Oder hat das sein damit verlohren / vnd kan das bereden mit seinem Ayd / deß soll er kein Entgeltnuß haben.

SUMMARIA.

1. *An depositarius teneatur de casu fortuito?*
2. *Cùm casus fortuitus probari debeat, an hoc fieri possit medio juramento?*
3. *An in contractu depositi conveniri possit, ne præstetur dolus?*
4. *Utrùm conventio valeat, ut præstetur casus fortuitus, & an sub casu fortuito intelligatur casus insolitus?*

IN mox præcedenti articulo audivimus, quòd depositarius, qui se ad depositum obtulit, teneatur quidem ad exactissimam diligentiam, & custodiam, non autem de casu fortuito, cui etiam diligentissimus quisque paterfamiliâs prævenire non potuisset. Nunc in hoc articulo statuitur regula generalis, quòd omnis, qui depositum recepit, nullam obligationem restitutionis, aut resarcitionis habeat, si res deposita ex casu fortuito, & improviso fuerit facta damnosa, vel si fuerit furtô sublata, incendiô consumpta, vel si pecus fuerit mortuum, &c. Et horum omnium ratio est, ut in præcedenti titulo de re commodata sæpiùs diximus, quia casus, & interitus spectat ad rei dominum. Rectè tamen monet *D. Rath. in dissert. juridic. de differ. assert. 45.* Quòd priùs de casu fortuito, interitu, vel amissione rei legitimis probationibus constare debeat, ut diximus ad *Art. 6. præcedentis Tit. 17.* per textum in *l. si creditor. Cod. de pignoratit. act.* Ubi creditor, qui pignoris amissionem per casum fortuitum allegat, aliter non auditur, quàm, si illam manifestis rationibus probet. 1

An autem probatio rei per casum fortuitum amissæ, vel peremptæ medio juramento fieri possit? Id majoris dubij est. D. Rath videtur id admittere, modò tales rerum ac personarum circumstantiæ concurrant, quæ judicem ad admittendum juramentum movere possent, dict: *dissert. juridic. assert. 45. sub litt. B.* Ubi allegat *Art. 6. Tit. 17.* der Land-Recht. Sed nos putamus, necessarium esse, ut de casu fortuito, vel ex notorietate publica constet, vel ut de rei depositæ amissione, & interitu casu fortuito contingente per aliam legitimam probationem, quàm per juramentum depositarij fides fiat, cùm periculosi exempli esset, si cuilibet depositario amissionem rei juramento suo confirmanti, tametsi quædam circumstantiæ probabilitatis accederent, plena fides adhibenda esset, quæ planè articuli nostri intentio non est, nullo modo enim dicit articulus, quòd depositarius per juramentum amissionem rei depositæ casu fortuito factam probare debeat, sed, quia depositarius præsumitur esse in fraude, & dolo, ut in præcedenti articulo exsplicavimus, quando deperditis rebus alienis, & fidei suæ commissis, res suas in salvo habet, solummodò hoc articulus statuit, ut juramento ab hac præsumptione fraudis, & doli se liberare, & asserere debeat, quòd in illo casu fortuito, de quo notoriè constat, vel, qui legitimis testimonijs probatus est, etiam res suas proprias simul perdiderit, quæ inter se longè diversa sunt, aliud est enim, probare casum fortuitum, & a- 2

liud eſt, probare etiam rerum propriarum amiſſionem in eodem caſu fortuito contingentem. Prima probatio debet fieri manifeſtis rationibus, ut dicit textus ſupra allegatus, & legitimis teſtimonijs, vel notorietate publica, ad ſecundam probationem ſufficit juramentum, ſi alia haberi non poſſit, plerumque enim res noſtras proprias aliorum oculis, ne invidiam procreent, ſubtrahimus, & in ciſtis occluſas, & reconditas retinemus, ut earum amiſſio raró aliter, quàm per juramentum poſſeſſoris probari poſſit. Et hic eſt noſtra opinione verus ſenſus articuli noſtri.

Quod attinet ad *Art. 6.* præcedentis *Tit. 17.* ille cum præſenti articulo noſtro prorsùs nullam convenientiam habet. Ibi enim agitur de nudo juramento calumniæ à reo pro litis conteſtatione negativa præſtando, antequàm actor ad probationem admittatur, verùm in hoc articulo agitur de juramento probandæ amiſſionis rerum propriarum, ad hunc effectum, ut depoſitarius præſumptionem doli à ſe removeat, cùm jura non credant, eum bona fide egiſſe, ſi ſuperveniente caſu fortuito res ſuas ſalvas habeat, alienas verò perditas, aut amiſſas dicat. Quibus præſuppoſitis, laborioſa examinatio quæſtionis de probatione caſus fortuiti, quam *D. Balthaſ. ad hunc tit. reſolut. 2. per multos numeros* proſequitur, inutilis eſſe apparet, cùm articulus noſter circa probationem caſus fortuiti nihil immutet, ſed rem diſpoſitioni juris communis relinquat. Solo hoc addito, ut doli præſumptio ex rebus proprijs ſervatis beneficio juramenti purgatorij elidi poſſit.

3 Difficilior quæſtio eſt, an in contractu depoſiti conveniri poſſit, ne præſtetur dolus? Et certum eſt, ut jam ſuperiùs in *tit. de commod. 17. artic. 1.* diximus, ejuſmodi conventionem improbam eſſe, ſi fiat de dolo futuro, permiſſam verò eſſe, ſi fiat de dolo præterito, quò Lectorem remittimus, ne idem bis repetamus.

4 Si verò conventio ſolummodò facta fuerit hoc modo, ut depoſitarius etiam de caſu fortuito teneatur, dubium non eſt, quin conventio valeat. *l. 1. §. ſæpè. 25. ff. depoſ. l. & Ariſtoni. ff. mandati.* Et *l. ſi ut certo. §. nunc videndum. ff. eodem.* ex tali tamen conventione obligatus non eſt, ſi caſus multùm inſolitus eveniret. *Gail. lib. 2. obſerv. 23. Gabr. commun. concluſ. lib. 6. de reg. jur. concluſ. 4. n. 17. & plures alij.* Caſus autem multùm inſolitus ille eſt, qui rariſſimè evenit, ut partes tempore contractûs de eo ne cogitare quidem potuerint, vel cogitâſſe præſumi poſſint. Videantur *DD. modò citati, & maximè Caroc. de depoſ. part. 1. cauſ. 8. tit. de caſu. num. 47. Cæval. commun. opin. quæſtion. 702.*

Der Dritte Articul.

WO aber jemand deß andern Haab/oder Guet/zu getreuer Hand innen hat/vnnd würdet die auß mercklicher seiner Versaumbnuß/oder Schuld geärgert/beschädigt/entfrembt/verlohren/oder verstohlen/also daß er die nothdürfftiger vnnd gebührlicher Weiß nit verschlossen/versperzt/versorgt/oder verwahrt hat/ So ist er schuldig solchen Schaden/oder dieselben Haab/oder darfür jhren gebührlichen Werth zegelten/vnd zubezahlen.

SUMMARIA.

1. *An depoſitarius de jure ſtatutario teneatur de levi culpa?*
2. *Si depoſitarius moram reſtitutionis faciat, an cenſeatur eſſe in dolo, & teneatur ad omne periculum?*
3. *Quid ſit dolus?*
4. *Quid ſit culpa lata realis, & præſumptiva?*
5. *Quando quis levem culpam committere dicatur?*

6. Si

6. Si deponens custodiam rei suæ pro arbitrio depositario committat, an non censeatur omnem culpam per pactum remisisse?

7. Quando depositarius teneatur de culpa levissima?

8. Si depositarius rem pro mercede, sive salario custodiendam susceperit, ad quam culpam teneatur?

HIc articulus est in effectu continuatio prioris, & statuit ad regulam prius positam (quod periculum casus fortuiti spectet ad rei dominum) generalem exceptionem, nisi casus fortuitus ex notabili negligentia depositarij acciderit. Wann die zu getreuer Hand hinderlegte Sach auß mercklicher seiner (id est depositarij) Versaumbnuß geärgert / beschädiget / entfrembt / verlohren / oder verstohlen wird.

Supra quidem ad *Artic. 1.* jam diximus, regulariter in contractu depositi de jure communi præstandum esse solummodò dolum, & latam culpam, quæ dolo æquiparatur, sed ad hunc articulum exsurgit non mediocris dubitatio, an non jura nostra statutaria à jure communi recedant? D. Balthas: negativam tenet, sub verbis, Auß mercklicher Versaumbnuß / intelligendo culpam latam: D. Rath affirmativam tuetur, ex hac ratione, quòd in dubio, quoties de obligatione ex culpa mentio fit, id semper intelligendum sit de culpa levi, nobis videtur D. Rathij opinio verisimilior, ob rationes sequentes. 1. Quòd articulus noster non loquatur in superlativo, von der äussersten Versaumbnuß / sed tantùm in positivo, von der mercklichen Versaumbnuß / ad culpam autem latam, quæ dolo æquiparatur, summa, & extrema negligentia requiritur. 2. Ex articulo præcedenti hoc ipsum colligitur, quòd articulus noster extremam diligentiam, den äussersten Fleiß / opponat negligentiæ extremæ, der allervnfleissigisten Verwahrlosung. Non potest igitur verbum (*notabilis negligentia*) in positivo prolatum sine violentia ad culpam latam restringi. 3. Utitur articulus noster in describenda negligentia his verbis, Wann Er (id est depositarius) die hinderlegte Sach nit nothdürfftiger / vnd gebührlicher Weiß verschlossen / versperzt / versorgt / oder verwahret hat. Ubi profectò verba, Nothwendiger / vnd gebührlicher Weiß / tantùm negligentiam communem, & sic levem culpam important. 4. In *Artic. 2. Tit. præced.* commodatarius, qui commodatum utriusque contrahentis gratiâ suscepit, condemnatur, si damnum in re commodata ex periculosa sua negligentia, & culpa contigerit, ubi hæc verba, Auß seinem gefährlichen Unfleiß/ oder Verwahrlosung / quamvis longè duriora sint, quàm verba nostri articuli, Auß mercklicher Versaumbnuß / non nisi de levi culpa intelleximus, multò minus igitur verba articuli nostri ad latam culpam extendere possumus. 5. Habetur in præcedenti articulo, quòd depositarius rem depositam ita in sua cura, & custodia habere debeat, tanquam rem suam propriam, qui autem officium non facit, quod quilibet bonus paterfamiliâs in proprijs observat, non dicitur culpam latam, sed tantùm culpam levem committere.

Dices, nos supra ex *cap. bona fides. 2. x. de depos. & ex l. quod Nerva. ff. eodem.* demonstrâsse, depositarium non esse in bona fide, si eam curam, & diligentiam in rebus depositis non præstat, quam præstat in rebus suis proprijs, & tamen communis doctrina est, quòd de jure communi, non nisi ad dolum, & latam culpam teneatur. §. *3. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Ergò ex hoc fundamento, quòd depositarius juxta dispositionem articuli nostri debeat habere curam, & custodiam rei depositæ tam exactam, quàm habet in rebus proprijs, non sequitur, quòd propterea ex contractu depositi levem culpam comittendo actione depositi teneatur. Sed Respondemus, inter dispositionem juris communis, & juris nostri statutarij magnam

gnam differentiam esse, quia jus commune tantùm hoc dicit, quòd bona fides abesse præsumatur, si depositarius, rebus suis salvis existentibus, depositas amisit. Oneratur igitur solummodò præsumptione doli, & malæ fidei, à qua se depositarius de jure communi manifestis rationibus, & de jure nostro Bavarico, eo modo, quo paulò antè exsplicavimus, juramento purgare, & liberare debet; Nostra jura statutaria verò non se in nuda præsumptione malæ fidei fundant, sed positivè disponunt, ut depositarius rem depositam custodire debeat: **Als wohl / als sein selbst Guet.** Item, das Er solch Guet in seiner Huet nothdürfftiger vnd gebührlicher Weiß Versorgnuß haben solle: Quæ omnia satìs apertè convincunt, quòd ad officium boni patrisfamiliâs sit obligatus, & proinde illud omittendo, tanquam reus culpæ levis ad resarcitionem damni sit obligatus. Quæ omnia fusiùs deducit *D. Rath. loc. cit. assert. 50. per totum.*

Notetur tamen, quòd articulus noster tantùm loquatur de notabili culpa, quæ consistit in omittendo, in mercklicher Versaumbnuß / quo verificatur, quod supra jam diximus, depositarium etiam ex culpa levissima, quæ in committendo consistit, non quidem actione depositi, sed actione legis Aquiliæ teneri ad resarcitionem damni. Multò magis igitur tenebitur ex culpa levi in committendo consistente, de quo vide latè disputantem eundem *D. Rath. loc. cit. assert. 56. & 57.* & nos plura dicemus ad *Art. 1. Tit. 27.* der Land-Recht. Concludimus igitur, depositarium regulariter de jure communi tantùm ad dolum, & latam culpam, de jure verò nostro statutario etiam de levi culpa teneri, & in hoc statuimus differentiam inter jus utrúmque satìs notabilem. *Diff.*

2 Quod attinet ad dolum, certum est, si depositarius rei restituendæ facultatem habet, & ad requisitionem deponentis moram restitutionis faciat, dicatur in dolo esse, textus expressus in *l. si quis. 13. ff. depos.* Ubi dicitur, quòd depositarius ab eo die, quo cognovit, se justam causam retinendi depositi non habere, incipiat dolo malo facere, si eam reddere nolit, & proinde ad omne periculum teneri, alius textus est in *l. 1. §. in describit. 21. & §. qui autem. 47. ff. eod.* Et licèt depositarius à mora, & dolo excusetur, si ab initio litis justam causam restitutionem depositi recusandi habuerit, si tamen ex post facto etiam post litem contestatam dolus supervenerit, quia depositarius fortè de litis injustitia meliorem cognitionem accepit, tenetur ex dolo restitutionem protrahendo, & ad omne damnum, etiam casu fortuito superveniens, dicta *l. si. quis inficiatus. 13. ff. depos.*

3 Studio hìc tantùm morosæ restitutionis mentionem fecimus, quia in deposito vix ullus casus frequentior est. Cæterùm, quid sit dolus, declarat Juris-Consf: in *l. 1. §. 1. ff. de dolo malo.* quòd sit omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. Id est, si quis deliberato, & malevolo animo, atque ex proposito id agit, ut alteri in re sua noceat. Sed quibus modis comittatur, & quomodò probetur, materia est amplissima, quam fusiùs exsplicare, nec instituti nostri ratio, nec materiæ nostræ necessitas patitur. Videantur *DD. ad tot. tit. ff. de dolo, & singulariter. Trintacinquez. lib. 1. tit. de dolo. resol. 1. per tot.*

4 De lata culpa, & alijs culparum generibus tanta est apud DD. differentia, ut eam vix exactè definire, vel describere possis; Nos in materia depositi distinguendum esse putamus inter culpam latam realiter talem, & inter culpam latam præsumptivam. Culpa lata realis est, quasi dicas maxima, crassa ignavia, maxima incuria, supina, & inexcusabilis negligentia, cùm videlicet id aliquis non intelligit, quod omnes alij intelligunt, illud non facit, quod reliqui omnes facerent, illud admittit, quod nullus admitteret. *Manz. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. §. 3. n. 6.* sive, ut *D. Rath. loc. cit. assert. 48.* loquitur, cujus extremum attingere volens non ultrò progredi

gredi potest, quàm, ut ignoret id, quod omnes intelligunt, cui nihil aliud addendum superest, quàm malitia, quæ ipsa dolus est, vel ab eo parùm distat. *l. si procuratorem. ff. mand.*

Lata culpa præsumpta est, quando quis talem imprudentiam, desidiam, ac negligentiam rei sibi commissæ adhibet, quæ communem hominis modum in rebus suis agendi excedit, ut, si quis non facit, quod quilibet bonus paterfamiliâs in rebus suis proprijs facere consuevit. Juxta verum intellectum *l. quod Nerva. 32. ff. depos.* in utroque hoc culpæ genere depositarium obligatum esse, nemo est, qui dubitat, videatur *Caroc. de depos. part. 1. casu. 8. tit. de culpa depositarij. num. 10.* quia tamen circa casus specificos DD. opiniones tam variabiles sunt, ut quidam plura, quàm tria genera culparum faciant, nempe latam, latiorem, latissimam, levem, leviorem, levissimam, &c. Per nescio quales gradus comparativos, de quibus Grammatici certant, & jura nostra ne somniârunt quidem, rectè judicio nostro res judicis arbitrio comittenda est, qui omnibus contingentiarum circumstantiis benè examinatis gradum culpæ boni viri arbitrio dimetiatur, idem *D. Rath. loc. cit. n. 48.* Exempla vide apud eundem *D. Rath. loc. cit.* & *D. Manz. ad dict. §. 3. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. n. 6.* Ex quibus benevolus Lector facilè in quolibet casu dijudicandi regulam, mensuram, & cynosuram accipere possit

Quod attinet ad levem culpam, communis DD. opinio est, quòd is dicatur levem culpam committere, qui non adhibet tantam curam, diligentiam, ac custodiam in rebus alienis, quantam adhibet diligens paterfamiliâs secundùm communem hominum naturam in rebus proprijs. *Schneidew. ad principium. tit. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. n. 39.* vel ècontra, cùm quis id facit in re aliena, quod nullus diligens paterfamiliâs faceret in re propria, vel cùm non intelligit, quod quilibet diligens paterfamiliâs. *Ant. Matth. disput. 18. n. 32.* & *Schneidew. loc. cit. num. 39.* Ex quo sequitur, quòd *D. Balthasar. ad hunc tit. resol. 2. n. 4.* non benè dicat, depositarium committere latam culpam, quando rebus depositis non eandem præstat diligentiam, quam præstat rebus proprijs, per *l. quod Nerva. 32. ff. depos.* quia hoc textus nullo modo dicit, sed tantùm, quòd depositarius fraude carere non videatur, qui minorem diligentiam rebus depositis, quàm suis adhibuit, quod idem est, acsi diceret, præsumitur esse in dolo, quod clariùs exsplicat *Gregor. Pontif. in cap. 2. x. de depos.* Ubi hæc verba habentur: Bona fides abesse præsumitur, si rebus tuis salvis existentibus alienas amisisti, aliud est autem dicere, quòd quis sit in dolo, aut lata culpa, & aliud, quòd quis præsumatur esse, contra præsumptionem enim admittitur probatio in contrarium, quæ necessaria non est, quando quis dicitur in dolo, aut lata culpa esse, & quidem secundùm præcedentem articulum hæc præsumptio juramento depositarij, affirmantis se res proprias cum alienis amisisse, è medio tollitur, prout hunc textum exsplicat *D. Rath. in dict. dissert. jurid. de potiss. differ. assert. 23.* Et ex illo infert, depositarium nequaquàm in dolo, aut fraude esse, qui V. G. incendio per casum fortuitum exorto res proprias, saltem æquè pretiosas in salvo constituit, & depositas perire permisit, cùm utrasque salvare non potuerit. Debet igitur depositarius ad hoc, ut sub nomine latæ culpæ condemnari possit, aliquid facere, aut omittere, quod reliqui omnes non facerent, aut omitterent, aliàs non potest dici, de lata culpa convictus esse, & quamvìs præsumptio fraudis ex levi culpa, quando rebus suis salvis alienas perdidit, contra ipsum stet, ab illa tamen contraria probatione se exonerare potest, juxta exemplũ D. Rathij, si verificare possit, se utrasque, proprias scilicet, & depositas, saltem æquè pretiosas, simultaneè salvare non potuisse.

6 Utrùm autem depositarius etiam excusetur à præstatione latæ culpæ; quando ipsi à deponente conceditur facultas rem depositã pro arbitrio constituendi, Daß anvertraute Guet nach seinem Belieben zuverwahren / quæstio dubia est, quamvis enim inter partes contrahentes conveniri non possit, ne dolus præstetur, ut à nobis supra de commodato *Tit. 17. Art. 1.* deduximus, & pulchrè à *D. Rath. loc. cit. assert. 25.* deductum fuit, quoniam tale pactum esset contra publicam honestatem, & contra bonos mores, quia incitaret homines ad malè faciendum, nihilominùs tamen dubium non est, quòd pacto lata culpa etiam de futuro remitti possit, quod in effectu deponens facere videtur, quando custodiam rei suæ depositario pro arbitrio committit, cui tamen rectè contradicit *Caroc. de depos. part. 1. caus. 8. tit. de culpa depositi. n. 8. & 9.* Cùm depositario per ejusmodi pactum tantùm modus custodiendi pro libero arbitrio permittatur, quòd ille secundùm rectam rationem, & boni viri judicium juri, & legibus conformiter dirigere debet.

7 De levissima culpa, (quæ tunc committitur, quando quis eam non adhibet diligentiam circa res alienas, quam diligentissimus paterfamiliâs adhibere solet circa res proprias, vel non intelligit, quod quilibet diligentissimus intelligit. *Schneidew. num. 40.* & *Matth. thes. 73.*) depositarius non tenetur, nisi, ut supra jam diximus, se ultrò ad depositum obtulerit. Vel si de præstanda culpa levissima inter contrahentes convenerit. *l. si ut certo. §. nunc videndum. ff. commod. l. 1. §. si conveniat. ff. depos. §. 6.* Vel quando depositum in solius recipientis gratiam factum est. *l. si quis nec causam. ff. si cert. pet.* Et hujus ultimæ exceptionis pulchrum exemplum habemus in *l. si quis. 4. ff. de rebus cred.* Ubi dicit Juris-Consf:, si quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequàm emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem proficiscendi fortè habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses: Hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. Ratio clara est, quia depositum hoc irregulare transit in mutuum, ita ut depositarius non tantùm de levissima culpa, sed etiam ad casus merè fortuitos teneatur.

8 Quid si autem depositarius rem pro mercede, sive salario custodiendam susceperit, ad quam culpam tenebitur? Ratio dubitandi est, quia juxta priùs dicta, depositarius, qui rem gratis custodiendam suscepit, de Jure nostro statutario obligatur ex levi culpa. Ergo videtur dicendum, quòd in casu, quo pro custodia mercedem accipit, debeat duriùs obligari, & sic de culpa levissima teneri. Concordat text: in *cap. bona fides. x. de depos.* Ubi dicitur: Si te ipsum deposito obtulisti, vel si aliquid pro custodia recepisti, de culpa quoque teneris, atqui in casu, quo quis se ad depositum obtulit, tenetur etiam de levissima culpa, ut ad *Art. 1.* exsplicavimus, & ad diligentiam extremam, sive exactissimam, zu dem äussersten Fleiß. Ergo etiam qui pro custodia aliquid accepit, quoniam capitulum utrosque hos casus æquiparat. Sed hoc non attento dicimus, quòd depositarius, qui pro custodia aliquid accipit, tantùm teneatur de levi culpa, & non de levissima: Ratio est, quia tunc depositum fit irregulare, & transit in contractum locati, & conducti, in quo præstatur solùm culpa levis, & non levissima. Textus sunt expressi in dict: *l. 1. §. si vestimenta. 8. & l. si quis servum. 9. ff. depos.* Ubi dicitur, si vestimenta servanda balneatori data perierunt, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi tum teneri, & dolum duntaxat præstare debere puto, quod si accepit, ex conducto. Similiter in *§. 9.* dicitur: Si quis servum custodiendum conjecerit fortè in pistrinum (locus erat fatigationis, & molestiarum plenus, quasi di-

dicas: ein Zucht-Hauß) siquidem merces intervenerit custodiæ, puto, esse actionem adversùs pistrinarium ex conducto, si igitur tale depositum degenerat in conductum, ex regulis locationis, & conductionis dijudicandum est, & non ex regulis depositi, sicut in omni alio casu, quando depositum contrahitur utriusque contrahentis gratiâ, V. G. si tibi debeam mille florenos, & ne illos à me repetas, fortè de fide suspecto, trado tibi cleinodium, ejusdem, vel majoris valoris custodiendum, quamvìs enim hîc nulla merces intercedat, quia tamen hoc depositum factum est pro utriusque tam deponentis, quàm depositarij utilitate, & commodo, deponentis, ne præmaturè ad solutionem urgeatur, & depositarij, ut ex deposito in manibus suis existente de fide deponentis majorem spem, & fiduciam habere possit, alter alterutri ad levem culpam est obligatus.

Der Vierdte Articul.

SO Handwerchs-Leüthen / vnd Werch-Leüthen / ainig fahrend Haab / oder Guet / die zearbeiten / befolchen würdet / vnd solche in jhrer Gewalt / durch vnfürsehen Feuers-Brunst / oder einfallenden Gebäu / oder aber durch vngewohnlich Zufall / oder Gewalt der Wasser / oder der Feind / entfrembdet / oder schadhafft wurde / So soll derselb Handwercher oder Werch-Mann / dem Herrn deß Guets darumb nichts schuldig seyn / dañ sovil von solcher Haab darüber verhanden bliben wäre. Aber was ausserhalb jetzt-bestimbter Fäll / sich begibt / ist der Handwercher oder Werch-Mann schuldig / solch empfolchen Haab vnd Guet zu überantworten / vnd darzu allen Schaden daran erlitten / zegelten / vnd zewiderlegen.

SUMMARIA.

1. *Si quis opificibus, & artificibus res suas reficiendas concredat, an sit contractus locationis, & conductionis, vel depositi?*
2. *Qualis culpa in tali contractu præstetur?*
3. *Quando res immobilis alteri reficienda committitur, ex qua culpa talis operarius obligetur?*
4. *Si quis opificibus, & artificibus res de novo conficiendas concredat, an sit contractus emptionis ac venditionis, & non locationis?*
5. *An isti operarij teneantur etiam domino ad pretium deteriorationis?*
6. *Quando teneantur de casu fortuito, & ad omne damnum ex ipsorum mora?*
7. *In quibus casibus opifices, & artifices dicantur culpam committere?*
8. *An obligentur ad resarcitionem rerum reficiendarũ, vel conficiendarum furto ablatarum?*

MAteria de locato, & conducto in *Tit. 17.* propter affinitatem, & convenientiam (cùm uterque contractus idiomate Germanico designetur per verbum, Leyhen) cum commodato conjuncta fuit, cui nostra opinione fortè hic articulus comodè etiam inseri potuisset, quæstio enim est præliminaris, si quis artificibus, opificibus, & alijs quibuscunque operarijs res 1
suas conficiendas, aut resarciendas concredat, qualem contractum in effectu cum ijs ineat, an contractum locationis, & conductionis, an verò contractum depositi? Et videtur dicendum, contractum depositi, eò quòd hic articulus ponatur sub titulo depositi, von Güteren die zubehalten geben werden: Et inscriptio articuli sub rubro loquatur de re mobili fidei operario-

riorum, & artificum commissa. Von der Haab / die den Handwercheren / oder Werch-Leüthen / befolchen wird. Sed contrarium, quòd cum his hominibus celebretur potiùs contractus locationis, & conductionis, quàm depositi, putamus satis clarum, & certum esse, per rationem, quia nihil faciunt gratìs, sed omnia pro mercede, ubi autem merces intervenit, ibi agitur de contrahenda locatione, & non de constituendo deposito. Ex quo sequitur, quòd de jure communi ejusmodi opifices, artifices, & operarij teneantur tantùm ad levem culpam, *D. Rath. loc. cit. assert.* 55. Ubi dicit: Si quis fulloni polienda, curandáque vestimenta dederit, aut sarcinatori sarcienda, aut alijs opificibus alia quæcunque reficienda, illi non nisi le-
2 vem culpam præstare debeant, cùm tamen articulus noster solum casum fortuitum excipiat, & proinde hos homines ad omnem culpam, etiam levissimam adstringant, cujus rei ratio esse videtur, quia hi homines ipsa professione artis suæ censentur promittere majorem custodiam, curam, & diligentiam, quàm alij conductores ad exemplum cauponum, nautarum, & stabulariorum, qui, licèt pro hospitio, vectura navis, & pro stabulo mercedem accipiant, & sic ex contractu locati, & conducti obligentur, nihilominùs tamen non tantùm de dolo, lata, & levi culpa, sed etiam de levissima culpa tenentur, quibus fullones, sarcinatores, & similes personæ æquiparantur in *l. nauta. 5. ff. naut. caup. stabul.* Si autem non attenta hac æquiparatione cum D. Rath putes, quòd de jure communi tamen non nisi ad levem culpam teneantur, nihilominùs contractus cum istis hominibus initus pro rebus reparandis, & conficiendis ipsorum fidei concreditis manebit locatio, & conductio, & non erit depositum, quia planè ineptissimum esset, depositum pro mercede, & non gratìs, atque cum tali obligatione constitutum, ut in ea recipiens de levissima culpa teneretur, cùm aliàs in deposito non nisi dolus, & lata culpa præstetur. Dicemus igitur cum *Dom. Rath. loc. cit. assert.* 55. hac in parte inter jus commune, & jus nostrum sta-
Diff. tutarium differentiam esse, ut contractus locationis, & conductionis contra naturam suam ex jure nostro speciali etiam ad præstationem levissimæ culpæ fuerit alligatus.

3 Notandum tamen est, quòd articulus noster tantùm loquatur de rebus mobilibus, ejusmodi hominibus ad reficiendum concreditis. Si quis igitur rem imobilem alteri reficiendam, vel reparandam committat, V. G. murario, vel fabro lignario, reficienda tecta commiserit, hi operarij duntaxat obligantur ex levi culpa, cùm articulus de ijs nihil singulariter statuat, & consequenter contractus cum ijs initus remaneat sub dispositione juris communis. Quare autem dispositio de præstanda levissima culpa jure nostro provinciali restricta sit ad solas res mobiles, ista ratio esse videtur, quòd res mobiles opificibus, & operarijs committantur ad manus, & tradantur in illorum potestates, zu jhren Handen / vnnd in jhren Gewalt. Res verò immobiles remaneant in manibus locatoris, cujus causâ operarij ad majorem diligentiam, & custodiam obstricti sunt. Ex quo nostro judicio non malè inferimus, quòd illi opifices, & operarij, qui ostiatim suas operas locant, & vulgò dicuntur, auff der Stöhr arbeiten / non teneantur ad levissimam culpam, cùm ipsis res non credantur custodiendæ, sed remaneant apud dominum, & ipsi operatores noctu cum solis suis instrumentis fabrilibus domum dimittantur. Cœterùm, juxta articulum nostrum omnis vis major, & casus infortuitus, sicut jam sæpiùs diximus, spectat ad rei dominum, utpote, uti articulus noster enumerat, improvisum incendium, ruina ædificiorum, violentia aquarum, hostilis invasio, &c. Quæ tamen infortunia, ut sæpè diximus, vel publicè nota esse, vel probari debent, quod in rerum refectione, & reparatione nullam difficultatem habet.

Quid

Quid si autem ejusmodi opificibus, & operarijs res de novo conficiendæ credantur? Distinguendum est, an quis ejusmodi opificibus, & operarijs materiam pro novo opere conficiendo suppeditaverit, vel an cum ijs convenerit, ut ipsi materiam de suo suppeditent? In primo casu res expedita est, quia tunc agitur de nudo contractu locationis, & conductionis, & consequenter periculum casus fortuiti, & vis majoris spectat ad locatorem tanquam rei dominum. In posteriori casu res longè aliter se habet, quando enim cum altero convenio, ut mihi pro certa summa pecuniæ opus conficiat ex materia sua propria, V. G. sartor vestem ex suo panno, & alijs necessarijs materijs, re vera non agitur de contractu locationis, sed de contractu emptionis, & venditionis, & propterea, antequàm vestis actualiter fuerit confecta, & mihi tradita, periculum casus fortuiti, & vis majoris spectat ad sartorem tanquam panni dominum, quod quotidianum est in rebus pretiosioribus, utpote, si cum aurifabro conveniam, ut mihi ex auro suo, & lapidibus pretiosis conficiat annulum, monile, vel aliud quodvis cleinodium, non celebratur contractus locati, & conducti, sed empti, & venditi, ut ego extra periculum sim, donec mihi opus confectum tradatur, uti recordamur, nos jam ad *Tit. 2. Art. 5. 6. & 24.* deß Gandt-Proceß / & alibi dixisse. 4

Loquitur autem articulus noster non solùm de re, quæ penitùs perijt apud opificem, sed etiam, quæ apud eundem fuit deteriorata, nam, si deterioratio contigit casu fortuito, & vi majori, opifex à resarcitione damni immunis est, si autem culpam qualemcunque comisit, domino ad pretium deteriorationis eodem modo tenebitur, sicut tenetur ad pretium totius rei, quando ex integro perijt. Et, si ex integro non perijt, saltem pars illa restituenda est, quæ ex infortunio superstes mansit: Sovil von solcher Haab darüber vorhanden ist. 5

Ille casus non infrequens est, quòd ejusmodi opifices, & artifices suscipiant in se, vel novi operis confectionem ex propria locatoris materia perficiendam, vel antiqui operis refectionem, & reparationem certo tempore complendam, & tamen nihil minùs faciant, prout istud genus hominum fallacissimum, & mendacissimum est, quod illi vel maximè experiuntur, qui eorum operâ indigent: Anné de casu fortuito teneantur, si ille post tempus conventum evenerit? Et putamus, id dubio carere, mora enim culpæ species est, quæ, ut jam sæpiùs diximus, facit etiam, procrastinatorem morosum teneri de casu fortuito, E. G. quod nobis contigit, si quis cum altero conveniat, ut sibi domum ædificanti ad certum tempus viginti millia tegularum conficiat pro cooperiendis ædium tectis, & ipse quidem conficiat, sed pro majori lucello alteri vendat sub spe, quòd priori contractui etiam post tempus finitum adhuc satisfactionem præstare possit. Certè, si ingruat vehemens exundatio imbrium, & domino ædificij damnum inferat improvisum, talis procrastinator morosus ad damni resarcitionem obligabitur, si enim juxta articulum nostrum tales opifices, & artifices tenentur ad omne damnum, zu allen Schaden / quod ex culpa illorum subsequitur, tenebuntur etiam ad omne damnum, quod subsequitur ex illorum morosa procrastinatione, & maximè malitiosa, de quo exemplum nostrum mentionem facit, juxta *l. 1. §. sed interdum. ff. & cap. unic. x. de commod. l. in Asia. 12. §. ult. ff. depos. l. 5. ff. si cert. pet.* 6

Casus speciales, quando opifices, & artifices dicantur culpam committere, benevolus Lector plures ex legibus, si velit, colligere, & alios secundùm illorum decisionem regulare poterit, ut si, inquit Ulpian. in *l. item quæritur. §. si fullo. ff. locat.* fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures corroserint, si pallium permutaverit fullo, & alij alterius dederit, quia in primo casu debuit vestimenta sibi credita à corrosione murium cu- 7

ſtodire, & in ſecundo rerum ſibi concreditarum non ignarus eſſe. Item, ſi gemma aurifabro includenda annulo, aut ſculptori, einem Petſchier-Stecher / inſculpenda tradita, & ex imperitia facientis fracta fuerit, dict. *l. item quæritur. §. ſi gemma. ff. locat.* Quoniam imperitia culpæ ſpecies eſt, maximè ijs, qui artem publicè profitentur. Item, ſi ſartor, pellio, & hujuſcemodi alius opifex veſtem, aut aliud quodvis indumentum fecerit nimis breve, aut nimis anguſtum, & materiam ſibi datam incidendo deſtruxerit, aut res ſibi commiſſas deferendo in plateis amiſerit, aut domi ſuæ non benè cuſtodiêrit, ut à domeſticis, vel extraneis furibus ſurriperentur. In omnibus enim ejuſmodi, & alijs ſimilibus caſibus opifices, & artifices actione locati tenentur, in qua, ut diximus, de jure communi, præſtatur dolus, lata, & levis culpa, & de jure noſtro ſtatutario etiam leviſſima.

8 Multùm quidem diſputant DD. ad *l. ſi merces. 35. §. ult. ff. locat.* Quando tales homines teneantur, ſi ipſis res conficiendæ, aut reficiendæ furto ſubtractæ ſint, ſed ex diſpoſitione articuli noſtri hæc diſputatio ceſſat, quia, ut ſupra probavimus, in omni furto patrisfamiliâs culpa *ſaltem* leviſſima præſumitur, de jure autem noſtro ſtatutario opifices, & artifices tenentur de leviſſima culpa, ergo tenentur ad reſarcitionem rerum furto ſublatarum. Et hæc noſtrâ opinione cauſa eſt, quòd articulus noſter in recenſendis caſibus fortuitis furti non meminerit, eò quòd furtum ſine patrisfamiliâs negligentia ex præſumpta culpa leviſſima non fiat, hæc autem ad condemnationem illius jure noſtro ſpeciali ſufficiat, de qua materia videatur *Farinac. oper. criminal. part. 7. quæſt. 169. n. 12. cum multis ſeqq.*

Der Fünffte Articul.

Wirdet in jemands Gewalt ainig Haab / oder Guet / das jhm zubehalten geben iſt / mit Gericht / oder Recht verbotten / ſo iſt der / welcher ſolch Haab / oder Guet jnnhat / nit ſchuldig / die herauſʒzegeben / oder zu überantworten / es ſey dann das Verbott darvor entledigt.

SUMMARIA.

1. *An depoſitarius repetenti depoſitum exceptionem arreſti opponere poſſit?*
2. *Quid ſi ipſe depoſitarius arreſtum, vel ſequeſtrum petierit?*
3. *An quilibet depoſitario denunciare poſſit, ne depoſitum reſtituat, vel an requiratur prohibitio judicialis?*

Audivimus in præcedentibus articulis, quòd depoſitarius depoſitum ad petitionem ſine mora reſtituere debeat, cùm in actione depoſiti nulla exceptio admittatur, niſi retentionis pro neceſſarijs expenſis, nunc pro

1 coronide articulus iſte finalis adhuc unam exceptionem admittit, quam depoſitarius repetenti depoſitum legitimè opponere poteſt, nempe arreſti, ſive præcepti judicialis, ſi enim Titius apud Sempronium depoſuerit mille florenos, & mihi ex cauſa judicati, vel alio debito liquido, confeſſo, vel quarantigiato tantundem debet, poſſum ego à judice impetrare, ut depoſitum apud Sempronium arreſtetur, & detineatur, donec mihi à Titio ſatisfactio detur. Si igitur Titius hujus arreſti judicialis legitimè impoſiti inſcius depoſitum à Sempronio repetat, Sempronius rectè præceptum, & interdictum judicis opponit, quia judici parendum eſt propter publicam authoritatem. *c. 2. 4. 5. 6. x. de major. & obed. cap. quod quis mandato. 34. de R. J. in 6.* Ubi dicitur, illum dolo carere, qui aliquid facit ex mandato, vel authoritate judicis, cùm parere neceſſe habeat.

Aliud

Aliud nostro judicio dicendum esset, si ipse depositarius rem apud se depositam propter aliquam prætensionem judicis præcepto arrestare, vel sequestrare vellet, quia judex arrestum, vel sequestrationem tanquam in fraudem legis petitam recusare debet, prout ex *Modest. Pist. part. 3. quæst. 114.* pulchrè deducit *D. Rath. loc. cit. assert. 59. per totum.* Nisi fortè, & reconventionis liquida certitudo, & ex defraudandi effectûs periculo æquitas aliud exposcat, id est, ut clariùs dicamus, nisi circumstantiæ tales adsint, quæ depositarium à fraude legis excusent, & præsentissimum periculum demonstrent, quòd depositario ex dimissione depositi immineat, ut D. Rath ibidem exemplificat. 2

De jure quidem antiquo quilibet extraneus, cujus intererat, depositario denunciare potuit, ne depositum redderet deponenti, quæ denunciatio hunc effectum habebat, ut depositarius potuerit rem depositam retinere, donec deponens idoneè caveret, se eum, id est depositarium, defensurum. *l. penult. Cod. depos.* Sed an illa per *Novell. 88. & Auth. sed jam cautum est. Cod. depos.* correcta sit, magna est inter DD. controversia, sublata per articulum nostrum, qui depositario exceptionem retentionis non aliter concedit, nisi illi restitutio judicialiter fuerit inhibita. **Als wann jhme solches mit Gericht / oder Recht verbotten worden.** Ex quo sequitur, si depositarius rem depositam ob nudam alterius, V. G. debitoris, ob: vel denunciationem restitutionem depositi deneget, quòd deponenti ad omne damnum, & interesse obligetur. Videatur *D. Rath. loc. cit. assert. 58.* & *Ant. Perez. de depos. n. 14. & seqq.* Ubi sustinent, quòd depositario, cui à debitore deponentis denunciatio facta fuit, non obstante *Novell. 88. & dict. Auth. sed jam cautum est.* jus retentionis juxta dispositionem *l. si quis. 11. Cod. deposit.* nihilominùs remanserit, tametsi denunciationis prohibitio facta fuerit, cùm illa non concernat personam depositarij, sed tantùm personam denunciatoris, hâc pœnâ indictâ, ut, si quod damnum ex ea denunciatione deponenti contigerit, id resarcire denuncians debeat. Quô præsuppositô iterum notabilis est differentia inter jus commune, & jus nostrum statutarium, cùm jus commune adhuc hodierno tempore depositario ad denunciationem alterius jus retentionis concedat, donec sibi à deponente defendendi sufficiens cautio præstetur. De jure verò nostro statutario nullo modo retinere possit, nisi prohibitio judicis, quod arrestum vocamus, **mit Gericht/ vnd Recht** / accedat, de cujus prohibitionis judicialis effectu plura videbimus in titulo subsequenti. Videatur de hac difficultate *Mozz. de depos. rubr. de natural. depos. n. 31.* & *Caroc. de depos. tit. de casu. n. 71.* 3 *Diff.*

Deß XIX. Tituls

Von hinderlegten / oder sequestrierten Güteren / Item / von Arrestierung der Güter vnnd Persohnen.

Erster Articul.

Die gütliche Hinderlegung / Sequestration, oder Vertrauung der strittigen / so wol ligender / als fahrender Güter / beschicht / wann die streittende Parthehen / selbs auß gutem verglichnem Willen / ein strittig Guet zu einer von jhnen hierzu selbs erwöhlten dritten Persohn/einer oder mehr treuens Handen / hinderlegen / vnnd derselben solch Guet / so lang/

biß der Stritt sich endet / in Verwahrung zubehalten / alsò vertrauen / daß es nach Erörterung der Sachen / dem jenigen / welchem es durch Erkantnuß / oder in anderweeg zuerkent / oder zugeaignet würdet / soll folgen / vnd zustehen. Wann aber die Theil nit selbs auß freyem Willen / das strittig Guet jemand andern vertrauen / sonder die Obrigkeit / auß billichen / vnnd in Rechten gegründten Ursachen / erkennt / daß man das strittig Guet / einem dritten / zu seiner Verwahrung / vnnd Verwaltung / biß zu Erörterung deß Stritts / einantworten soll / solche Vertrauung / Befelch / vnnd Uberantwortung / ist ein Gerichtliche Sequestration, Verwahrung / vnnd Verwaltung.

SUMMARIA.

1. Quid sit sequestrum voluntarium, & necessarium?
2. An sequestrum fieri possit in rebus mobilibus, & immobilibus?
3. An solummodò in litigiosis?
4. An sequestrum à pluribus factum pro parte repeti possit?
5. Utrùm judex invitis partibus ad sequestrationem procedere queat?
6. In quo differant missio in possessionē, & sequestratio?
7. Præceptum judicis de re non alienanda, an sit cautio realis, vel personalis?

A Deposito jura nostra Statutaria transitum faciunt ad sequestrum, & arrestum, & inprimis quidem, quod attinet ad sequestrum, ea depositi species est, ut inquit Juris-Consult: Paulus in *l. 6. ff. depos.* & nomen suum à græco verbo, μεσεγγυος, hoc est interventor, desumit, cùm is, qui
1 sequestrum in se suscipit, quasi inter certantes medius interveniat. Illud autem duplex est, unum voluntarium, seu conventionale, alterum necessarium, seu judiciale. Voluntarium seu conventionale est, ubi inter partes hoc expresè agitur, ut res inter ipsos controversa committatur manibus, & custodiæ, unius vel plurium personarum, de qua, vel quibus litigatores amicabiliter conveniunt, ad hunc finem, ut lite finita, illi ex litigantibus restituatur, cui per sententiam judicialem, vel alio modo adjudicata, vel appropriata fuit. Ista est definitio sequestri voluntarij ex articulo nostro breviter desumpta, quæ ad amussim convenit cum *l. propriè. 6. l. ei apud quem. 5. §. 1. & seqq. ff. deposit. l. propter. 5. l. is penes quem. 6. Cod. eodem.* Et hæc semper fieri potest ante judicium, vel post illud cœptum pendente judicio. *l. 1. in principio. ff. deposit. l. si soluturus. 39. ff. de solut. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 70. Mynsing. cent. 5. observ. 35. n. 3.*

Necessarium verò, vel judiciale est, quod per judicem decernitur causâ cognitâ, etiam utrisque litigatoribus invitis, vel saltem altero eorum petente, sive postmodùm judex depositum ad manus suas, & judicialem custodiam recipiat, vel alteri custodiendum, & administrandum committat. Totus hic articulus nihil aliud in se continet, quàm utriusque hujus sequestri definitionem, & descriptionem. Ex quo tamen aliqua notanda sunt

2 Primum est, quòd sequestratio fieri possit non tantùm rei mobilis, sed etiam immobilis, juxta verba articuli nostri, So wol ligender / als fahrender Güter. Ratio est, quia in utrisque controversiæ, & litigia oriri solent, hæc unica autem ferè causa est adinventæ sequestrationis, ne lite pendente partes litigantes facilè ad arma deveniant, ut pluribus dicemus ad *Art. 3.* sequentem.

Et

Et hinc secundò, in definitione, seu descriptione sequestri dicitur, 3
der strittigen / so wol ligender / als fahrender Güter / quia regulariter aliàs sequestratio nec fieri solet, nec fieri potest, nisi super re controversa, & litigiosa. Licèt enim sequestrum voluntarium, quod fit ex conventione partium, semper, & ubique, omni tempore, & in omni casu fieri possit. *l. 1. in princ. ff. depos. l. soluturus. ff. de solut.* Tamen semper præsupponitur lis, & controversia subesse, aliàs enim non esset sequestrum, sed depositum à pluribus factum. Et hæc est prima differentia inter sequestrum, & depositum. Cùm depositum possit fieri ab uno, sequestrum autem non nisi à pluribus, quia supponit rem litigiosam, litigium autem plures personas præsupponat, cùm nemo cum se ipso litiget.

Notabile tertium est, quòd sequestrum fieri possit non tantùm ad u- 4
nius personæ, sed etiam ad plurium personarum manus, & illius effectus est, ut neque à singulis sequestrantibus separatim durante lite repeti, nec à pluribus depositarijs, nisi conjunctim, & in solidum lite finita eidem restitui debeat, qui pro se victoriam obtinuit, cùm ècontra (quæ est altera differentia, inter sequestrum, & depositum) depositum à pluribus factum à singulis pro parte repeti possit, ut supra exsplicavimus, & hujus rei ratio est, quia, quando litigium, sive controversia est inter plures, quilibet rei possessionem prætendit in solidum, ergo pro parte restitutio fieri non potest, sed litis exitus exspectandus, & res sequestrata eidem restituenda est in solidum, cui in solidum fuit adjudicata. *D. Rath. loc. cit. assert. 61. sub litt. C.*

Quartum notabile est, quòd, si partes de re sequestranda inter se con- 5
venire non possint, nec velint, judici tamen liberum sit, ex justis, & in jure fundatis causis, & rationibus, **auß billich/ vnd in den Rechten gegründten Ursachen /** rem litigiosam sequestrare, quamvis enim regulariter omni jure tam civili, quàm canonico prohibitum sit, partibus invitis processum à sequestratione incipere, sed justum sit, ut petitor priùs viâ ordinariâ experiatur, & de jure suo doceat, antequàm patiatur judex, possessionem adversarij impetere. *l. un. Cod. de prohib. sequest. cap. ult. caus. 11. quæst. 1.* tamen plurimi casus sunt, in quibus judex tam in ipso litis principio, quàm etiam post ejus contestationem ad sequestrationem procedere possit. De quibus, iisque potioribus, dicemus in *Art. 4.*

Sequestrationis affinia remedia sunt, arrestum, quod propositus noster titulus cum sequestratione in rubro connectit, de quo paulò post plura sequentur.

Secundum remedium affine est, missio in possessionem ex primo de- 6
creto, & missio ex causa judicati, sed in hoc sequestratio, & missio in possessionem substantialiter differunt, quòd finis sequestrationis longè alius sit, quàm finis missionis in possessionem. Sequestratio enim fit, ut jus partibus conservetur integrum, & illibatum, & in eo statu permaneat, in quo mota lite invenitur constitutum, nihil igitur uni parti tribuit, aut alteri demit, sed utrisque assecurationem facit, ut unaquæque magìs certa sit, in eventum victoriæ de recipienda re litigiosa, & controversa simul cum fructibus. *l. is penes quem. Cod. depos. l. si in Asia. §. cùm sequestro. ff. deposit.* adeò, ut possessio rei sequestratæ maneat apud priorem possessorem, & nuda custodia sit penes tertium, *l. interesse. in fin. ff. de acquir. possess.* prout paulò post meliùs exsplicabimus. Videatur interim *D. Rath. loc. cit. assert. 62.* Missio autem in possessionem ex causa rei judicatæ tribuit creditori jus reale pignoris, de cujus effectu diximus supra *Tit. 15. & 16.* Propiùs ad sequestrationem accedit missio in possessionem ex primo decreto, quæ fit solius rei servandæ, & custodiendæ causâ, quoniam videtur idem finis, & effe-

ctus esse, sicut sequestrationis. *Rosbach. pract. civil. tit. 31. n. 1. & n. 14.* Sed planè utriusque actûs diversa intentio est, nam per missionem quamcunque possessio quædam in creditorem transit. *l. à divo Pio. §. si rerum. ff. de judic. l. is cui. §. missus. ff. ut in possess. legat. servand. caus.* quæ in sequestratione manet apud priorem possessorem, & proinde nec sequestratio voluntaria, & conventionalis, nec sequestratio necessaria, & judicialis circa personas litigantes quidquam immutat. Immissio autem quæcunque fit ad hunc effectum, & finem, ut uni ex partibus litigantibus in partis collitigantis præjudicium ad coërcendam ejus contumaciam, vel ex alia justa causa, aliquid novi juris aquiratur: Ut per immissionem ex causa judicati jus reale pignoris, per immissionem ex primo decreto jus aliquod possessionis, vel tenutæ, aut certè etiam ex secundo decreto (pro ratione, & qualitate actionum) jus percipiendi fructûs: Ita ut brevi via observato juris ordine, collitigator ad rei possessionem, & adjudicationem dominij pervenire possit, quod in causa sequestrationis nec intenditur, nec impetratur. Uti benevolus Lector in jure informatus facilè intelligit, cui de ratione hujus differentiæ ulteriùs quid in medium afferendi nulla necessitas est.

7 Tertium affine remedium est, præceptum, sive prohibitio judicis de re non alienanda; Verùm, quoniam ista præcautio solùm personalis est, quæ innititur authoritate judicis, altera autem realis, quæ innititur rei, nulla exinde comparatio est. Plura de his differentijs articuli nostri terminos egredientia inveniet Lector apud *Coler. de process. execut. part. 3. cap. 11. n. 44. & seqq. & n. 88.*

Der Ander Articul.

ISt jemand von den streittenden Partheyen zu einem Sequester, mit sonderen Pacten vnd Gedingen erwöhlt / soll es bey solchen Gedingen allerseits verbleiben / vnd darwider nit gehandlet werden; Da aber dergleichen Geding nit fürgangen / sonder ohne dieselbige einem dritten / das strittig Guet zu seinen treuens Handen vnd Verwahrung / durch die Partheyen / oder den Richter empfolchen / vnd gegeben worden / soll derselb solch Guet mit allen desselben Nutzungen / Einkommen / Renten / Zinsen / vnd anderen Zugehörungen also verwahren / vnnd verwalten / wie sonsten ein jeder Verwalter frembder Güter / von Rechts wegen zuthun schuldig ist. Wie Er dann auch vmb solch sein Verwaltung gebührende Rechnung thun / vnd sich in seiner Administration also verhalten soll / damit das strittig Guet nit geschmälert / noch gemindert werde / sonder sambt allen auffgehabnen Nutzungen / nach erörtertem Stritt / dem obsigenden Theil / alsbald möge eingeantwortet werden; Da auch der erwöhlte Sequester in seiner Verwaltung gefährlich / oder auß mercklichem Unfleiß / was versaumet / welches dem obsigenden Theil zu Schaden geraichet / soll er sich mit demselben / deßhalben zuvergleichen schuldig seyn.

SUMMARIA.

1. *Ad qualem custodiam sequester obligetur?*
2. *Annon sequestrum conventionale sit species depositi, & ex illo detur actio depositi sequestraria?*

3. & 5.

3. & 5. Utrùm etiam sine mora, lite finita, sequestrum sit restituendum, & an in eo eadem culpa præstetur, quæ in deposito?

4. & 6. An sequester obligetur ad omnia illa, quæ cuilibet administratori rei alienæ incumbunt, ut nimirum præstet annuas rationes, &c.?

JUstificato igitur processu sequestrationis, statim subsequitur illa quæstio, 1
quod officium sit illius, vel illorum, qui sequestrum in se susceperunt? Oportet enim, ut sequester non minorem fidelitatem præstet, quàm depositarius, qui rem in suam custodiam, & asservationem suscepit. *l. is penes. 6. Cod. depos.*

Prima igitur regula est, ut sequester, qui vel ab ipsis partibus, vel à judice rem litigiosam sibi in sequestrum commissam certis conditionibus, mit sonderen Pacten / vnd Gedingen / accipit, illas exactè observare debeat. *l. licèt. 16. §. 1. l. propriè. 7. l. 1. §. sæpè. 35. ff. depos.* Sæpissimè enim diximus, quòd pacta contractus, & omnes conventiones informent, & ijs regulam, & naturam tribuant. *l. 1. §. si quem. 6. ff. depos.*

Deficiente autem pacto in sequestro voluntario, vel deficientibus conditionibus in sequestro judiciali, quæstio oritur, qualis inter eum, qui sequestrum procurat, vel imperat, & alium, qui sequestrum suscipit, oriatur obligatio, & quatenus, & in quantum sequester ex mala gubernatione, & administratione teneatur?

Quod attinet ad sequestrum inter ipsas partes conventum, certum est, 2
quòd oriatur contractus depositi, ut enim jam supra diximus, sequestrum est species depositi: Quod igitur dicitur de genere, idem intelligendum est etiam de specie. Datur igitur contra illum, vel illos, qui rem litigiosam, & controversam custodiendam, & asservandam in se receperunt, actio depositi (ut eam Juris-Consult: Pomponius in *l. si in Asia. 12. §. cum sequestro. 2. ff. depos.* vocat) sequestraria, in quam omnia veniunt, quæ supra venire diximus in actionem depositi. Confirmatur hoc in *l. ei apud quem. 5. in sequestrum. 1. ff. eodem.* Nulla ergò necessitas est, ut pro sequestro aliam actionem excogitemus, prout quidam faciunt, qui actioni præscriptis verbis locum esse asserunt, quos refutat *Gædd. de sequest. cap. 1. n. 152. & seqq.* quamvìs non negemus, quòd finito sequestratoris officio ei, qui victoriam obtinuit, si velit, & dominium probare possit, etiam actionem rei vindicatoriam instituere liceat. *l. bona fides. 31. ff. depos.*

Diximus de sequestro voluntario, an autem actio depositi sequestraria etiam in sequestro necessario, & judiciali locum habeat, videbimus in articulo sequenti.

Præsupposita igitur obligatione, & actione depositi, sequentes illationes 3
facilè deducuntur. Prima est, quòd lite finita sequester rem litigiosam sibi commissam sine mora, & exceptione, von Stund an / ohne Verzug / vnd Widerred / restituere debeat, juxta illa, quæ in præcedenti titulo de deposito diximus. *Gædd. de sequestro. cap. 2. num. 152. Caroc. de sequest. part. 4. quæst. 5.* Secunda est, quòd restitutio debeat fieri cum omnibus fructibus, reditibus, censibus, & alijs accessionibus, & pertinentijs, mit allen Nutzung / Einkommen / Renten / Zinsen / vnnd anderen Zugehörungen. Tertia 4
illatio est, quòd, si res frugifera in sequestrum data fuerit, sequester debeat præstare annuas rationes, mueß vmb solch sein Verwaltung gebührende Rechnung thuen; Ex quo sequitur, quòd non habeat tantùm nudam custodiam rei, sed etiam administrationem, ita, ut non solùm actione depositi, sed etiam mandati, conveniri possit, quod maximè convenit sequestro judiciali, in rebus immobilibus, quæ durante lite alicui tertio communiter non tantùm asservanda, & custodienda, sed etiam administranda

da committuntur, qui consequenter ad illam diligentiam de jure obligatus est, ad quam quilibet alius administrator actione mandati tenetur, ut paulò post videbimus. **Wie sonsten / inquit articulus, ein jeder Verwalter frembder Güter / von Rechts wegen zuthuen schuldig ist.** Quarta illatio est,
5 quòd sequester ad casum fortuitum non obligetur, nisi illum ex conventione in se receperit. Ratio est sæpiùs allata, quòd casus, & periculum spectet ad rei dominum. Tenetur tamen ex dolo, & lata culpa, quæ est quinta illatio, tametsi solam rem infrugiferam in sequestrum acceperit. Ratio est, quia in contractu depositi de jure communi præstatur dolus, & lata culpa, ergò etiam in sequestro, quod est species depositi. Quia tamen in præcedenti titulo demonstravimus, de jure nostro statutario in deposito præstandam esse etiam culpam levem, ideò nullum dubium est, quin præstatio culpæ levis etiam sequestro incumbat, *D. Rath. loc. cit. assert. 76.* quod convincunt verba articuli nostri, quæ statuunt, ut electus sequester, si quid periculosè, vel ex notabili culpa, **gefährlich / oder auß mercklichem Unfleiß /** neglexerit, parti victori ad omne damnum teneatur, in quo supra jam annotata differentia inter jus commune, & jus nostrum Provinciale repetitur. *Diff.* Singulariter quoque hìc notandum est, quòd articulus solummodò loquatur de culpa omissionis, **von einem Unfleiß / oder Versaumbnuß /** nam, si sit culpa commissionis, tenetur etiam de levissima, non quidem actione depositi sequestraria, sed actione legis Aquiliæ, ut jam alibi diximus, & suo loco fusiùs deducemus.

6 Diximus, quòd is, qui sequestrationem in se suscepit, teneatur rem cum fructibus restituere. Quod ita intelligendum est, si fructus servando servari possunt; Nam, si periculum sit, quòd medio tempore, quo lis durat, fortè perituri forent, ipsius officio incumbit, ut maturè distrahat, ne damnificetur ille, cui suo tempore restitutio facienda est. Confirmat hoc articulus noster in verbis, quòd sequester ad omnia illa obligatus sit, ad quæ quilibet administrator rei alienæ obligatur, inter quæ præcipuum est, ne res, quæ servando servari non possunt, morâ, culpâ, aut negligentiâ administratoris deteriorentur. *Caroc. loc. cit. part. 3. quæst. 21. per tot.* Benè autem sequester facit, si rem, quæ ætatem, & moram litis non fert, sed tempore fit deterior, vel omninò perit lite pendente, non proprio motu, sed judicis implorato officio ex judicio peritorum, quanti plurimi vendat, ut nihil ei à victore litis imputari possit. Ita monet *Dom. Gail. lib. 1. observ. 148. n. 3.* Hæc enim plerumque mundi gratitudo est, **ist der Welt Danck /** ut illis, qui ex amicitia talia officia gratis administranda suscipiunt, præstitum beneficium litibus compensetur.

Der Dritte Articul.

Welcher die Verwahrung vnd Verwaltung eines strittigen Guets / auff Ansprechen der streittenden Theil / selbs gutwillig / ohn ein Geding / auff sich nimmet / der mag deßhalben von rechts wegen keinen Lohn fordern. Geben jhm aber die Partheyen / oder der obsigend Thail ein Verehrung auß freyem Willen / die kann er wol annemen. Doch wo einer von der Obrigkeit zum Sequester verordnet ist / soll er die Verwahrung / vnd Verwaltung eines frembden Guets / vmbsonsten über sich zenemmen / nit schuldig seyn / sonder jhme nach Beschaffenheit der Güter / vnd seiner Mühe-Verwaltung / ein zimblicher / gebührlicher vnd leidentlicher Lohn / von dem Richter bestimmet / vnd erkennt werden.

SUM-

SUMMARIA.

1. *An sequestrum debeat esse gratuitum?*
2. *Si sequestro finito pars victoriam obtinens sequestrario honorariũ offerat, an illud accipere possit?*
3. *An sequester necessarius restitutionem rei sequestratæ denegare possit, nisi sibi condignum salarium solvatur?*
4. *Annon ex sequestro necessario potiùs detur actio locati, & conducti, quàm depositi?*
5. *Quid intersit inter has duas actiones?*
6. *Qualiter judex congruum salarium sequestrario determinare debeat?*
7. *Annon etiam judex in sequestro voluntario recompensam determinare possit?*
8. *An sequestrum pro lubitu dimitti possit?*

QUòd depositum debeat esse gratuitum, dictum est in præcedenti titulo, nunc ergò convenienter quæritur, cùm sequestrum species depositi sit, an etiam illud debeat esse gratuitum? Et respondet articulus noster cum distinctione inter sequestrum voluntarium, & inter sequestrum necessarium. In sequestro voluntario juris est, ut sequestrario, id est, voluntariè suscipienti sequestrum, nullum debeatur salarium, quia talis officium amicitiæ præstat, quod debet esse gratuitum, & nullo pretio æstimabile, sicut de deposito diximus. Si tamen ab initio inter partes conventum fuerit, ut præstetur hoc officium in se suscipienti annua, vel menstrua quædam compensatio, fortè, quia cum custodia rei frugiferæ concurrit etiam laboriosa administratio, tunc utique hoc pactum servandum est, licèt naturam contractûs iste casus aliquo modo immutet, ut supra de deposito diximus, quod in utriusque tam deponentis, quàm depositarij gratiã initur; Quod, licèt irregulare sit, manet tamen depositum, quia non obstante pacto de solvenda sequestrario certa recompensa, nihilominùs partium intentio est, contractum depositi sequestrarij celebrandi, qui in reliquis ad veram naturam depositi restrictus sit; Et hoc videtur articulus noster satìs clarè approbare, qui disponit, quòd tunc tantùm sequestrarius mercedem, vel salarium exigere non possit, quando sequestrum sine pacto, & conditione, ohne Geding / in se recepit, ergo ex contrario sensu, si cum tali pacto, & conditione sequestro recipiendo consensit, ut sibi pro cura, & labore certa satisfactio detur, contractu depositi, sive sequestri de cætero in sua natura permanente, ejusmodi conventio accessoria servanda, & conventa satisfactio actione depositi sequestrariâ contrariâ peti potest. 1

Quid si autem nullum pactum de mercede, vel salario præstando factum fuerit, nihilominùs tamen sequestrô finitô pars, quæ victoriam obtinuit, sequestrario honorarium offerat, anné illud spontè sibi oblatum accipere possit? Et Respondemus, id dubio carere. *l. si remunerandi in princ. ff. mandat. l. litem. Cod. mandat.* cum quibus juribus articulus noster concordat, in verbis, Geben jhme aber die Partheyen / oder der obsigende Theil ein Verehrung auß freyem Willen / die kan er wol annemmen / quia honorarium ex post facto accedens, & spontè datum, sive oblatum, officium amicitiæ non immutat, ut supra ad *tit. de comod.* jam exsplicavimus. Textus est in *l. f. ff. depos. D. Rath. loc. cit. assert. 77.* Ubi dicit, licèt depositarius, si non aliter, quàm nummis acceptis depositum reddiderit, hoc ipso turpiter faciat, dum pro actu redditionis pretium recipit, quem gratìs facere teneretur, ita ut fidem quodammodò frangat, quasi restitutionem denegaturus, nisi extortam pecuniam deponens persolvisset, ut graviter Juris-Consult: in dict: *l. fin. ff. depos.* loquitur, quòd tamen hæc juris prohibitio honorarij spontè oblati non impediat receptionem. Et hanc doctrinam extendit 2

D. Rath ad ſequeſtrarium juſtè honorarium ſpontè oblatum accipientem; ſicut enim depoſitarius turpiter facit honorarium extorquendo, & donec ſolvatur, reſtitutionem denegando, ita etiam ſequeſter voluntarius eâdem turpitudinis notâ maculatur, ſi rem ſequeſtratam ſub prætextu alicujus recompenſæ non conventæ reſtituere recuſet.

Aliud eſt dicendum de ſequeſtro neceſſario, ſive judiciali, tametſi enim ſequeſter ad hoc ſuſcipiendum cogi poſſit, ſaltem ex conſuetudine ferè omnium curiarum, quoniam, ſicut reipublicæ causâ remedium ſequeſtrationis adinventum eſt, ne homines in rebus litigioſis facilè ad rixas, contentiones, imò etiam ad arma deveniant, ita etiam ſtudium publicæ pacis, & tranquillitatis requirit, ut judici poteſtas ſit, etiam invitos ad hoc officium ſuſcipiendum compellendi.

3 Sed quidſi aliquis à judice pro ſequeſtrario denominatus hoc officium ſpontè, & ſine ſalario in ſe ſuſcipiat, annè ſicut voluntarius ſequeſter teneatur, illud gratìs adminiſtrare, ita ut ſine turpitudinis nota reſtitutionem rei ſequeſtratæ denegare non poſſit, niſi ſibi condignum ſalarium *ſolvatur?* Ratio dubitandi eſt, quia etiam ſequeſtrum neceſſarium, ſive judiciale, ſpecies depoſiti eſt, cujus causâ actio depoſiti conceditur; Sed actio depoſiti non conceditur pro mercede, aut ſalario, niſi ſpecialiter inter partes ita convenerit, ut paulò antè diximus, cùm natura depoſiti ſit gratuita, ergò, &c. Deinde expreſsè ſtatuit articulus noſter, quòd nemo ad cuſtodiam, vel adminiſtrationem boni alieni, quod litigij causâ ſequeſtratur, gratìs ſuſcipiendam obligetur, ergò videtur dicendum, ſi quis ſpontè ſequeſtrationem judicialem in ſe ſuſceperit, ſibi imputare debeat, quòd ſibi non meliùs vigilaverit, cùm omnis depoſiti natura ſit, ut gratìs cuſtodiatur, & adminiſtretur, ad quam obligationem ſe videtur ultrò profiteri, qui conventionē de ſalario intermiſit. Sed his rationibus non attentis, putat *D. Rath. loc. cit. aſſert. 77.* officium ſequeſtri neceſſarij, & judicialis eſſe mercenarium, ita ut ſuſcipienti debeatur ſalarium, tametſi de eo conventum non fuerit. Ratio eſt, quia articulus noſter determinationem ſalarij judicis arbitrio committit: Sequeſtrario igitur neceſſe non eſt, ut ſibi per pactum vigilet, cùm judex ex diſpoſitione juris illi, cui officium ſequeſtrationis imponit, ex officio de congrua ſatisfactione providere debeat.

4 Quibus præſuppoſitis, recurrit nunc quæſtio, quam in præcedenti articulo de voluntario ſequeſtrario propoſuimus, an ſcilicet teneatur ex obligatione, & actione depoſiti? Tametſi autem ibidem concluſerimus, actioni depoſiti locum eſſe, etiam in caſu, quo contra naturam contractûs depoſiti de ſtipendio, ſive mercede ſequeſtrario præſtanda conventum fuit, hoc tamen in præſenti noſtra hypotheſi planè admittere neutiquam poſſumus. Ratio differentiæ eſt, quia in ſequeſtro, de quo agimus, neceſſario, & judiciali ex diſpoſitione articuli noſtri merces, ſalarium, ſtipendium, recompenſatio, aut quomodocunque ejuſmodi ſatisfactionem vocare velis, debetur ipſo jure: Igitur depoſitum non eſt, ſed in effectu locatio: Rectè igitur ſequeſtrarius judicialis pro recompenſa ſua agit actione conducti, ſive actione locationis contraria. Nec obſtat, quòd, ſi in ſequeſtro voluntario de mercede conventum fuit, ſecundùm ea, quæ paulò antè deduximus, actio depoſiti tamen locum habeat, nam inter utrumque caſum magnam differentiam eſſe, ad oculum patet, quia pactum de præſtanda mercede, ſive ſalario acceſſoriè venit ad contractum depoſiti in ſequeſtro voluntario, ideóque ejus naturam non immutat, ſed alterat, in ſequeſtro verò neceſſario venit ex diſpoſitione juris, quæ neceſſariò aliam naturam contractûs inducit.

Quæ-

Quæres, quid intersit, an sequestrum judiciale dicamus contractum depositi esse, vel contractum locationis? Et Respondemus, de jure communi utique multùm interesse, nam in contractu depositi præstatur tantùm dolus, & lata culpa, in contractu verò locationis, & conductionis mercenario præstatur etiam levis culpa. 5

At quod ad jus nostrum statutarium attinet, utique magnam differentiam non invenimus, cùm ex dictis etiam in contractu depositi præstetur culpa levis, quæ opinio tamen tam clara, & evidens non est, ut contradictione careat, melius est igitur, si actionem ex locato, & conducto præsupponas, quoniam in illa præstatio culpæ levis semper indubitabilis est.

Quale autem judicis officium sit in determinando congruo salario pro sequestrario judiciali, articulus noster non definit, sed utitur his tribus terminis, Daß es ein zimblicher / gebührlicher / vnnd leidentlicher Lohn seyn solle. Si velimus paucis intentionem legislatoris exprimere, rectè dicimus, quòd recompensa non debeat esse nimis modica, nec nimis magna. Nam verbum, zimblich / videtur excludere nimiam judicis parsimoniam, & verbum, leidentlich / nimiam judicis liberalitatem, tertium verbum, gebührlich / tanquam in medio positum designat, quòd æquitas semper medium locum tenere debeat, juxta versiculum: Medium tenuêre beati. Certè arbitrium judicis, ut articulus optimè disponit, dependet à qualitate rei sequestratæ, an magna, vel parva cura, labore, & defatigatione indigeat? Quia recompensa commensuranda est secundùm onus administrationis, ex quo per se clarum est, quòd rei frugiferæ administratio liberaliorem judicis determinationem, quàm rei infrugiferæ requirat, imò non parùm subsistimus, si res sequestranda nullam administrationem, sed solam custodiam, & asservationem requirat, an judex aliquid salarij, vel mercedis nomine sequestrario concedere possit? Ratio est, quia articulus, ubi disponit de sequestri satisfactione, semper utrasque particulas, Die Verwahrung / vnd Verwaltung / combinat, ex quo apparet, legislatorem magìs ad onus administrationis, quàm ad nudam rei custodiam respectum habuisse, præsertim, cùm sequestrum judiciale, ut sæpiùs diximus, species depositi sit, quod ob solam curam,& custodiam debet esse gratuitum. Videatur *Tyraquell. de retract. convent.* §. *4. gloss. 7. n. 7.* 6

Sunt quidem aliqui, qui putant, judicem etiam in sequestro voluntario sequestrario recompensam determinare posse, si res fuerit frugifera, & illius administratio præter curam, & custodiam labore indigeat: *Joseph. Ludov. decis. 51. num. 13.* Verùm hoc articulo nostro planè non convenit, qui simpliciter voluntarium sequestrarium depositario æquiparat, & ei extorsionem recompensæ denegat, nisi super hoc ab initio contractûs conventum fuerit, planè, si tam liberales esse velimus in recompensandis sequestrarijs, oportet contractum sequestri in aliam speciem transformare, & à regulis depositi expungere. 7

Illud autem verum est, quòd, si quis sequestrum voluntariè susceperit, vel hoc officium à judice constituto certo salario eidem impositum fuerit, non possit illud pro lubitu dimittere, per text: in *l. ei apud quem. 5. §. fin. ff. depos.* Nam hoc ipso officium sequestrationis judiciale vocatur necessarium, quia quis illud constituto salario invitus subire cogitur, si autem fuerit voluntarium, transibit in contractum, à contractu autem resilire non licet, nisi utraque parte consentiente, cùm contractus, qui ab initio sunt voluntatis, ex postfacto fiant necessitatis. *l. sicut. Cod. de act. & oblig.* 8

Der Vierdte Articul.

Nachdem / vermög der Rechten / die Gerichts-Proceß / von der Execution, vnd Vollziehung nit anzeheben / oder jemand / vnerkennten Rechtens / seines Innhabens zuentsetzen / soll kein Richter die Sequestrierung der strittigen Güter erkennen / vnd fürnemmen / es seyen dann zuvor rechtmässige Ursachen / darumben solches beschehen soll / fürgebracht vnd bescheint / Und wiewol deren im Rechten mehrerley seyn mögen / so sollen doch die Richter die Sequestration allein in folgenden Fällen erkennen / vnd fürnemmen.

Erstlich / da allen Umbständen nach die Gefahr wäre / daß der Innhaber deß strittigen Guets / solches in wehrendem Stritt möchte verthun / vnnd onwerden / oder solch Guet in desselben Händen zu Grund gehen.

Zum andern / wann der jenig/welcher das strittig fahrend Guet innhat / der Flucht halben in rechtmässigem Verdacht wäre.

Item zum dritten / wann die Partheyen also beschaffen / daß zubefürchten / sie selbs gegen einander Gewalt brauchen möchten. Es kundte dann die Besitzung solchen strittigen Guets / durch die in momentaneo possessorio eingezogene Erfahrung entschaiden werden; In welchem Fall alsdann die Sequestration billich zu vnderlassen.

Wurde aber jemand den andern / ausser der gesetzten Fäll / mit einer Sequestration beschweren / sollen sowol der Richter / als die Partheyen / sammentlich dem beschwerten / allen deßhalben erlittnen Schaden vnd Unkosten zuerstatten schuldig seyn / auch von dem obern Richter der Gebühr nach gestrafft werden.

SUMMARIA.

1. *Quot sint casus de Jure Bav: ex quibus sequestratio justè petitur, & decernitur?*
2. *Quid si periculum dilapidationis immineat?*
3. *An sufficiat, docere de dilapidatione per indicia, & verisimiles conjecturas?*
4. *Quid si talia indicia jam tempore contracti debiti adfuerint?*
5. *An sit justa causa sequestrationis, si possessor rei litigiosæ de fuga suspectus est?*
6. *Quomodò sit probanda suspicio de fuga?*
7. *An hoc tantùm intelligatur de rebus mobilibus, cùm imobilia fugâ subtrahi nequeant?*
8. *Utrùm hoc obtineat æquè in debito ad diem, vel sub conditione, quàm in debito puro?*
9. *An non sit casus permissæ sequestrationis timor armorum, tumultûs, & violentiæ?*
10. *An inter plebejos, & rurales homines vis armorum, & injectio manuum timenda sit?*
11. *Quot adhuc alij casus dentur, qui ob paritatem rationis, & convenientiam,*
12. *Vel ex capite arresti,*
13. *Vel ex speciali dispositione juris ad prædictos tres casus reduci possunt?*
14. *Si judex aliquem immatura sequestratione gravat, an teneatur ad omne damnum, & interesse, qualem item pœnam incurrat?*
15. *Quid sit remedium descriptionis; & an adhuc in usu?*

Quam-

QUamvis sequestratio judicialis, sive necessaria, ut ad *Art. 1.* diximus, sit de genere prohibitorum, ita ut tam judex, qui eam sine legitima causa decernit, quàm pars, quæ illam sine legitima causa petit, & impetrat, facilè impingere, & periculum condemnationis in omne damnum, & interesse parti læsæ refundendum incurrere possit, juxta *l. unic. Cod. de prohib. sequest. pecun.* imò, & notabilem pœnam, ut articulus noster in fine supplet, tamen de jure comuni plures causas esse, ex quibus sequestratio justissimè petitur, & decernitur, DD. unanimiter consentiunt. Quænam autem illæ sint, multùm inter se discrepant. *Berlich. lib. 1. conclus. 73.* Postquàm quatuordecim enumerâsset, addit, adhuc plures alias superesse, quarum decem iterum de novo in compendio subnectit, & in effectu viginti quatuor casus ponit, in quibus justè ad sequestrationem deveniri possit, de quibus omnibus etiam latè scribit *Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. ferè per tot.*

His tamen non attentis, articulus noster tantùm tres casus admittit, & 1 positivè disponit, ut solùm ex illis tribus, & non etiam ex alijs in jure communi comprehensis casibus judici fas sit, processum à sequestratione incipere, cujus rei ratio est, ne aliquis possessione sua, ejúsque commodis sine prævia causæ cognitione destituatur, textus, & interpretes in §. *retinend. poss. Inst. de interdict.* & ut diximus, processus ab executione inchoetur, juxta *l. 1. & seqq. Cod. de execut. rei judic.* juxta verba articuli, **Das Vermög der Rechten die Gerichts-Proceß von der Execution vnnd Vollziehung nit anzuheben / oder jemand vnerkennten Rechtens seines Innhabens zuentsetzen seye /** usque adeò, ut jura, etiam pendente jam judicio, sive in prima, sive in ulteriori appellationis instantia nihil innovari permittant, sed, ut omnia in suo statu relinquantur, severè constituant. *l. unic. ff. nihil nov. appell. interpos. & l. unic. Cod. in integr. restit. postul.* multò minùs ergò ante judicium cœptum ejusmodi innovatio, & immutatio statûs permittenda est. *D. Rath. loc. cit. assert. 64.*

Notat hîc incidenter D. Balthasar, irrepsisse in nostro articulo errorem, & legendum esse pro verbis, **Seines Innhabens zuentsetzen / in seinem Innhaben zubekümmeren.** Eò quòd per sequestrationem judicialem etiam de jure nostro statutario, ut paulò post videbimus, nemo possessione sua privetur, sed respondemus, id verum esse in legitima sequestratione, quæ fit ex causis justis, & in casibus à jure approbatis, ibi enim priori possessori jus suum possessionis manet illæsum, & illibatum, at, quando judex sine sufficienti causa ad sequestrationem procedit, impedit (utitur hoc verbo *Berlich. loc. cit.* valdè appositè) alterum injustè in sua possessione, & privat eum commodo possessionis, ut meritò hoc verbum, **Entsetzen /** locum habeat, & jura, quæ contra spoliatorem, **einem Entsetzer /** allegantur, etiam hîc commodè applicari possint.

Nos exsplicabimus in primis tres casus in articulo nostro propositos, ex quo apparebit, sub illorum generalitate etiam alios contineri, quos Berlich: Coler: & alij specialiter enumerant, & deinde videbimus, an isti tres casus ita præcisi sint, ut in nullo penitùs alio ad sequestrationem deveniri possit?

Primus igitur casus est dilapidationis, si scilicet ex omnibus circumstantijs appareat, debitorem egestate laborare, & ad inopiam vergere, vel 2 res in ejus manibus perire. *Gail. lib. 1. observ. 147. n. 3. & obs. 148. n. 2. Berlich. loc. cit. conclus. 73. num. 77.* Ubi notetur ex articulo nostro, licèt dispositio textûs in *l. un. Cod. de prohib. sequest. pecun.* tam in nigro, quàm rubro tantùm ad prohibitionem sequestrandæ pecuniæ numeratæ arctata sit, ac proinde in cæteris rebus non videatur admittenda, quòd tamen articulus noster in specie loquatur de omni re litigiosa, quæ, cùm æquè per pro-

dilapidationem debitoris, vel aliàs in manibus illius perire possit, quàm numerata pecunia, ita dubium non est, quin ipsa ratio dictet, ejusmodi res litigiosas non minùs, quàm pecuniàm ad sequestrationem trahi posse. Et hoc procedit in quacunque actione, sive reali, sive personali, sive de re mobili, sive immobili, sive de quibuscunque juribus incorporalibus, quia, cùm omnia hæc subjaceant periculo dilapiditationis, & perditionis, & pretio æstimabilia sint, ad hunc effectum, ne judicium fiat frustratorium, & delusorium, sequestrationi subjici possunt. *l. si prætor. Cod. de recept. arbit. l. ab execut. Cod. quor. appell. non recip.* Sola autem dilapidationis allegatio non sufficit, sed ea etiam probari debet. *Gail. lib. 1. observ. 147. num. 5. Berlich. loc. cit. conclus. 73. num. 81.* Non tamen, ut Juris-Conf: loquitur,
3 manifestis rationibus, sed probabilibus, & verisimilibus indicijs, & conjecturis, ex quibus consideratis omnibus circumstantijs, allen Umständen nach / periculum dilapidationis ita clarè appareat, ut judex ad decernendam sequestrationem justè moveri possit, veluti, si debitor sit perditæ vitæ, & malæ frugis, *Gail. dict. loc. n. 3.* si splendidè, & prodigaliter vivat, si definat possidere immobilia, & unum fundum post alium divendat, ita, ut plus in ære alieno, quàm in facultatibus suis habere incipiat, si creditoribus suis satisfactionem sæpiùs promittat, fidem tamen non servet, sed solutionem de tempore in tempus procrastinet, &c. Hæ enim, & similes circumstantiæ rectè justificant processum sequestrationis, ut videre est apud DD. qui de sequestratione scribunt, ubi integros cathalogos ejusmodi circumstantiarum conficiunt, utpote *Coler. loc. cit. part. 1. cap. 2. per totum. Gœdd. de sequest. cap. 2. Curt. de sequest. quæst. 6. Berlich. dict. conclus. 73. n. 80. & seqq. Caroc. de sequest. part. 2. quæst. 2.* Non tamen necesse est, ut pro decernenda sequestratione ex capite dilapidationis omnes à modò citatis DD. allatæ circumstantiæ, & conjecturæ simul concurrant, sed sufficit, quasdam, & quidem tam urgentes præ manibus esse, ut judex eas pro sufficientibus arbitrari possit, quoniam tota dijudicatio hac in parte ex judicis arbitrio pendet, nec dubitamus, quin etiam quandoque una sola circumstantia tam urgens, & evidens esse possit, ut judici decernendæ sequestrationis sufficiens argumentum, & causa esse possit. *Berlich. loc. cit. num. 95.* Nec opus est, ut ejusmodi indiciorum probatio fiat stricto juris ordine observato, in forma, ut dicimus, judicij, & per modum processûs. *Gail. lib. 2. observ. 44.* ne pendente processu probatorio debitor fugâ elabatur. De quo casu *Gail. loc. cit.* loquitur, vel dilapidatione sua rem litigiosam consumat; Nec obstant verba articuli nostri, allen Umbständen nach / quia hunc sensum non habent, quasi omnes circumstantiæ à DD. requisitæ debeant concurrere, sed, quòd illæ, quæ concurrunt, debeant periculum facere probabile, & verisimile, quòd si enim una, aut altera quædam circumstantia faciant quidem debitorem de dilapidatione, & vergentiâ ad inopiam suspectum, aliæ verò magìs urgentes superveniant, quæ debitorem à tali suspicione relevent, certè judex facilè ad decernendam sequestrationem (quia secundùm priùs dicta, de genere prohibitorum est) procedere non debet; Omnia itaque ex ejus prudenti judicio dependent.

4 Notabiliter tamen observandum est, an indicia, quæ debitorem de dilapidatione suspectum faciant, jam præfuerint tempore contracti debiti, vel primùm ex post facto supervenerint? Si priùs, judex ad sequestrationē devenire non potest, quia creditor sibi imputare debet, si scivit, debitorem ad inopiam vergere, & tamen illi credidit. In dubio autem præsumitur in creditore scientia, cùm quilibet debeat habere scientiam ejus, cum quo contraxit, prout jam alibi, nempè ad *Tit. 13.* der Land-Recht / nos dixisse reminiscimur. Si posterius, tunc ea locum habent, quæ hactenus pro justificanda sequestratione in casu dilapidationis in medium attulimus.

Secun-

Secunda causa licitæ, & permissæ sequestrationis necessariæ, sive judicialis, est fuga debitoris, vel potiùs justa suspicio de fuga. Wann der jenig / welcher das strittig Guet innhat / der Flucht halben in rechtmässigem Verdacht wäre. Tametsi igitur articulus noster tantùm loquatur de eo, qui rem litigiosam possidet, & de fuga ita suspectus est, ut judex juxta priùs dicta sufficientem causam habeat ad sequestrationē procedendi, tamen id, quod de fugitivo suspecto dicitur, multò magìs locum habet de actualiter fugiente. *l. ait prætor. 10. §. si debitorem. ff. quæ in fraud. cred.* quia, ut supra ad *Tit. 13.* diximus, actualiter fugitivus, sive cum licentia judicis, sive etiam, si copia judicis desit, propria authoritate capi, detineri, imò etiam in carcerem mitti potest. 5

Sicut autem in priori exceptione de debitore prodigo, & dilapidatore diximus, quòd sola allegatio dilapidationis non sufficiat, ita neque sufficit in hoc secundo casu nuda allegatio suspicionis de fuga, quoniam de claris fugæ indicijs constare debet, non quidem, ut ibidem notavimus, ex probatione judiciali per modum judicij, & processûs, omni numero absoluta, sed ita evidenti, ut de fuga judici vix dubium esse possit. V. G. Si apud debitorem suspectum res litigiosa inventa fuerit convasata, vel alia præparamenta quovis modo facta: Si debitor se ipsum subtrahat, latitet, ad judicium citatus non compareat, vagabundus sit, se creditorum oculis subtrahat, si se ad asyla Ecclesiastica, vel alia conferat, item, ut supra de dilapidatore diximus, si aliàs homo luridus, malæ vitæ, frugis, & famæ sit. Si in alijs causis conventus secesserit, judicium declinaverit, & in omnibus contumax fuerit, atque raró in faciem citari potuerit fugiendo judicium, & quæ similia sunt, quæ videri possunt apud *Cravet. cons. 847.* & apud *Boër. decis. 215. per tot.* In omnibus enim ejusmodi circumstantijs urgentibus judici permittitur, remedium sequestrationis aliàs de jure prohibitum adhibere, ne creditor in casu victoriæ apud debitorem nihil inveniat, sed, ut diximus, judicium fiat elusorium. 6

Loquitur articulus noster de debitore rei mobilis, in verb: Welcher das strittig fahrend Guet innhat. Ex quo sequitur, quòd in re immobili cautiùs procedendum sit; Ratio per se clara est, quia res immobilis fugâ subtrahi non potest, nisi fortè immobilia sint in loco periculoso sita, vel tam exigui pretij, & creditori ad solutionem non sufficientia, tunc enim possessio rerum immobilium debitorem de fuga suspectum non exonerat. *Cravet. dict. loc. num. 4. & seqq.* 7

Et hæc locum habent, ut scilicet sequestratio licita, justa, & permissa sit, non tantùm, quando debitum est purum, sed etiam, quando debitum est in diem, vel sub conditione, cujus dies nondum venit, vel conditio exstitit. *l. quæsitum. ff. de pignor. l. si debitori. 31. ff. de judic l. 1. Cod. de cond. ex leg. l. de restituenti. 3. Cod. commod. Schneidew. §. actio. 1. Inst. de actionibus. n. 15. Coler. dict. cap. 2. n. 124.* supposito, quòd de indicijs fugæ sufficienter constet, cur enim justissimum remedium sequestrationis non æquè proficere debeat ei, qui periclitatur de futuro, quàm qui periclitatur de præsenti? 8

Tertius casus permissæ sequestrationis est, quando super una eademque re, vel ejus possessione plures litigant, & partes ita constitutæ sint, ut timor subsit, ne deveniant ad mutuam vim, & arma, & tumultus oriantur, tunc enim judex potest etiam nulla parte petente ad sequestrationem rei, & possessionis litigiosæ procedere. *Berlich. loc. cit. num. 123. Mynsing. cent. 2. observ. 11. ordinat. camer. part. 2. tit. 21. §.* Ob auch in obberührten Fahl / rc. *Gail. lib. 1. observ. 5. n. 2. Mindan. de process. & mandat. cap. 45. num. 3.* Modò tamen metus armorum ex personarum qualitate verisimilis sit, wann die Parthenen also beschaffen / id est, si partes ad rixas proclives 9

sint,

ſint, vel aliæ circumſtantiæ concurrant, quæ timorem armorum, & violentiæ probabilem faciant, quia hac in parte, ut etiam in duobus præcedentibus caſibus monuimus, non requiritur probatio, in forma judicij, & per modum proceſsûs, ſed ob periculum moræ ſufficit ſummariſſima informatio. *Denais. in jur. camer. tit. 221. n. 7.* & quia effectus hujus ſequeſtrationis eſt, ut periculum avertatur,& quies, ac tranquillitas publica conſervetur, ideò, ſi hic finis extra ſequeſtrationis remedium obtineri poteſt, ad ſequeſtrationem deveniendum non eſt. Exemplum ponit articulus *in* caſu momentanei poſſeſſorij, de quo plura diximus in *Summario Proceſſu, Tit. 8. Art. 5.* Ita ut, ſi litigioſa poſſeſſio uni ex litigantibus, juxta dict: *Artic. 5.* ſummariſſimè adjudicari poſſit, judex potiùs hanc viam eligere, quàm ſequeſtrationis remedio per ſe odioſo uti debeat. Deinde, cùm in
10 Patria noſtra inter plebejos, & rurales homines vis, & manuum injectio, aut armorum apprehenſio timenda non ſit, putamus, quòd in hujuſmodi litigijs à ſequeſtratione omninò abſtinendum, & juri curſus ſuus ordinarius permittendus ſit; Et hæc probabiliter cauſa eſt, quòd articulus dicat, **wann die Partheyen alſo beſchaffen /** id eſt, ſi ſint potentes, ad rixas, *&* arma proclives, &c. quod periculum in hominibus plebeis, & ruralibus ceſſat, qui magìs inter ſe verbis, quàm armis litigant: Et timor armorum plerumque tantùm oriatur ratione juriſdictionalium, in quibus defendendis perſonæ nobiles plerumque tam obſtinatæ, & pertinaces ſunt, ut nullis mandatis judicialibus cedant, pro quibus compeſcendis vix aliud remedium, quàm ſequeſtrationis ſupereſt, ut videre eſt apud cameraliſtas ad dictam *ordinat. cam. part. 2. Tit. 21.* §. **Ob auch / ꝛc.**

Ab his igitur tribus caſibus, quos articulus ſpecialiter ponit, redimus ad ſupra jam propoſitam quæſtionem, an ergò in *omnibus alijs caſibus*, ſolis his tribus exceptis, ſequeſtratio prohibita ſit? Et affirmativè reſpondendum eſſe, convincere videtur particula taxativa *ſolummodò*, **allein /** cujus natura eſt, ut nullam extenſionem admittat, quia incluſio unius, eſt excluſio alterius. *l. cùm prætor. 12. ff. de judic. l. ait prætor. 7. §. ſed quod. 10. ff. de minor.* Et negativa univerſalis non admittit affirmativam particularem. *l. 2. Cod. de condict. incert. l. ex facto.* & ibi *Weſenbec. n. 6. ff. de hæred. inſt.* Verùm his non attentis, putamus, etiam alios caſus, ex triplici capite admittendos eſſe. 1. Si cum tribus in articulo noſtro poſitis convenientiam, & paritatem habeant 2. Cùm ſequeſtratio, & arreſtatio ex multorũ DD. ſententia ſynonima ſint. *Gail. de arreſt. cap. 11. n. 3. & 4. Coler. de proceſſ. execut. part. 1. cap. 2. num. 73. Pöckh. de jur. ſiſtend. cap. 1. num. 4.* ex capite arreſti. Et 3. Ex ſpeciali juris diſpoſitione quadam, quæ propriè ſequeſtratio non eſt, ſed ſpeciem aliquam ſequeſtrationis præſefert.

11 Ad primum quod attinet, jam ſupra diximus, quòd bonum mobile litigioſum ex diſpoſitione hujus articuli ſequeſtrari poſſit, ſi poſſeſſor illius de fuga ſuſpectus ſit, ex quo rectiſſimè noſtra opinione illationem fecimus, multò magìs ſequeſtrationi locum eſſe, ſi poſſeſſor cum bono litigioſo actualiter fuerit fugitivus, & in fuga deprehenſus. Similiter juxta diſpoſitionem articuli noſtri de dilapidatione urgentibus indicijs ſuſpectus ad ſequeſtrum trahi poteſt, in verbis, **Da allen Umbſtänden nach die Gefahr wäre.** An non ergò, ſi de dilapidatione in veritate conſtet, & quis notoriè prodigus, ſed pro tali nondum declaratus ſit, an non rectiſſimè inferimus, quòd pari modo ſequeſtrationi ſubjici poſſit? Cùm utique in utraque noſtra illatione talem in veritate eſſe, plus eſt, quàm talem ex legitimis indicijs, & circumſtantijs apparere. Sic, ſi hoſpes apud cauponarium divertat, &c, ut dicitur in proverbio, non ſoluto ſimbolo ore terſo diſcedere velit, utique res ejus rectè ſequeſtrantur, vel arreſtantur, quia pro fugitivo habendus eſt. *Coler. dict. loc. cap. 2. num. 249. Pöckh. de jur. ſiſt. cap. 3. num. 2.*

Ubi

Ubi dicunt, quòd cauponarius hoſpitum apud ſe divertentium bona, puta veſtes, equos, currum, & alias res etiam pro pretio unius, vel alterius tantùm prandij, vel cœnæ detinere poſſit, donec pretium fuerit ſolutum. Tametſi igitur hoc remedium detentio, ſive retentio vocetur, longè tutius tamen eſt, ſi cum magiſtratûs ordinarij authoritate fiat, & tunc reverà erit ſequeſtratio. Quia talis hoſpes fugitivo ſimilis eſt. Idem locum habet, ſi cauponarius pro hoſpite infirmo expenſas fecit, vel eum ſuis ſumptibus ſepulturæ tradidit, optimè enim facit, ſi rebus ſequeſtrationem accedente judicis authoritate injiciat, ne eluſo hoſpite ab hæredibus ejus extraneis diſtrahantur, & ſubducantur. *Berlich. loc. cit. num. 303.* Sic, ſi inquilinus, & conductor mercede non ſoluta ex ædibus conductis migrare, & diſcedere velit, rectè domino earum imploratio ſequeſtrationis competit, licèt jure pignoris, ut alibi diximus, res illatas, & invectas retinere poſſit, quia remedium ſequeſtrationis tanquam judiciale ſemper tutius eſt, quàm propria partis defenſio. *Schneidew. §. item ſerviana. 7. Inſt. de act. n. 19. Coler. loc. cit. n. 236.* quoniam hi omnes, & alij ſimiles caſus ſub periculo fugæ juſtificantur. Item certum eſt, quòd maritus, qui incipit ſuâ, & uxoris ſubſtantiâ malè uti, ad mulieris inſtantiam pro conſervanda dote, quæ favorabilis eſt, ſine multùm urgentibus depauperationis indicijs ex cauſa ſuſpectæ dilapidationis, ſequeſtrationi ſubjici poſſit. *Coler. loc. cit. n. 139.* niſi mulier ſciens, & prudens viro inopi, & prodigaliter viventi nupſerit. *Berlich. loc. cit. n. 111.* Videt ergò benevolus Lector, quàm multi caſus ſpeciales ad duos caſus noſtros generales de dilapidatione, & fuga ſuſpecta reduci poſſint. Sed hactenus propoſiti pro primo capite noſtræ aſſertionis ſufficientes ſunt.

Ad alterum caput arreſti, quod attinet, videbimus in ſubſequentibus articulis, quòd forenſis advena, vel extraneus in patria deprehenſus arreſtari poſſit, donec ſolvat, quod debet, vel rem, quam incola repetit, reſtituat. Hanc igitur arreſtationem alij comuniter ſequeſtrationem vocant, & in veritate ſequeſtratio eſt, quæ, licèt ſub tribus ſpeciebus noſtri articuli non contineatur, attamen licita, & permiſſa eſt, ut paulò poſt dicemus, ferè jure gentium, & omnium populorum conſuetudine. Cui adnumeramus, ſi quis debitor ex noſtra Provincia in aliam migrare, & domicilium mutare velit, nulla autem bona immobilia relinquat, iſte enim non minùs detineri, arreſtari, & cum rebus ſuis ſequeſtrari poteſt, donec creditori ſatisfaciat, quàm verus forenſis, & extraneus, vel ſi mavis, eum reducas ad debitorem de fuga ſuſpectum, & tunc idem obtinebimus, quòd in tali contingentia remedium ſequeſtrationis non attentâ particulâ *ſolummodo*, allein / juſtiſſimum ſit: *Heigius. part. 1. quæſt. 36. n. 20.* Prout etiam Ingolſtadij moris eſt, ut ſtudioſis diſcedentibus libri, & ſupellex excluſo privilegio *Auth. habita. Cod. ne filius pro patre.* imò & ipſi ſcholares arreſtentur, & ſequeſtrentur, donec urſos ſuos redimant hoſpitibus, & alijs creditoribus, maximè victum præbenti, dem Koſt-Herrn / in parata pecunia, vel datis pignoribus, aut fidejuſſoribus ſatisfactionem, vel ſecuritatem præſtent. *Coler. loc. cit. n. 126.* 12

Ad tertium caput deveniendo, exemplum habemus in *l. 1. §. jubet. 9. & ſeq. ff. de collat. bon.* Ubi ſtatuitur, quòd frater cum fratribus, & ſororibus ad ſucceſſionem in bonis paternis concurrens teneatur, bona priùs à parente accepta conferre, vel de ijs conferendis idoneè cavere, quod ſi non fecerit, bona ejus ſequeſtrari poſſunt, quæ tamen propriè ſequeſtratio non eſt, cùm jubeatur potiùs curator portioni ejus conſtitui, apud quem refecta pecunia, ut inquit textus (id eſt ex rebus, quæ ſervari non poſſunt, collecta) collocetur: Ut tunc demum recipiat, quod redactum eſt, cùm bona propria contulerit, quæ verba potiùs curatelam, quàm ſequeſtratio- 13

nem constitutam esse designant. Deinde distinguendum est, an frater collationem, aut satisdationem de conferendo, ex contumacia recuset? Et curatore, aut sequestratione opus non est, quia ipsi denegantur actiones: Si autem recusat propter inopiam, jam hoc ipso sequestrationi locus est, juxta ea, quæ diximus in hoc articulo ad primum casum dilapidationis, quamvìs hæc lex de sequestratione nihil, sed tantùm de constituendo curatore dicat. Simile exemplum est in *l. lites. 1. §. super. 1. Cod. de assert. tollend.* Ubi talis casus ponitur, quòd servus, qui hactenus pro mancipio habitus fuit, proclamaverit ad libertatem, dum autem judicium super causa liberali penderet, dominus sibi omne servi peculium restitui petijt, ad quod respondit Justinianus, peculium servi pro dispositione judicis in tuto collocandum, donec in causa liberali judicium terminetur, ubi hæc verba, *in tuto collocari* D D. pro sequestratione accipiunt, quæ tamen rectè etiam de depositione judiciali intelligi possunt. Et hujus rei specialis ratio est, cùm enim servus priùs, quando pro mancipio habebatur, possessor peculij non fuerit, Justiniano videbatur iniquum, ut ad libertatem proclamando possessionem peculij acquirat, & durante lite super conditione servili, commodum possessionis habeat. Et hinc Justinianus jubet, peculium in tuto collocari; Si vis, hanc collocationem in tuto propterea quoque demandatam fuisse, ne durante liberalis causæ judicio servus cum peculio auffugiat, rectè hanc collocationem in tuto sequestrationem nominabimus, & illam ad secundam classem articuli nostri suspecti debitoris de fuga referemus. Tertium similiter exemplum habemus in *l. ab executione. 5. Cod. quor. appell. non recip.* Ubi statuitur, ne ab executione sententiæ definitivæ admittatur appellatio, nisi in casu, si executor modum executionis excessit; Nam, licèt reus super excessu appellationem interposuerit, ab ipso tamen res litigiosa, si mobilis sit, auffertur, per specialem rationem, quòd injustum sit, ut res, super qua actor victoriam jam obtinuit, maneat in manibus rei propter solum excessum executionis appellationem interponentis, nec tamen etiam traditur actori, ne reo, si super excessu executionis sententiam obtinuerit, causa reddatur durior, & ob hanc specialem rationem statuerunt Imperatores, ut appellatione suscepta possessori res eadem detrahatur, & sequestro idoneo collocetur, reddenda ei parti, pro qua sacer cognitor judicaverit, hæc sunt verba dict: *l. ab executione. 5.* Si dicamus, hanc sequestrationem etiam ex hac causa admitti, ne reus intereà temporis, dum appellatio super excessu executionis pendet, rem dilapidet, aut fugâ subtrahat, sed pro securitate actoris, qui per sententiam potius jus acquisivit, in salvo maneat, possumus hanc sequestrationem ad unam ex duabus primis causis sequestrationis in articulo nostro approbatis commodè reducere. Sed, ne nimiùm evagemur, & ab articulo nostro recedamus, concludendo putamus, quòd quidem judicibus, & magistratibus ordinarijs non liceat, extra prædictos tres casus in articulo nostro specialiter expressos, & qui ab ijs necessariam dependentiam, vel cohærentiam habent, ullam sequestrationem decernere, quando autem ex speciali quadam ratione justa, & æqua, ut per aliquot exempla jam comprobavimus, ipsa lex sequestrationem inducit, certè, quin judex eam à parte imploratus justè observare possit, imò & debeat, non ambigimus.

14 Cautus tamen sit judex, sive magistratus, ne, si unam, vel alteram partem sine manifesta juris ratione speciali, immatura sequestratione gravet, juxta monitum articuli parti læsæ in omne damnum, & interesse condemnetur, &, ut articulus addit, apud superiorem judicem pœnam incurrat.

Quæ autem pœna sit injustè sequestrantis, articulus noster non determinat. Proinde nostra opinione superioris judicis arbitrio relicta manet.

Quid

Quid sit remedium descriptionis, quod in defectu sequestrationis sæpè admittitur, videri potest apud *D. Rath. loc. cit. assert. 72. & 73.* nos de illa proptereà nihil dicimus, quia articulus noster illius nullam mentionem facit, & vix ullus in Patria nostra descriptionis usus est; Putat quidem D. Rath, descriptionis hujus necessitatem esse in casu, quando revisio petitur in summario processu, vel illô finitô pars victa ad processum ordinarium provocat, ex ea ratione, quòd nemo ad processum ordinarium admittatur, nisi priùs sententiæ satisfecerit. Ut igitur suo tempore, si pars victa in revisorio, vel ordinario processu aliud obtinuerit, constet, quid eidem restituendum veniat, beneficium hoc descriptionis necessarium esse videtur: Sed, cùm in utroque casu victor beneficio executionis uti non possit, nisi sufficientem cautionem præstet, de restituendis victoriæ spolijs in casum succumbentiæ, ideò descriptio videtur supervacanea, præsertim, quando agitur de re particulari, vel etiam de certo corpore rerum, cùm acta judicialia executionis demonstrare debeant, quid in executionem deductum, & victori ad manus traditum fuerit, prout ejusmodi descriptionem fieri ex nuda causa revisionis, aut procesſûs ordinarij nunquam vidimus. Videatur *Tit. 10. Art. 3.* deß Sum̃arischen Proceß / & quæ ibidem diximus, interim hoc negare non possumus, si inter plures in judicio aliquo universali, V. G. petitione hæreditatis, familiæ herciscundæ, vel simili lis sit, & partes timeant, ne illa, quæ res hæreditarias possidet, tempore judicij unam, vel alteram distrahat, aut aliàs dissipet, descriptio per legitimum inventarium fieri possit, cùm in effectu sequestratio non sit, nec ipsa possessio, aut commodum possessionis alteri intervertatur, sed officio judicis hoc tantùm præcaveatur, ut res hæreditariæ maneant in salvo, & tempore litis finitæ de earum quantitate, & qualitate constare possit, ut uni, vel alteri colligantium pro quota sua hæreditaria, vel aliàs contingenti secundùm tenorem sententiæ debeatur. Quod D. Rath in tantum extendit, ut, licèt descriptio in causa appellationis interposita, vix possit ab attentato defendi, si tamen hæres ex edicto D. Hadriani, vel alio modo in possessionem mittatur, quæstione proprietatis ad contradictionis instantiam reservata, descriptio altera parte petente fieri debeat, ut suo tempore sciatur, quid, & quantum actori sit restituendum. 15

Der Fünffte Articul.

WAnn der Beklagt / gegen dem die Sequestration von Rechts wegen mag fürgenommen werden / vor / oder nach beschehener Sequestration, mit Borgen / oder mit Pfanden / (dann in disem Fall die Caution mit dem Ayd nit genug ist) solche Versicherung thuet / die nach Erkantnuß deß Richters genugsamb ist / Alsdann soll die Sequestration vnderlassen / oder da sie allberait beschehen / alsbalden wider auffgehebt / vnd abgethon werden.

SUMMARIA.

1. *An judex à sequestratione abstinere debeat, si reus cautionem congruam præstet?*
2. *An sufficiat cautio juratoria?*
3. *Si reus bona immobilia possidet, an nihilominùs teneatur, cautionem fidejussoriam, vel pignoratitiam præstare?*
4. *Præstita ista cautione, an insuper etiam satisdatio de judicio sisti, & judicatum solvi, peti & exigi possit?*
6. *Quæ cautio sit, & dicatur idonea?*

6. An etiam in casu ob metum armorum sequestratio omitti possit datis pignoribus, vel fidejussoribus?

7. Si sequestratus sequestrarium invadere, & spoliare ausus sit, an cadat jure suo?

QUomodò sequestratio licitè fieri possit, exsplicavimus in præcedente articulo: Nunc dicemus, quomodò etiam in casibus licitis impediri, vel legitimè facta dissolvi possit: Et hoc est remedium cautionis sufficientis, & idoneæ, circa quam sequentes positiones, sive regulas facimus.

1 Prima est, quòd judex à sequestratione omninò abstinere debeat, statim atque reus paratus est, pro re, quæ ipsi litigiosa efficitur, congruam cautionem, sive satisdationem præstare. Ratio hujus rei est, quia sequestratio tanquam odiosum, & extraordinarium remedium locum tantùm habet ad hunc effectum, ut res litigiosa salva, & in securo maneat: Atqui per præstationem cautionis idoneæ tanquam remedium ordinarium res constituitur in salvo, ergò extraordinario remedio sequestrationis opus non est. Ad hoc sunt textus expressi in *l. ult. Cod. de ordinar. cognit. l. si fidejussor. 7. §. 2. ff. qui satisdar. cog. l. Imperator. 21. §. ijdem. 3. ff. de appell.*

Et pro secundo, hæc cautio fieri potest fidejussoribus, vel pignoribus. *Gail. lib. 1. observ. 26. n. 6. & seq. Mynsing. cent. 5. observ. 35. n. 7.*

2 Nec tertiò, sufficit cautio juratoria, juxta clara verba articuli nostri in parenthesi comprehensa, **Dann in disem Fall / die Caution mit dem Ayd nit genug ist.** Licèt enim de jure communi valdè controversum sit, an non in casu, quo cautio fidejussoria, vel pignoratitia deficit, juratoriæ locus esse possit, propterea, quòd in dote juratoriam cautionem admittendam esse, optimi authores classici affirment, utpote *Gail. lib. 1. observ. 48. num. 5. Mynsing. cent. 2. observ. 11. Gædd. de sequest. cap. 2. n. 27.* per textum in *cap. per vestras. 7. x. de donat. int. vir. & uxor.* ubi *vers. cùm ergo satis, &c.* pro dote uxoris à marito ad inopiam vergente admittitur satisdatio quævis, quam præstare potest, sub qua doctores etiam juratoriam cautionem intelligunt, nihilominùs tamen, cùm articulus noster cautionem juratoriam penitùs excludat, neque illam in defectu cautionis fidejussoriæ, aut pignoratitiæ admittere possumus; Ratio est, quia planè per juratoriam cautionem apud hominem de dilapidatione, vel fuga suspectum (qui sunt duo præcipui casus licitæ sequestrationis secundùm articulum nostrum) nulla præstatur securitas, cùm eadem facilitate, quâ fidem frangit, & sequestrationi locum facit, etiam cautionem suam juratam frangere possit. Tutius est ergò, inhærere rei, quàm fidei personæ luridæ, vel suspectæ, nec obstat textus in dict: *cap. 7. x. de donat. int. vir. & uxor.* Quia ibi de juratoria cautione nihil dicitur, &, si sub verbis, *sub ea, qua potest, cautione.* intelligas juramentum mariti, dicemus, hoc in marito, vel speciale esse, eò quòd de jure communi fidejussio dotis non admittatur, vel certè per di-
Diff. spositionem articuli nostri correctum, qui simpliciter cautionem juratoriam pro impedienda, vel tollenda sequestratione reprobat.

Et hoc verum est, etiamsi persona, adversùs quam sequestrum factum est, sit persona honesta, ut prædicti DD. loquuntur, quia articulus noster non distinguit. Et certè quomodò persona de dilapidatione, & fuga suspecta dici potest honesta, & integra, cùm hoc ipso fides ejus ita vacillet, ut sequestrationi tanquam remedio odioso, & extraordinario locus detur? Debet igitur vacillantem fidem suam non juramento firmare, sed pignoribus, aut fidejussoribus, in quibus plus firmitatis est, quàm in ejus persona. Videntur nobis *DD. & D. Balthas. cum ijs hoc loco. n. 4.* contradictoria loqui, dum specialiter ad hoc, ut juratoriæ cautioni deferri possit, conjunctivè requirunt, ut reus sit persona honesta, & integra, atque NB. *non* suspecta, si enim non suspecta est (intellige de dilapidatione, aut fuga,

nam

nam de metu armorum paulò post aliud dicemus) sequestratio fieri nec debet, nec potest, ergò nullo remedio ejus impediendæ, vel tollendæ opus est.

Sed quidsi reus bona immobilia possideat, teneturné nihilominùs juxta articulum nostrum cautionem fidejussoriam, vel pignoratitiam præstare? 3
Ratio dubitandi est, quia DD. ad *l. sciendum. 15. ff. qui satisd. cog.* communiter docent, quòd ab onere satisdationis releventur, qui in loco judicij sufficientia bona immobilia possident. *Wesenbec. in parat. num. 11. ff. qui satisd. cogant. Zanger. in tract. de except. part. 2. cap. 21. num. 25. Rosbach. in prax. civ. tit. 45. num. 14.* Sed Respondemus, hoc ipso, quando quis de fuga, vel dilapidatione suspectus est, non censetur sufficientia bona possidere, quæ illum ab onere satisdationis eximant. Deinde prædicta regula, quòd possessor immobilium relevetur ab onere satisdandi per fidejussores, aut pignora, intelligenda est de satisdatione judiciali de judicio sisti, & judicatum solvi, hæc autem cautio, quam articulus noster pro impedienda, 4
vel relaxanda sequestratione requirit, est longè alia, ita ut continere debeat assecurationem de re illa restituenda, quæ in judicium venit, absque ulla procrastinatione in casu victoriæ, & hinc est, quòd non sufficiat simplex promissio, quæ in satisdatione de judicio sisti, & judicatum solvi à possessore immobilium accipitur, interposita scilicet stipulatione. *Marant. in suo speculo. part. 6. membr. 8. n. 3. Mynsing. ad §. sed hodie. 2. n. 5. Inst. de satisd.* Sed necessariò de re conservanda integra per pignora, vel fidejussores facienda. *Berlich. dict. conclus. 73. n. 134. & 135.* Nec videmus, quin, sicut reus non præstita hac cautione, pro liberatione à sequestro nihilominùs ad petitionem actoris convenientem cautionem de judicio sisti, & judicatum solvi obligatus est, ita etiam ècontra, quando per pignora, & fidejussores sequestrum impedivit, vel solvit, ex superabundanti satisdatio illa judicialis de judicio sisti, & judicatum solvi, peti, & exigi possit, cùm utræque cautiones, sive satisdationes sibi invicem non repugnent. Et ita putamus intelligendum esse *Mynsing. cent. 5. observ. 35. num. 8.* non prout eum intelligit *D. Balthas. loc. cit. n. 5.* ubi habet, si sequestratus immobilia possideat, quòd cautio de judicio sisti, intellige per interpositam stipulationem, sufficiat, sicut in omnibus judicijs sufficit, ubi reus convictus in loco judicij sufficientibus possessionibus provisus est, ut DD. ferè unanimiter volunt ad dict: *§. sed. hodie. 2. Instit. de satisd.* nam hoc in casu sequestrationis simpliciter verum non est, cùm enim juratoria cautio ab articulo nostro omninò rejiciatur, ad effectum impediendæ, vel tollendæ sequestrationis, multò magìs rejicietur nuda stipulatio, præsertim, cùm præsupponamus, timorem dilapidationis, vel fugæ subesse, à quo reus convictus non nisi pignoribus, aut fidejussoribus se exonerare potest.

Diximus hactenus semper de cautione idonea per fidejussores, vel pignora præstanda, si igitur quæris, quænam cautio dicatur, & sit idonea? 5
Respondet articulus, hoc judicis arbitrio relinquendum esse, qui commensurabit quantitatem fidejussionis, vel pignoris cum valore, & pretio rei, quæ in lite est, ut suo tempore res judicata in tuto sit; In fidejussoribus autem hoc maximè observandum est, ut non tantùm facultatibus, pro qualitate rei, quæ petitur, verùm etiam conveniendi facilitate sufficientes sint, ne habeant scilicet privilegium fori, vel propter potentiam difficilioris conventionis sint, prout annotant DD. ad dict: *§. 2. Inst. de satisd.* & *Zang. loc. cit. n. 18. & seq. Wesenb. in parat. n. 7. Rosbach. n. 11. & 20.*

A maxima, quam supra posuimus, sequestrationem impediri, & tolli, sive relaxari sufficienti data cautione per fidejussores, vel pignora, excipiunt communiter DD. tertium casum articuli præcedentis: *Si metus ar-* 6

morum ſubſit: Et hanc exceptionem omninò approbamus, ſi lis ſit in tali loco, & Provincia, ubi judicialis poteſtas prævalere non poteſt, uti in parte ſuperioris Germaniæ jam monuimus, eſſe quotidianum, ut potentia quorundam privatorum alios ſupprimat, antequàm ad judicem ſuperiorem, id eſt, Cameram Imperialem, vel Aulicum Conſilium recurſus haberi poſſit. Sed, quia planè in noſtris benè conſtitutis tribunalibus metus armorum ceſſat, poſtquàm ſequeſtratione facta alter per ſufficientem pignorationem, vel fidejuſſionem ita obligatur, ut in cancellis juſtitiæ, & proceſsûs judicialis manere, & ultra evagari ampliùs non poſſit, putamus, etiam in hoc tertio caſu ſequeſtrationem, vel omittendam, vel ſolvendam eſſe datis pignoribus, vel fidejuſſoribus, quoniam in benè conſtituta Republica ex poſt facto, quando primus furor litigantium per vigilantiam judicis, & legitimam compeſcentiam exacta ſufficiente cautione deferbuit, hæc cautela de continuanda ſequeſtratione ſupervacanea eſt, quæ nobis planè cauſa eſſe videtur, quòd articulus noſter ſimpliciter dixerit, ſequeſtrationem datis pignoribus, vel fidejuſſoribus relaxari: Nam, quod D. Balthaſ: & alij ex cauſis matrimonialibus adducunt, ad forum noſtrum civile, tanquam prorsùs alienum non facilè accomodabis.

Plura poſſent hîc de jure ſequeſtrationis in medium afferri, niſi ſtuderemus brevitati, ad quam articulus noſter nos reducit, cætera benevolus Lector facilè apud authores ſupra citatos de hac materia fusè ſcribentes inveniet, &, quod nobis deeſt, ſupplebit.

7 Unum hoc addimus, quòd, ſi debitor ſequeſtratus tam effrons ſit, ut etiam ſequeſtrarium invadere, & eum ſpoliare auſit, cadat jure ſuo, tametſi ſequeſtratio à judice injuſtè facta fuerit, de quo videatur *Gædd. de ſequeſt. poſſeſſ. axiom. 8. n. 92.*

Der Sechſte Articul.

Findet ein Innländer einen Gaſt / vnnd Außländer / zu deme er auß waſerley Urſachen etwas zeſprechen hat/oder deſſelben Haab vnnd Guet / in den Landen ze Bayrn / der mag ſolchen Außländer / oder ſein Haab vnnd Guet / vmb ſein Forderung vnd Anſprach / mit dem Rechten wol verbieten / biß ſo lang der Gaſt oder Außländer / den Innländer / ſeiner Forderung vergnügt / oder mit Borgen / oder Pfanden Verſicherung thuet / daß er in dem Land/vnd an dem Ort / wo das Verbott beſchehen / Recht nemmen / vnd was mit Urtel oder Recht erkennt würdet / erſtatten wölle.

SUMMARIA.

1. *Quomodò differat arreſtum à ſequeſtratione?*
2. *Quotuplex ſit arreſtum?*
3. *An non hoc jus arreſtandi, ſive ſiſtendi competat incolis contra forenſes ex qualibet cauſa, & actione reali, vel perſonali?*
4. *Utrùm creditor tantùm obligetur ad ſummariam fidem faciendam de ſua prætenſione?*
5. *An ſolvatur arreſtum datis pignoribus, vel fidejuſſoribus, & quomodò iſta cautio conſtituta eſſe debeat?*
6. *Quidſi forenſis immobilia in Provincia poſſideat, an relevetur ab onere ſatiſdationis?*
7. *An non tempore nundinarum forenſes ab omni arreſtatione immunes ſint?*

Ab

AB initio ad rubrum tituli diximus, jura ſequeſtrationis, & arreſti in eo conjungi propter magnam illorum convenientiam, & affinitatem, cùm maximè utrumque remedium adhunc effectum tendat, ut actori, ſive petitori præſtetur ſecuritas. Inter utrumque tamen hoc intereſt, quòd ſe- 1
queſtratio ſupponat rem actualiter litigioſam inter ipſos ſubditos, arreſtum verò prætenſionem ſubditorum contra forenſes maximè, & extraneos, ut ipſa ſubſequens exſplicatio magìs patefaciet. Sicut autem in prioribus articulis aliquoties monuimus, remedium ſequeſtrationis extraordinarium, odioſum, & de jure communi prohibitum eſſe, ita quoque de arreſtis idem dicendum eſt, cùm proceſſus ab executione incipi, poſſeſſor commodo poſſeſſionis, quod in perceptione fructuum conſiſtit, privari, & inſuper apud bonos viros notâ aliquâ ignominiæ, ſine qua arreſtatio rerum, & vel maximè perſonarum fieri non poteſt, affici debeat. In Germania tamen noſtra proceſſus arreſtationis in omnibus ferè Provincijs uſu, & conſuetudine receptus eſt, ut de illius validitate, aut juſtitia dubitare, & diſputare ſupervacaneum ſit, modò obſerventur ea, quæ ſecundùm cujuslibet loci ſtatuta, & obſervantiam juſtam, & legitimam neceſſaria ſunt.

Nec opus eſt, ipſam etymologiam nominis, aut deſcriptionem, & definitionem illius in medium afferre, quia res ipſa ruralibus, & plebeis hominibus, lippis, & tonſoribus magìs, quàm juris peritis nota, & cognita eſt, ut ſupra ad *Titulum 15.* de pignorationibus, von den Pfandungen / diximus, cum quibus materia arreſtationis plurimum participat. Scripſerunt de illa multi doctores ſingulares tractatus, & libellos, ut pretioſiſſimus Juriſ-Conſ: *Andreas Gail. de arreſt. Imper. Petrus Pöckh. de jure ſiſt. Sigiſmund. Dürfeld. de arreſt. Coler. de proceſſ. execut. Berlich. in ſuis concluſ. practicabil. concluſ. 74. 75. 76. & 77. part. 1. & plures alij.* quos benevolus Lector, ſi velit, pro pleniore informatione adire poterit, nos præciſè manebimus in exſplicatione articulorum ſequentium.

Inprimis igitur ex articulo noſtro apparet, duplex arreſtum eſſe, pri- 2
mum rerum, & ſecundum perſonarum, prout etiam *Berlich. loc. cit.* hanc materiam in duo diverſa capita, nempe de arreſto rerum, & arreſto perſonarum, dividit. Ex quo infertur, arreſtationem à ſequeſtratione plurimum differre, cùm perſona rarò ſequeſtretur, ſed tantùm res, ſuper quibus inter partes litigium eſt, niſi fortè de ſequeſtratione ſervorum, qui hodierno tempore ampliùs in uſu non ſunt, vel ſequeſtratione ſponſæ litigioſæ, cujus materiæ examinatio ad forum Eccleſiaſticum ſpectat, ſermo ſit. In materia verò arreſtorum proceditur tam adversùs res, quæ prorsùs liberæ, & nullo modo litigioſæ ſunt, quàm adversùs perſonas, ad hunc effectum, ut actori, ſive petitori pro prætenſione ſua ſatisfactio fiat, vel de judicio coram judice, ubi arreſtatio facta eſt, ſuſcipiendo, & judicatum ſolvendo pignoribus, vel fidejuſſoribus ſufficiens cautio præſtetur.

Notandum tamen eſt ſecundò, quòd hoc jus arreſtationis præcipuè 3
competat incolis, & ſubditis contra forenſes, & extraneos, Den Innländeren wider die Gäſt / vnd Außländer / cujus rei ratio eſt, quòd inter incolas, & forenſes magna differentia ſit. Incolæ enim in Patria noſtra facilè coram ſuo judice conveniri poſſunt, cùm ubique judicia ſuperiora, & inferiora ſint optimè conſtituta, & curſus juſtitiæ expeditiſſimus, quia verò coram alieno judice extra Provinciam litigare difficillimum eſt, ideò hoc remedium conſuetudine introductum fuit, ut debitori, & rebus ejus in Provincia, ubi deprehenditur, manus injici poſſit, donec vel ſolutione, vel cautione creditori ſatisfaciat. Et hoc eſt, quod vocant jus ſiſtendi

Notandum eſt tertiò, quòd ſecundùm articulum noſtrum jus arreſtandi extraneos, & eorum bona, competat ex qualibet cauſa, juſta, & legitima, & ex qualibet actione reali, vel perſonali, univerſali, vel particulari,

quia

quia ſemper eadem ſubeſt æquitatis ratio, ne creditor cum maximo ſuo præjudicio, & incommodo coram extraneo judice litigare neceſſe habeat. *Berlich. loc. cit. Pöckh. de jur. ſiſt. cap. 3. n. 1.*

4 Et licèt quartò aliqui velint, quòd creditori arreſtum concedendum non ſit, niſi ipſius prætenſio ſit liquida, certa, & indubitata. *Köpen. quæſt. 29. n. 16.* tamen hoc articulo noſtro non convenit, cùm arreſtatio fiat ad hunc effectum, ut extraneus debitor obligetur in Provincia ad ſiſtendum in judicio, & litem ſuſcipiendam, ex quo apparet, ſermonem articuli non eſſe de debito liquido, & certo, quia in tali debito nullæ aliæ partes judicis ſunt, quàm in exequendo: Sufficit ergò, ut creditor de ſua prætenſione ſummariam fidem faciat per oſtenſionem inſtrumenti, unius, vel alterius teſtis atteſtationem, vel ſimili alio modo, prout ſupra de ſequeſtratione diximus, ſi enim plenaria probatio in forma judicij requireretur, poſſet intereà debitor fugâ elabi, & ſic remedium arreſti inutile fieri. *Berlich. in deciſ. ſuis. aureis. deciſ. 107.* plura ad *Art. 8.*

Ne autem quintò, arreſtum perſonæ, vel rerum cum maximo debitoris damno in caſu, quo fortè extraneus cautionem fidejuſſoriam, *vel pignoratitiam* præſtare non poteſt, nimiùm protrahatur, rectiſſimè faciunt judices, ſi arreſtanti certum terminum præfigant, intrà quem actionem ſuam proponat. *Beſold. in theſaur. pract. verbo. arreſtū. verſ. quamvis autem. Moller. lib. 4. ſemeſt. cap. 11.* de qua abbreviatione proceſsûs dicemus in ſequenti *Art. 8.*

5 Sicut autem ſextò, juxta ſuperiùs dicta ſequeſtrum ſolvitur datis pignoribus, vel fidejuſſoribus, ita etiam, & multò magìs hoc modo arreſtum ſolvitur, quia arreſtum ſequeſtro durius eſt, cùm ſequeſtrum præſupponat, rem tempore ſequeſtrationis jàm fuiſſe litigioſam, arreſtum verò perſonam, vel rem hactenùs à lite immunem præſupponat. Vid. *Art. 8.*

Et hinc ſeptimò, etiam ad impediendum, vel relaxandum arreſtum juratoriā cautionem minimè ſufficientem eſſe arbitramur. Ratio eſt, quia illa ſecundùm dicta ad *Art. 5.* rejicitur in ſequeſtro, ergò multò magìs rejicienda eſt in arreſto, eò quòd articulus præſens ſecuritatem per fidejuſſores, aut pignora per expreſſum requirat.

Quomodò autem octavò, ulteriùs ejuſmodi cautio fidejuſſoria, aut pignoratitia conſtituta eſſe debeat, pluribus exponunt *Köpen. dict. deciſ. 35.* & *Modeſt. Piſtor. part. 3. quæſt. 110.* Ubi inter cæteras cautelas præcipua hæc eſt, ut cautio conſtituatur in Provincia, & ſi fieri poteſt, in loco, ubi judicium ab extraneo ſuſcipiendum eſt.

6 Quid ſi autem nonò, extraneus in Provincia bona poſſideat immobilia, annè ab onere ſatiſdationis relevetur? Et putamus, quòd non. Ratio eſt, tametſi enim poſſeſſio immobilium præſtet relevationem ab onere ſatiſdandi de judicio ſiſti, & judicatum ſolvi, quia tamen hæc cautio de impediendo, vel ſolvendo arreſto longè alia eſt, quàm ſatiſdatio, quæ requiritur in omnì proceſſu ad petitionem actoris, ut ſupra ad *Art. 5.* de ſequeſtro diximus, ideò ſola poſſeſſio immobilium ad tollendum arreſtum non ſufficit, ſed requiritur formalis cautio fidejuſſoria, vel pignoratitia, quarum ultimam debitor eò faciliùs præſtare poterit, quando præſupponitur, ſufficientia bona in Patria poſſidere, per quæ nexu pignoris, vel ipſi creditori facilè ſatisfacere, vel certè expromiſſorem comparare poterit. *Moller. lib. 2. ſemeſt. cap. 4. n. 13. Gail. de arreſt. Imper. cap. 3. n. 4. Mynſing. cent. 5. obſerv. 35. n. 7. Berlich. loc. cit. n. 169.*

Multa in hoc loco DD. Saxonici de effectu arreſti diſputant, & aliquas ſubtiles quæſtiones in medium afferunt, quæ exinde originem ſumunt, quia plerique hujus opinionis ſunt, quòd arreſtum creditori illud impetranti tribuat jus reale hypothecæ, quia tamen illud in jure noſtro Bavari-

varico nullo modo approbatur, ut diximus ad *Artic. 24. Tit. 2.* deß Gandts Proceß / ideò ab illis proponendis, & examinandis tanquam ſupervacaneo labore abſtinemus. Non paucas etiam quæſtiones proponunt, quæ nobis videntur parùm difficultatis, & utilitatis habere, V. G. an jus arreſtandi ſit tranſmiſſibile in hæredem? Quaſi verò hæres cum creditore defuncto non ſit una eadémque perſona, & juxta articulum noſtrum non æquè jus ex hæreditate ad ſe delatum per modum arreſti jure noſtro conſuetudinario, vel ſtatutario approbatum perſequi poſſit, ſive id faciat poſt aditam hæreditatem, ſive ſub tempore conceſſæ deliberationis, cùm etiam ratione debiti in diem, vel ſub conditione arreſtatio juſtè fieri poſſit, maximè apud nos in Patria noſtra, ubi per arreſtum ſola ſecuritas quæritur, & nullum jus reale acquiritur, quod in re arreſtata alijs creditoribus poſſit eſſe præjudicio. Item, an hoc jus cedi poſſit? An competat legatarijs contra hæredem? An conſorti litis? An ſocio? An contra debitorem debitoris? An contra debitoris fidejuſſorem, vel procuratorem, & ſimilia? Quæ proptereà omittimus, cùm de illis articulus noſter nihil diſponat, & nobis nimia prolixitas unâ hâc regulâ evitari poſſe videatur, quòd in materia arreſtorum utpote odioſa, ubi nihil reperitur ſingulariter diſpoſitum, manere debeamus in terminis, & cancellis juris communis.

Duplex alia quæſtio eſt valdè frequens, & multùm diſputabilis. Prima, an ſubditi, & miniſtri Principum pro debitis dominorum ſuorum: Item, an conſules, & decuriones, ſive curiales, & cives alicujus communitatis, & univerſitatis pro debito civitatis, oppidi, vel alterius communitatis, & univerſitatis in perſona, vel rebus ſuis arreſtari, ſiſti, aut detineri poſſint?

Secundò, an quis pro debito privato tempore nundinarum privilegiatarum à rerum, & perſonæ ſuæ arreſtatione, & detentione immunis ſit? De prima quæſtione videantur *Berlich. lib. 1. concluſ. 76. per totum. Coler. de proceſſ. execut. part. 2. cap. 3. Hartman. Piſt. lib. 1. quæſt. 37. ferè per totum.* De ſecunda quæſtione videatur textus in *l. unic. Cod. de nund. Novell. 52. c. prǽtereà. 1. Coler. loc. cit. part. 2. cap. 3. n. 163. Berlich. loc. cit. concluſ. 77. Pöck. de jur. ſiſt. cap. 10. & alij.*

De nundinis noſtris Monacenſibus hoc atteſtari poſſumus, quòd ibi extraneis hæc privilegiata immunitas à jure arreſtationis, ſive detentionis non fuerit obſervata, & noſtra opinione rectè, quia articulus noſter tempus nundinarum nullo modo eximit, & nullo tempore magìs juſtificari videtur extranei, & rerum ejus detentio, quàm, cùm ad Provinciam noſtram accedit extrahendi lucri causâ, cùm utique improbũ ſit, ut ipſe cum quæſtu ſuo, terſo ore, dimittatur, ſubditis verò ſuarum prætenſionum ſumptuoſa, & tœdioſa perſecutio ſubinde etiam ſine ſpe termini, ſive exitûs relinquatur. Prout etiam civitas Francofurtenſis, ubi celeberrimæ annuæ nundinæ ſunt, jus arreſtationis, & detentionis exercet, teſte *Fauſto. de ærar. ordinat. 551. in fin.* & in quibuſdam alijs celebrioribus miſſis, ſive nundinis mos eſt, ut ipſi mercatores habeant forum mercatorium ſpeciale, ubi ſe invicem non habito reſpectu privilegiorum nundinalium conveniunt, imò lites ſuas ſtudio illuc transferunt, & ſolutionum, ſive ſatisfactionum terminos ad nundinarum tempus rejiciunt: Quamvìs hæc dicaſteria mercantilia ſe tantùm extendant ad debita mercantilia tempore nundinarum contracta, in quibus inſpicitur locus contractûs, ita ut DD. *l. unic. C. de nund. & mercat.* tantùm intelligant de præſtanda im̃unitate debiti privati extra nundinas contracti, quia, quod in ipſis nundinis contrahitur, ſortitur forum, & judicium in loco contractûs, juxta *l. 19. §. 3. ff. de judic.*

Der Sibendte Articul.

Es sollen auch Stätt vnnd Märckt / welche von alters hero die Freyheit haben / daß die Burger jhre Gelter / wann sie gleich Innländer seyn / in den Stätten vnnd Märckten verbieten mögen / bey solcher Freyheit gelassen werden / allermassen vnd gestalt sie / dieselbige jedes Orts kundtlich hergebracht. Doch sollen sie keinen vom Adel / der ein Landseß / oder in Fürstlichen Diensten ist / noch auch sein Haab vnd Guet verbieten / oder niderlegen.

SUMMARIA.

1. *Qualis sit concessio Ottoniana de arrestis?*
2. *An non vi hujus concessionis etiam incolæ tam quoad personas, quàm res eorum arrestari possint?*
3. *Utrùm hoc jus arrestandi omnibus civitatibus, & oppidis competat?*
4. *An non quædam civitates hoc jus sistendi per temporis immemorialis præscriptionem acquirere possint?*
5. *Si quædam civitas in possessione juris arrestandi per decem annos fuerit, an eâ possit destitui?*
6. *Utrùm hoc privilegium Ottonianum per non usum ammittatur?*
7. *An hoc jus arrestandi etiam sit concedendum civitatibus, in quibus Princeps suos officiales, & judices habet?*
8. *An non excipiantur Nobiles, qui arrestari nequeunt, & quales nobiles?*
9. *Item Landsassij?*
10. *Officiales Principis?*
11. *& Vasalli equestres?*
12. *An hoc privilegium sit reale, & competat omnibus, qui in civitate habitant, ut clericis, officialibus, ministris aulicis, &c.?*

1 VT benevolus Lector hunc articulum benè intelligat, ingravatè recursum faciat ad *Artic. 2. Tit. 15.* der Land-Recht / ubi explicavimus, quomodò ex privilegio Ottoniano quibusdam civitatibus jus pignorationis pro civium debitis in inferiori Bavaria concessum, & postmodùm etiam ad superiorem Bavariam dilatatum fuerit, & quomodò dicta concessio Ottoniana adhuc hodierno tempore intelligenda sit. Nunc hîc eadem ferè repetuntur: Nam, ut ibidem jam monuimus, pignoratio idem propemodùm est, quod arrestatio, cùm verba, Pfändten / vnd verbietten / eandem significationem habere videantur, nisi, quòd verbum, Pfändten / magìs realem manûs injectionem indicet, quàm verbum, Verbietten / quod judicis tantùm mandatum de sistendo importare videtur. Quidquid sit de nomine, res in effectu est eadem, & vi hujus articuli civitatibus jus competit, pro civium debitis bona, & personas debitorum sub sua jurisdictione deprehensas sistendi, detinendi, pignorandi, arrestandi, aut quocunque alio nomine hoc jus baptizare velis. Quædam autem singularia breviter superaddenda sunt.

2 Primum est, quòd, licèt regulariter juxta articulum præcedentem arrestatio non nisi contra extraneos, & hospites, wider die Frembde / vnnd Außländer / locum habeat, tamen hoc jus, quod civitatibus, & oppidis ex privilegio Ottoniano, vel aliàs ex antiquissima consuetudine competit, etiam concedatur contra incolas. Cujus rei ratio est, ut alibi diximus, ne opifices, qui majori ex parte in civitatibus, & oppidis commorantur, pro qualibet mercede, vmb einen jeden Lidlohn / ad aliena judicia debeant excurrere, sua domi negligere, & pro exigendis subinde exiguis debitis inutiles sumptus, & expensas facere.

Et

Et hæc detentio potest secundò fieri tam in personis debitorum, quàm in rebus eorum. Ratio est, quia, ut ad articulum præcedentem diximus, arrestatio contra extraneos conceditur, non tantùm quoad detinendas res eorum, sed etiam quoad detinendas personas. Quod autem in præcedenti articulo de jure arrestorum statuitur contra extraneos, idem in hoc articulo censetur repetitum quoad incolas. Et hoc manifestè deducitur ex articulo, qui in specie dicit, quòd cives suos debitores, ihre Gelter / in civitatibus, & oppidis arrestare possint: Si ergò arrestari potest ipse debitor, der Gelter / multò magis ejus bona arrestari possunt, cùm arrestatio personæ durior sit, quàm arrestatio rei.

Tertiò observandum est, quòd jus arrestandi subditos, & incolas non omnibus civitatibus, & oppidis indistinctè competat, sed tantùm illis, welche von alters hero die Freyheit hergebracht haben / id est, quibus jam ex antiqua consuetudine, & observantia hoc privilegium competit. Ratio est, quia, ut supra diximus, jus arrestandi, sistendi, & detinendi odiosum est, & contra jus commune, propterea ulteriùs non extendendum, nisi quatenùs, & in quantum probatur privilegium, atque usus, & observantia illius. 3

Quantum autem tempus, quartò, ad probandam antiquam observantiam requiratur, D. Balth: mirificè variat. Nobis in hac materia sine ullo dubio videtur tempus immemoriale requiri, ex duplici capite. 1. Quia jus arrestandi qualecunque semper est de genere prohibitorum, & contra jus commune. In ijs autem, quæ contra prohibitionem legis sunt, non alia præscriptio admittitur, nisi tanti temporis, cujus memoria non existit, *c. 1. in f. de præscript. in 6.* ut deduximus ad *Tit. 4. Art. 10.* der Land-Recht. Deinde 2. hoc jus cedit in præjudicium reservatorum, & regalium Principis, quia ejus jurisdictioni in judicijs Provincialibus, bey den Land-Gerichteren / notabiliter præjudicat: Contra regalia, & reservata Principis verò sola præscriptio temporis immemorialis sufficiens est. Prout etiam in *semic. nostr. 1. controv. 42. n. 9.* deduximus, quòd in jurisdictionalibus adversùs Principem hodiernis moribus non minor, quàm temporis immemorialis præscriptio admittatur. Licèt enim decennalis possessio, & multò magìs tricennalis, vel quadragenaria possit dici antiqua, ut videre est apud *Menoch. de arbit. judic. quæst. lib. 2. casu. 3.* Tamen hæc verba, Von alters herkommen / in omni dispositione intelligenda sunt secundùm subjectam materiam, ita ut in ijs, in quibus sufficit decennalis, tricennalis, vel quadragenaria præscriptio, hæc verba per decennalem, tricennalem, vel quadragenariam possessionem, vel quasi verificentur, in insolitis verò, quæ sunt contra juris prohibitionem, Principis suprema jura, & reservata, atque per se odiosa, & prohibita, deficiente concessionis titulo, verba, Von alters herkommen / non nisi ad temporis immemorialis observantiam applicari possunt. 4

Dices, quomodò articulum nostrum in verbis, Von alters hero / ad tempus immemoriale restringi possimus, cùm tamen sciamus, quòd hoc jus originem suam ex Ottonis privilegio in Anno 1311. sumpserit? Et Respondemus primò, quòd illæ civitates, & oppida, quæ hujus privilegij originem ex diplomate Ottoniano deducere possunt, nulla probatione præscriptionis opus habeant, cùm nitantur titulo; Idcircò enim privilegium conceditur, ut quis ab onere præscriptionis relevetur; Et licèt primùm ex usu, & exercitio, in quasi possessionem, & privilegium deveniatur, tamen ad hoc non nisi unicus actus requiritur, & nec decennalis, tricennalis, aut quadragenaria continuatio requiritur, multò minùs temporis immemorialis probatio. *Vincent. de Franch. decis. 397. n. 12. Klock. vol. 2. consil. 49. n. 23.* & hinc est, quòd nostra opinione hæc probatio civitatibus,

& oppidis inferioris Bavariæ facilior sit, quàm civitatibus, & oppidis superioris Bavariæ, eò quòd Ottonis privilegium generale sit, & omnes civitates, & oppida nullo excepto comprehendat, (quamvis *Aventinus. lib. 1. fol. 746.* tantùm aliquas particulares civitates, & oppida recenseat, hoc privilegio ab Ottone honorata.) Econtra verò hoc jus primùm ex post facto, vel per speciales concessiones, vel per legitimam præscriptionem in superiorem Bavariam introductum est : Ut proinde non immeritò à civitatibus, & oppidis superioris Bavariæ requiratur, ut vel concessionem doceant, vel usum, & observantiam temporis immemorialis legitimam probent, quæ juxta dicta alia probatio esse non potest, quàm tanti temporis, de cujus initio non constat. Respondemus secundò, hoc jus pignorationis, & arrestationis civitatibus, & oppidis, quasi proprium contra incolas, & subditos non primùm ex Ottonis diplomate originem sumpsisse, cùm jam supra ad *Art. 2. Tit. 15.* dixerimus, Monacenses hoc jus jam priùs habuisse, sicut mihi vix dubium est, in inferiori quoque Bavaria aliquas civitates fuisse, quæ hæc ipsa jura jam præhabuerint, & per Ottonianum diploma potiùs nudam confirmationem, quàm novam concessionem acceperint. Respondemus tertiò, quòd ad impediendam præscriptionem temporis immemorialis non sufficiat, constare, aliquando juris præscripti nullum fuisse usum, & observantiam, cùm hac ratione omnia reduci possint ad primævum statum mundi, quo incognitum fuit verbum illud frigidum, *meum*, & *tuum*, sed omnia erant communia : Nec sufficiat, sciri initium, aut exordium alicujus juris, modò nesciatur initium, vel exordium quoad hujus, vel illius generationis possessionem, prout hæc omnia DD. ad *tit. jur. de usucapionibus, & præscriptionibus.* fusissimè tradunt.

5 Hoc tamen pro quinto libenter concedimus, si quæ civitas, vel oppidum per decem annos in continua quasi possessione hujus juris pignorandi, vel arrestandi fuisset, quòd viâ facti destitui non possit ; Per ea, quæ in dict: *controv. 42. per tot.* satìs clarè deduximus. Ratio est, quia decennalis possessio, vel quasi, facit præsumptionem tituli, non autem præscriptionem, ut malè scripsit *Kreis. in annot. suis.* ad *Art. 20. Part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit.

6 Alia, sextò, quæstio est, an non civitates, & oppida inferioris, & superioris Bavariæ hæc jura pignorationis, & arrestationis quocunque modo, vel per universale privilegium Ottonianum, vel extra illud per specialem concessionem, aut præscriptionem legitimam acquisita potuerint iterum per non usum amittere ? Ratio dubitandi est, quia communiter dicitur, quòd privilegium per non usum decennio amittatur, vel certè per tricennium. *Gail. lib. 2. observ. 60. Vigel. in Meth. J. R. cap. 3. de princip. placit. reg. 5. except. 4.* & *Meth. Camer. lib. 1. cap. 1. reg. 6.* Sed certè pro amissione privilegij cujuscunque necessarium est, ut inprimis doceatur, ejus utendi occasionem extitisse, & ab illo tempore effluxisse tempus decem, vel quod nobis (ut alibi diximus) probabilius videtur, tempus triginta annorum. *And. Gail. lib. 2. observ. 60.* Ubi de privilegio, quod in faciendo consistit, sic loquitur, quòd tunc tantùm per non usum decennij tempore amittatur, quando quis potuit, sed eo uti noluit : Secus, si ob necessitatem non evenientem usus non sit : Eò quòd occasio utendi se non obtulerit, nam, quia tali casu non utenti nulla negligentiæ culpa imputari potest, privilegium non amittit. Etiamsi eò ultra hominum memoriam, vel mille annos non sit usus. Ubi hanc sententiam aliquibus pulchris exemplis illustrat. Plura de hac materia videri possunt apud *Vasqui. in illust. quæst. cap. 2. n. 12. And. Knich. de sublim. & reg. territ. jur. rubr. de jud. jurisdict. n. 139. Menoch. de præsumpt. 6. præsumpt. 41. ad fin. Vult. vol. 1. consil. Marp. 16. n. 70.* Si autem casus utendi privilegio se obtulerit, & privi-

legia-

legiatus illo non fuerit usus, sed desuper decem, vel triginta anni effluxerint, privilegium non usu extinguitur. Et hoc multò magìs locum habet, quando simul accessit contraria præscriptio. Nam, tametsi status Provinciales de privilegio suo Ottoniano sanguine, & pecuniâ acquisito multùm glorientur, & propterea, illud nec amitti per non usum, nec alio quovis modo abrogari posse, firmiter sustineant, eò quòd remuneratorium sit, de quo alibi nobis, si DEUS vitam proroget, dicendi occasio erit, tamen hoc certissimum est, quòd huic juri civitatibus, & oppidis quocunque modo, vel ex privilegio Ottonis generali, vel ex usu, consuetudine, & præscriptione acquisito per contrariam præscriptionem à provincialibus judicijs, imò etiam ab alijs inferioribus quibuscunque hoffmarchialibus, & paganis præjudicetur, & lapso termino triginta, vel quadraginta annorum à tempore contradictionis, & civitatensium, sive oppidanorum aquiescentiæ plenissimè præscribatur, quod ulteriùs deducere supersedemus, cùm sub *Tit. 9.* der Land-Recht / istam materiam jam sufficienter exposuerimus.

7 Domini Consiliarij in examinatione hujus articuli monitionem fecerunt planè notabilem, quòd scilicet illorum judicio jus pignorationis, & arrestationis civitatibus, & oppidis in illis locis non debeat concedi, ubi Serenissimus Princeps suos judices, & officiales Provinciales habet, wo Er seine Land-Gerichter hat / ubi exemplum de civitate Wasserburgensi in medium attulerunt, sed Serenissimus Legislator hanc admonitionem indecisam reliquit, procul dubio ex hac ratione, quòd usus, & observantia unius, vel alterius loci contrariũ obtinere potuerint. Diximus ad *Art. 2. Tit. 15.* ab ijsdem Dominis Consiliarijs admonitionem factam esse, ut Serenissimus Legislator talia civitatum, & oppidorum privilegia exorbitantia avocet, examinari curet, & ad modestiam redigat. Verùm, & illud monitum à Serenissimo Legislatore silentio præteritum est, prout hoc, de quo nobis sermo est, ex prudentissima, ut nobis videtur, ratione politica, ne statibus Provincialibus apprehensionem moveat, quasi privilegijs suis, quorum tenacissimi sunt, propiùs insidietur, & de illorum abrogatione animum, & intentionem habeat. Nobis tamen propterea hæc admonitio justa esse videtur, quia causa concedendi privilegij in hoc casu penitùs cessat. Idcircò enim civitatibus, & oppidis hæc concessio facta est, ne illorum subditi per multiplicationem litium ad diversa tribunalia cum inutilibus sumptibus, & expensis distrahantur, & domi sua opificia negligere debeant: Quando autem magistratus rei conventi in eodem loco habitat, nec expensarum, aut sumptuum, nec negligendi opificij querela obtendi potest, &c. sed, ut diximus, res ex hoc solo dependet, ut examinetur consuetudinis, sive observantiæ stylus, quomodò, & quibus in terminis observantia reperiatur introducta. Nam, si una, aut altera civitas, vel oppidum usum introduxerit, arrestandi subditos provinciales, vel hoffmarchiales, tametsi illorum ordinarius magistratus in eodem loco domicilium habuerit, nostra opinione talis observantia improbanda non est, juxta Artic: nostrum, qui disponit, Daß das Verbott geschehen mög / allermassen/ vnd gestalten es jedes Orts kundtlich hergebracht worden.

8 Unam tamen exceptionem in fine annectit articulus de personis nobilibus: Quòd non tantùm de illis nobilibus intelligendum est, qui privilegiati, & jurium nobilitatis antiquæ, der Lands / vnd Edelmanns-Freyheit / capaces sunt, de quibus suo loco plura dicemus, sed etiam de alijs nobilibus, qui nobilitatem noviter adepti, & pro talibus in Patria nostra agniti, & publicati sunt, & qui talia officia publica administrant, quæ prærogativam nobilitatis post se trahunt, maximè, si aliquod bonum nobile possideant, & pro Landsassijs habeantur, ita ut forum suum non nisi coram Aulico Consilio, vel Regiminibus sortiantur, juxta *Art. 7. Part. 3.* der ers

klärten Lands-Freyheit / & verba articuli nostri, Doch sollen sie keinen vom Adel / quod generale est, & proinde non solùm nobiles privilegiatos, die alte Edelmanns-Freyheit fehigen / sed etiam nobiles alios comprehendit, maximè, der ein Landseß ist / quales omnes illi sunt, qui bona nobilia, & hoffmarchialia possident, vel qui sunt in servitijs Principis, die in Fürstlichen Diensten seynd.

9 Duo tamen hîc dubitari possunt, an sub verbis, Der ein Landseß ist / etiam comprehendatur aliquis mercator, vel alius opulentus civis, qui sibi hoffmarchiale bonum comparavit, nihilominùs tamen mercantiam, aut aliam negotiationem quæstuosam, vel etiam insigne aliquod artificium, aut opificium exercet? Et *D. Balthas. ad hunc tit. resol. 7. n. 9.* hunc textum ad solos nobiles privilegiatos extendit, denen man auff den ainschichtigen Güteren die Edelmanns-Freyheit geständig ist. Sed hoc nos paulò antè omninò improbavimus, per rationem, quòd articulus noster simpliciter loquatur de nobilibus, qui Landsassij sunt, quorum non pauciores reperies, quàm illorum, qui privilegiati sunt, vel pro talibus agnoscuntur. Uti apparuit in Comitijs Provincialibus de Anno 1661. ubi suum separatum conventum in taberna potatoria publica, auff der offentlichen Trinck-Stuben / in satìs magno numero habuerunt, & reliquis constatibus privilegiatis multas differentias ad fastidium usque moverunt, qui omnes verissimi Landsassij sunt: Licèt jus illud privilegiatum, quod vocant, die Edelmanns-Freyheit / non obtineant. Sufficit enim ad hanc exemptionem à civicis arrestis, von den Burgerlichen Verbotten / quòd nobiles sint. Cùm hæc prærogativa ex qualitate personæ dependeat: Quod etiam ipse *D. Balthas. n. 8.* agnoscit, ubi dicit, personas nobiles personaliter detineri non posse, quandò omninò solvendi non sunt; Ergò multò minùs, quando *solvendi sunt*, sed tantùm moram solutionis faciunt. De quibus videatur *Pöck. de jur. sist. cap. 5. n. 6. Coler. de process. execut. cap. 3. n. 161.* In illo tempore, quo erectio statutorum Provincialium facta fuit, & etiam novissimo nostro tempore satìs multæ, illustres, & insignes familiæ extraneæ in Patria nostra nobilia bona comparârunt, quibus jus privilegiatum, der Edelmanns-Freyheit / non competebat, & tamen nullum dubium erat, quin veri fuerint Landsassij, & ab arrestationibus civicis immunes. Nunc redeundo ad mercatores, & alias personas opulentiores, qui nobilia bona possident, putamus, distinctionem faciendam esse, an debitum aliquod contraxerint ratione boni hoffmarchialis, vel intuitu mercantiæ, aut alterius negotiationis privatæ? In primo casu nobis probabile est, quòd à civicis arrestationibus exempti sint: Quamvìs enim Cancellarius statuum Provincialium nuper pijssimè defunctus differentiam posuerit inter Landsassios, & bonorum Landsassicorum possessores, unter den Hoffmarchs-Herrn / und Hoffmarchs-Innhaberen / quia tamen hi non minùs, quàm illi ad comitia vocantur, & in jurisdictionalibus nullum alium superiorem, quàm Consilium Aulicum, vel Regimina Principis agnoscunt, jus sigillandi super contractibus subditorum hoffmarchialium habent, & alijs juribus hoffmarchialibus realibus gaudent. Ut deduximus in *semicent. 2. controv. 48. per tot.* (quæ controversia in supremo Aulico Consilio non ita pridem præjudicio confirmata est) nobis persuademus, satìs certum esse, nulli civico magistratui jus competere, se in contractibus ratione hoffmarchiæ initis immiscendi, & dicasterijs superioribus jurisdictionem suam reservatam intervertendi.

Aliud dicendum esse de negotijs privatis intuitu mercaturæ, vel alterius negotiationis civicæ ortis, ipsa ratio persuadet, quia in illis habentur pro personis privatis.

10 Alterum, de quo dubitatio esse potest, concernit personas, quæ *sunt* in servitijs Principis. An scilicet non tantùm illæ, quæ officium admini-

strant

ſtrant ex præcipuis, quibus nobilitatis jus quaſi adhæret, hac immunitate ab arreſtis civicis gaudeant, vel an articulus etiam de vilioribus officialibus ſubordinatis, & ſubſtitutis intelligi debeat? Et licèt ijs privilegia, quæ nobilibus perſonis, & magìs præcipuis officialibus conceduntur, in officialibus vilioribus, & ſubſtitutis alibi denegaverimus, hîc tamen illos ſub nomine, **der Fürſtlichen Diener** / comprehendi non ambigimus: Ratio eſt, quia, ut nobis videtur, in hoc articulo in officialibus non ita nobilitatis, & alicujus prærogativæ, ſed potiùs reſpectus, & conſideratio habetur, quòd indiſtinctè omnes officiales Principis ſupremorum dicaſteriorum juriſdictioni ſubſint, ut ita non deceat, civicum magiſtratum in illos, & illorum bona manus injicere, aut, quæ ſecunda ratio eſſe poteſt, eoſdem in ſervitijs Principis impedire, quod utique per detentionem, & arreſtationem contingeret, cùm ejuſmodi debitor non dimittatur, niſi creditori ſuo, vel per actualem ſolutionem, vel per cautionem fidejuſſoriam, aut pignoratitiam ſatisfaciat. Videtur hoc conforme eſſe diplomati Ottoniano, quod, **die Edelleüth / vnnd Dienſt-Mannen** / à privilegio arreſtationis civico excipit, ubi nos per verbum, **Dienſt-Mannen** / officiales Principis, & miniſtros intelligimus, licèt non ignari ſimus, plerumque ſub nomine, **der Dienſt-Mannen** / comprehendi vaſallos, maximè illos, qui majora feuda equeſtria ſcilicet, & nobilia poſſident, & ſervitia equeſtria præſtant.

Exiſtimaverunt quidem DD. Conſiliarij ad examinandas conſtitutiones noſtras Bavaricas deputati, antiquitùs dubium fuiſſe, an nobiles perſonæ, ſive etiam vaſalli equeſtres ſemper debuerint coram Principe conveniri, excluſis aliorum arreſtationibus, eò quòd privilegium Ottonianum dicat, **klagt aber ein Burger vmb ſein Gelt hintz einem Dienſt-Mann / oder einem anderen vnſeren Edelmann / die ſollen darumb das Recht vor vns thain / oder** NB. **an den Stetten / da ſie es vor haben gethan.** Ubi poſteà ſtatim annectitur generalis diſpoſitio: His verbis, **Findet aber der Burger ſeinen Gelter in der Statt / ſo mag er jhn darumb wol verbietten.** Apparet igitur primò, nobiles perſonas, & vaſallos equeſtres tunc tantùm coram ipſo Principe conveniendos eſſe, niſi ab antiquo alibi forum ſortiti fuerint. Et deinde ſecundò, niſi in civitatibus, vel oppidis jus arreſtandi habentibus fuerint deprehenſi. Sed his non obſtantibus, perſonas nobiles etiam inſpectô privilegiô Ottoniano ab ejuſmodi arreſtationibus civicis fuiſſe immunes, eò quòd regula generalis poſitivè ponatur, ne nobiles alibi conveniri poſſint à civibus, niſi coram Principe, juxta verba, **Daß der Edelmann dem Burger das Recht vor dem Fürſten thuen ſoll.** Et licèt addatur, **oder an den Stetten / wo ſie es vor gethan haben** / tamen hæc verba non de civitatibns, & oppidis intelligenda ſunt, ſed de locis, ubi nobiles hactenus fuerunt conventi, id eſt, in Regiminibus, vel coram alijs fortè privilegiatis judicijs, quæ antiquiſſimis temporibus inter familias illuſtres, & nobiles in uſu erant. (Notetur ergo hîc **Stetten** / legendum eſſe per ſimplex E, & non per Æ, ut locum, non civitatem deſignet.) Quòd autem hoc jus civibus indulgeri debeat, id contra nobilitatis reſpectum, & ſanè prorsùs abſonum, & indignum eſſe videtur. Nec obſtat, quod pro ſecundo allatum eſt, quia Verſ: **Findet aber** / non eſt intelligendus de debitore nobili, ſed de debitore tantùm plebejo, & vulgari; Aliàs non fuiſſet opus, in antecedentibus ſtatuere, ut debitor nobilis, **ein adelicher Gelter** / non aliter niſi coram ipſo Principe judicium ſuſcipere debeat. 11

Ultimò, denique ad hunc articulum quæſtio eſt, an etiam clerici in civitatibus, & oppidis commorantes hoc privilegio gaudeant, ut ſuos debitores in civitatibus, & oppidis deprehenſos arreſtare poſſint? Et de hoc vix dubium eſt, cùm quotidiè palàm practicetur, ut clerici, & beneficiati ſuos ſubditos emphyteuticos, **jhre Sack-Unterthanen** / quando frumenta ſua 12

ad

ad publicas nundinas conferunt, wann sie auff die offentliche Schrannen fahren / à prætore urbano, von dem Statt-Ober-Richter / curent detineri, donec sibi de annuo canone suo, aliisque præstationibus dominicalibus satisfactionem faciant. Imò processus in his privilegiatis debitis tam expeditus est, ut prætor pecuniam pro frumento conventam ipse ad manus sumat, nec debitori residuum restituat, donec is morosus debitor, simul etiam expensas litis persolvat. Quod nostro judicio religiosum, & satis planum est, cùm clerici sint pars communitatis, & proinde ijsdem privilegijs gaudeant, quæ communitati concessa sunt, *cap. ult. de offic. delegat. in 6. c. si fortè distinct. 65. c. dilecti. x. de foro competenti.* Illud magis dubium est, quod ad *Art. 2. Tit. 15.* der Land-Recht / diximus, apud Monacenses usum, & observantiam esse, ut non tantùm pro civibus suis, & clericis, qui civium numero continentur, sed etiam pro reliquis incolis quibuscunque suæ jurisdictioni omninò non subjectis, die so gar den Beysitz nit haben. Imò, & ipsis Electoralibus officialibus, aliisque Ministris Aulicis ad implorationem processum pignorationis, & arrestationis concedant, maximè, quando officiales, & ministri Electorales jurisdictionem in suos subditos non habent, ut eos domi compescere possint. Quod, an licitum sit, & ex hoc capite fundamentum habeat, si dicatur privilegium esse reale, non personis, sed ipsi civitati datum, examinavimus ad *Art. 2. Tit. 15.* der Land-Recht. Quò Lector reverti non gravetur. Nos in diplomate Ottoniano de hac realitate privilegij nihil invenimus, imò potiùs contrarium, quòd tantùm civibus personaliter contra suos debitores, wider ihre Gelter / indultum sit. Si urbs Monacensis aliquid speciale obtinuit, cùm juxta priùs dicta illorum privilegium Ottoniano antiquius esse perhibeatur, ipsis probationis curam relinquimus. Quamvìs fatear, me contra contumaces subditos meos *illô* non semel, sed sæpiùs cum effectu, & utilitate usum fuisse, quia nequissimi ipsi homines priùs horrea ruri emungunt, antequàm hyemali tempore dominus ea vacua, & dilucida esse cognoscere possit, ita ut subinde vix alia via supersit, quàm, ut rusticum in mercatu, auff der Schrannen / deprehensum per detentionem, & arrestationem excutiat.

Der Achte Articul.

Ob jemand seinen Schuldner / oder dessen Haab / vnnd Guet / wie oben verstanden / will verbietten lassen / derselb soll solches der Obrigkeit / welche das Verbott zethun befuegt / anzaigen / vnnd den Arrest begehren / darauff auch die Obrigkeit / damit auß langem Verzug der Schuldner nit außweiche / dem Schuldner alsbalden anzeigen lassen / mit Leib vnnd Guet in Verbott zebleiben / biß er vor jhr erscheine. Da alsdann der Arrestierte erscheint / soll die Obrigkeit wol in acht nemmen / ob der Kläger alsbalden glaubwürdigen Schein / vnd Anzaig seiner Klag fürbringe/oder nit. Dann im Fall verspühret wurde / daß der Arrest mehr den andern vergeblich zu vexiern / dann auß Noth begehrt worden / soll der Arrestiert alsbald mit Leib / vnd Guet / wider von statt gelassen / sonsten aber da die Forderung scheinbar vnnd glaubwürdig / also der Arrest justificiert, dem Kläger / da der Arrestiert im Land angesessen / aufferladen werden / daß er seinen Spruch / wofern er vom Arrestierten widersprochen wurde / innerhalb drey Tagen soll beweisen/ vnd wahr machen/

son-

sonsten der Arrest wider relaxiert, vnd eröffnet seyn soll. Wer aber der Arrestiert im Land nit wohnhafft / vnd der Forderung nit geständig / soll Richter mit Anhörung Klag / vnd Gegen-Red / von einem Mittag zum andern / da es der Arrestiert begehrt / Recht ergehen lassen / wie Gast-Rechtens recht ist / doch daß entzwischen / biß zu Außtrag der Sachen / das Verbott vngeöffnet gelassen werde. Wolte aber der Arrestierte / es sey ein Innländer oder Außländer / mit Borgschafft / oder Pfand / sich / vnd sein arrestiert Guet ledig machen / vnnd darzu Versicherung thuen / daß er an dem Ort / wo das Verbott geschicht / recht geben / vnd nemmen / vnd was erkennt würdet / laisten wölle / soll der Arrest auff Laistung solcher Versicherung alsbalden / wider auffgehebt werden.

SUMMARIA.

1. & 10. *An iste processus arrestationis debeat esse summarissimus?*
2. *Quæ communiter requirantur ad hunc processum?*
3. *An ad arrestum impetrandum necessarium sit, ut debitor incipiat ad inopiam vergere?*
4. *Utrùm non prohibeatur, arrestationem fieri oblata cautione juratoria?*
5. *Si judex arrestum decernere intermisit, an non teneatur creditori de damno ex ejus denegatione causato?*
6. *An arrestum peti possit etiam extra dies juridicos, in via publica, vel in alio loco, &c.?*
7. *An à judice sæculari arrestum contra clericum decerni possit?*
8. *Quid in actionibus realibus dicendum, in quibus clerici forum sæculare sortiuntur?*
9. *Præstita sufficienti cautione debetné debitor litem coram judice arrestante suscipere, & terminare?*
11. *Quid si debitor cautionem de judicato solvendo ob inopiam præstare nequeat, an sufficiens sit cautio de judicio sisti?*
12. *Qualis promissio facienda à fidejussoribus in cautione de judicio sisti?*
13. *An debitor rem ipsam arrestatã pro cautione pignoratitia offerre possit?*
14. *Si quis præstita cautione de judicio sisti per procuratorem compareat, an satisfaciat?*
15. *An in defectũ cautionis fidejussoriæ, vel pignoratitiæ admittatur juratoria?*
16. *Utrùm debitor à loco arresti secedere possit, si ab arresto appellaverit?*
17. *Quid si arrestatio nulliter fuerit imposita, V. G. ex incompetentia jurisdictionis, &c.?*
18. *Cujus sumptibus arrestati jumenta, equi, &c. subsistere debeant?*
19. *An judex arrestatum, vel res ejus sponte dimittere possit?*
20. *Quæ pœna maneat debitori, qui arrestum frangit?*
21. *In quibus casibus debitor sine delicto, & pœna ex arresto discedere possit?*
22. *Si creditor injustè arrestũ impetret, an non teneatur debitori ad omne damnum emergens, & lucrum cessans?*
23. *Utrùm lapsus terminorũ, intrà quos creditor suam prætensionem verificare debet, ex parte, & mora debitoris reddat arrestum cassum, & irritum?*
24. *An liceat creditori terminũ tridui, vel de meridie in meridiem in probatione debiti prævenire?*
25. *Quid si creditor dictum terminum neglexerit, an debitor possit proprio motu discedere, vel requiratur decretum judicis de arresto relaxando?*
26. *An judex hunc terminum prorogare possit?*
27. *An iste terminus sit computandus de momento in momentum?*
28. *Et à tempore denunciati arresti, vel quo creditor summariam fidem de debito fecit?*

1 PLura, quæ in hoc articulo continentur, jam ad *Artic. 6.* præcedentem exsplicata sunt. In effectu totus articulus præsens agit de modo procedendi in actu arrestationis, qui modus debet esse brevissimus, & summarissimus, ut secundùm priùs dicta ferè omnium locorum consuetudine, ubi jura arrestationum, & pignorationum in usu sunt, etiam succinctus processus non tantùm quoad judicium incipiendum, sed etiam ad illud finiendum observandus sit. Quod, præsertim in Patria nostra, vi hujus articuli exactissimè, & religiosissimè præscribitur.

Singula breviter juxta ordinem articuli exponemus, & postmodùm aliqua dubia subnectemus. In primis igitur advertendum est, nos hactenus ab *Art. 5. usque ad hunc 8.* de duobus arrestis locutos esse, quorum primum conceditur contra extraneos, secundum verò contra incolas, & subditos. Quædam igitur in hoc articulo comprehensa utrique processui sunt communia, quædam autem utrique particularia.

2 Communia sunt primò, ut arrestatio petatur coram ordinario judice loci, ubi sequestratio adversùs extraneum, vel incolam permittitur, sive quoad bona, sive quoad personam. Ratio est, quia, ut supra diximus, detentio personæ, vel rei propria auctoritate facta illicita est, nisi in casu, quo quis fugitivus, vel de fuga suspectus est, ut diximus ad *Art. 2. & 3. Tit. 13.* der Land-Recht. Ita ut creditor, qui copiam judicis habere potest, & tamen illo præterito, ipse, vel personam debitoris, vel ejus bona propria authoritate invadit, & occupat, crimen violentiæ committat, & jure suo cadat. *l. si quis in tantam. 7. Cod. unde vi. l. 5. Cod. de legat. l. extat. 13. ff. quod met. caus.* Prout etiam ipse judex neminem in persona, vel ejus bona arrestare potest, nisi ad instantiam creditoris, quia judex officium suum impertire non debet, nisi imploratus. *l. 4. §. hoc autem. 8. ff. de dam. infect. Gail. lib. 1. observ. 50. n. 6.* Quod maximè valet in privatis, vel ad privatam utilitatem tendentibus. *Wesenbec. de in jus vocando. n. 3.* Ubi in specie monet, ut judex in causis privatis neminem citare debeat, nisi parte petente.

Secundò, obligatus est judex, sive magistratus ordinarius ad implorationem creditoris reo sine mora, ne debitor ex protractione dilabendi occasionem nanciscatur, denunciare, ut in corpore, & bonis, mit Leib und Guet / in loco permaneat, donec coram se compareat.

Tertiò, comparentibus utrisque actore, & reo judici incumbit, ut diligenter advertat, an actor pro verificatione prætensionis suæ verisimilia, & sufficientia indicia habeat, quòd foveat justam prætensionem. Nam, si appareat, quòd arrestum magìs petatur alterius vexandi animo, quàm ex causa necessitatis, denegandus est actori processus, & arrestatus tam quoad personam, quàm quoad res suas dimittendus.

Præsupposito autem quartò, actorem prætensioni suæ summariam fecisse fidem per instrumenti demonstrationem, vel alicujus probatæ attestationis productionem, vel per alia verisimilia adminicula, & indicia, ut ad *Art. 6.* jam diximus, arrestum habetur pro justificato, cùm plena probatio remittatur ad ipsum processum. Et tunc

Quintò distinctio facienda est, an agatur de arresto privilegiato contra incolam Provinciæ, vel de arresto minùs privilegiato contra extraneum? In primo casu necesse est, ut creditor prætensionem suam brevissimo spatio trium dierum probet, & verificet. Ratio est, quia, quo magìs arrestum civicum contra incolas privilegiatum est, eò magìs est odiosum, cùm à juris tramite remotiùs discedat. Et propterea, ne subditi Provinciales à civitatensibus, & oppidanis nimiùm graventur, eis tam arctus, & præcisus terminus verificandæ prætensionis suæ præfigitur, ne distrahantur nimiùm à negotiationibus suis domesticis, agricultura, & opificijs.

Si

Si autem, ſextò, arreſtatus ſit extraneus, jubetur ei adminiſtrari, das Gaſt-Recht / quod pluribus locis in: & extra imperium, maximè in civitatibus Hanſeaticis, valdè familiare eſt, ut ſcilicet juſtitia ſine ſtrepitu judicij de plano, & ſimplici adminiſtretur, ita ut termini judiciales de una meridie ad aliam reſtringantur, intereà tamen arreſtum non diſſolvatur.

Denique, ſeptimò, ſive agatur de arreſto privilegiato contra incolam, ſive de arreſto minùs privilegiato contra extraneum, ſemper hæc regula jam ſupra pro *Art. 5.* poſita firmiter locum habet, quòd data cautione fidejuſſoria, vel pignoratitia diſſolvi debeat. Quibus omnibus circumſtantijs exactè conſideratis nemo dubitabit, arreſtationis modum in Provincia noſtra juſtiſſimum eſſe.

His ita præſuppoſitis quæritur, primò, an ad arreſtum impetrandum neceſſarium ſit, ut debitor incipiat labi facultatibus, & ad inopiam vergere? Et Reſpondemus, id quidem à pluribus Juris-Conſ: requiri, prout ſupra de creditore fugitivo diximus, quòd in illum injectio manûs fieri non poſſit, niſi hæc tria copulativè concurrant. 1. Ut fides judici fiat de debito. 2. Quòd metus ſubſit, ne debitor ſe ſubtrahat, aut auffugiat. Et 3. Quòd ſuſpicio fugæ tempore, quo debitum contractum fuit, non ſubfuerit, ſed primùm poſt contractum debitum ſupervenerit. De quibus videri poteſt *Gail. lib. 2. obſerv. 44. & in tract. de arreſt. Imper. cap. 1. num. 11.* Tamen, ſicut jam ad *Artic. 6.* deduximus, ad decernendum arreſtum non requiri, ut debitum, cujus intuitu arreſtum imploratur, ſit omninò liquidum, certum, & indubitatum, ita etiam nullo modo requiritur, ut debitor de fuga ſuſpectus ſit, aut facultatibus labi incipiat, ut quotidiè practicatur, cùm magìs opulenti, & locupletes arreſtis graventur, quàm pauperes. Et hujus rei ratio eſt, quia arreſta contra extraneos, & etiam contra ſubditos in civitatibus propterea conceduntur, ne ſubditi cum magnis ſumptibus, & gravi incommodo debitorum ſuorum forum ſequi debeant: Hæc ratio autem etiam valet in debitoribus opulentis, & locupletibus, ergo nulla cauſa ſupereſt, quòd proceſſum arreſtationis tantùm ad eos reſtringamus, qui ad inopiam vergunt, & de fuga ſuſpecti ſunt. Noſtra opinione utraque materia de apprehenſione fugitivi debitoris, & arreſtatione cujuſcunque extranei debitoris propterea in duobus titulis ſeperatis, nempe *13. & hoc Titulo 19.* ponitur, ut evidenter appareat, inter utramque maximam differentiam eſſe. Debitor enim fugitivus, ſive ſubditus, & incola, ſive extraneus ſit, ubique etiam in defectu judicis ab ipſo creditore comprehendi, & in carcerem mitti poteſt. Simplex autem debitor, ſi ſubditus ſit, regulariter (modò civitates, & oppida excipias) arreſtari non poteſt, ſed creditor ad ejus judicem ordinarium remittendus eſt. Veriſſimum igitur manet, vi hujus noſtri articuli ad arreſtationem nec plenam probationem debiti requiri, nec ſuſpicionem dilapidationis, aut fugæ, ſed ſufficere, quòd de debito veriſimilibus argumentis, & indicijs appareat, daß der Kläger glaubwürdigen Schein / vnd Anzeig ſeiner Klag vorbringe / V. G. per exhibitionem inſtrumenti, aut per atteſtationem teſtimonialem, & ſimilia probationum media, ex quibus veriſimile fiat, creditoris intentionem non eſſe, debitorem ſolummodò lite inutiliter vexandi. Nec poteſt hoc viro integro, & honeſto, qui propter notorias facultates, & vitæ parſimoniam nec de dilapidatione, nec de fuga ſuſpectus eſt, difficile cadere, cùm ſe ab arreſto eò expeditiùs per cautionem fidejuſſoriam, vel pignoratitiam liberare queat, quò locupletior, & opulentior eſt.

Et hinc, tametſi cum D. Balth: hoc loco admittere velimus, ob ſuſpicionem fugæ in caſu, ubi periculum in mora eſt, juratoriam creditoris cautionem admitti poſſe, tamen nec ſequeſtrationem, nec arreſtationem ad nudam juratoriæ probationis oblationem fieri poſſe, nobis certum eſt, cùm

nemo pro suo commodo ad juramenti fidem admittatur, **es kan jhm keiner in seinen Beütel schwören.** Et articulus noster per expressum, **einen glaubwürdigen Schein / vnd Anzaig seiner Klag /** ab actore requirat. Quæ planè probationis verisimilitudo non in juramento, sed in reali aliqua demonstratione consistere debet. Utamur argumento ex præcedentibus, ut arbitramur, satìs efficaci: Juratoria cautione nec sequestrum, nec arrestum solvi, & relaxari potest, ergo nec ad juratoriam cautionem admitti, sive decerni potest. Ratio est, quia faciliùs aliquid solvitur, quàm ligatur. D. Balthasar jura Saxonica circa materiã arrestationis cum nostris nimiùm confundit, &, cùm illorum arresta ferè semper præsupponant debitorem ære alieno gravatum, ad inopiam vergentem, fugitivum, vel certè de fuga suspectum, & legitimis indicijs probatorijs (inter quæ in necessitate, & periculi mora etiam juratoriam cautionem numerant) convictum, eum tunc primùm arrestari permittunt, quando hæc omnia conveniunt, & hoc quidem non aliter, nisi in casu debiti liquidi, certi, & indubitati, pessimè verò ex Berlich: & Coler: hæc ad articulum nostrum transtulit, & applicavit, qui simpliciter agit de decernendis arrestis contra extraneos, vel etiam suo modo in civitatibus, & oppidis contra subditos, viros honestos, opulentos, bonæ vitæ, & fidei, solvendo existentes, nec fugitivos, nec de fuga, aut dilapidatione ullo modo gravatos, aut suspectos. Quæ omnia inter se longè diversa sunt.

Satìs apertè hoc cognovit *D. Rath. loc. sæpiùs cit. assert. 78.* Ubi dicit, quòd arresta jure communi prohibita ex justis, & æquis rationibus consuetudo adeò sustineat, ut ad meram creditoris petitionem absque omni prævia causæ cognitione concedantur, aliter, quàm in pignorationibus, de quibus *Tit. 15.* diximus, quas constitutiones nostræ *aliter, quàm in debitis liquidis, certis, & indubitatis, confessis, vel judicatis* non admittunt.

5 Secunda quæstio est, quid si judex ad petitionem, & instantiam creditoris arrestum decernere intermiserit, & debitor fortè, quia vagabundus erat, omninò auffugerit, vel res ejus interierint, aut certè creditori majores sumptus, & expensas causaverit, eò quòd coram judice debitoris difficiliorem processum habuerit? Et Respondemus, quòd creditori damnum ex ejus denegatione causatum restaurare debeat, juxta *l. ult. Cod. de pœn. jud. qui mal. judic. l. 4. Cod. de custod. reor. Berlich. part. 1. conclus. 50. n. 68. & conclus. 74. n. 91. Rath. loc. cit. assert. 79. per tot. Balthasar. ad hunc tit. resol. 8. n. 6.* Quia regula generalis est, quòd judex, per quem stetit, ut pars jus suum amitteret, illi omnem jacturam pro hujusmodi causa illatam ex suis facultatibus resarcire debeat. Textus est expressus in *l. si quando. 19. circa fin. Cod. de test.*

Et quamvìs aliqui hujus opinionis sint, quòd judex creditori arrestum denegare possit, quando tribunali recusat cautionem præstare de indemnitate præstanda, & refundendis expensis cum omni interesse in casu succumbentiæ, saltem, quando impetrans arrestum pro præstanda cautione sufficientia remedia habet: *Coler. de process. execut. part. 2. cap. 2. n. 116. & cap. 3. n. 40.* Tamen *D. Rath. loc. cit.* hanc cautionem supervacaneam esse existimat, eò quòd ipso jure judex, sive tribunal ejus indemne sit, cùm pœnam nullam mereatur, qui legi jubenti moram gerit. *l. is damnum. ff. de R. J.* Nisi fortè judex post præstitam sufficienten cautionem fidejussoriam, vel pignoratitiam, relaxationem arresti injustè deneget, tunc enim litem suam facit, & debitori meritò in omne damnum, & interesse condemnatur. *Pr. Inst. de oblig. quæ ex quas. delict.*

6 Quæritur tertiò, cùm processus arrestationis, juxta articulum nostrum debeat esse tam succinctus, & summarius, an ergo à solennitatibus processus

sûs prorsùs abstinendum sit ? Et Respondemus affirmativè, ita, ut necesse non sit, adire judicem pro tribunali sedentem, aut arrestum diebus juridicis petere, sed sufficiat, si eum conveniat domi suæ, vel in via publica, vel in alio loco, imò & die festo in Ecclesia, si periculum in mora sit: *c. significaverunt. 21. vers. verùm pars altera. x. de judic. l. ult. Cod. de ferijs. Berlich. part. 1. conclus. 74. n. 98.* Imò, si periculum moræ tantum sit, ne debitor elabatur, arrestum etiam noctu peti potest. Idem *Berlichius. loc. cit. num. 100.* Quia periculum moræ omnem locum, & omne tempus excludit.

Quæritur quartò, an à judice sæculari arrestum etiam contra clericum, vel personam Ecclesiasticam decerni possit? Et videtur affirmativè respondendum, eò quòd ex communi DD. sententia circa impetrationem arresti incompetentia judicis allegari non possit. *Pöck. de jur. sist. cap. 10. num. 11.* Deinde jam supra diximus, clericos, & personas Ecclesiasticas in civitatibus, & oppidis jus arrestandi contra subditos habentibus commorantes gaudere non minùs eodem privilegiô, quàm cives, & reliquos incolas. Ergo etiam videtur dicendum esse, quòd clerici, & personæ Ecclesiasticæ domicilium ruri habentes debeant pati, ut eodem modo in ijsdem locis privilegiatis contra se procedatur, cùm naturale sit, ut, qui favorem, & commodum sentit, reciprocè onus, & incommodum suscipiat. Sed nobis hoc videtur sacris canonibus contrarium esse, cùm privilegia judicijs sæcularibus quibuscunque data ad clerum exemptum à foro, & jurisdictione sæculari extendi non possint. Nihil obstant allata in contrarium: Nam, quod de competentia judicis dictum est, cum grano salis intelligi debet, id est, exceptionem fori locum non habere, hoc ipso, quòd jurisdictio super arrestis præsupponat incompetentem judicem, sed non incapacem. Licèt enim magistratus Monacensis quoad extraneos sit quidem incompetens judex, tamen vi privilegij competens efficitur, ut exceptio incompetentiæ locum non habeat, aliud est in personis clericis, & Ecclesiasticis, ratione quarum potiùs dici debet incapax, quàm incompetens. Ita ut nullo privilegio sæculari quocunque competentiā, sive capacitatem consequi possit. Deinde nec in sæcularibus hæc regula semper procedit, quòd exceptio incompetentiæ in causis arrestorum semper rejiciatur, nam, si V. G. supponas, in uno pago, quod in Patria nostra frequentissimum est, plures esse dominos jurisdictionales Sempronium, Titium, & Cajum quoad bona realiter diversa, & separata, certè, si persona, vel res, cujus arrestatio petitur, est in dominio Sempronij, à Titio, vel Cajo arresto detineri non potest, sed justè opponitur exceptio incompetentiæ, quoniam hæc regula de sublata exceptione incompetentiæ tam crudè intelligenda non est, ut confundantur jurisdictiones, & judicia. Sicut ergo plures judices in eodem loco constituti sibi invicem quoad sæculares personas præjudicare non possunt, multò minùs quoad clericos, vel personas Ecclesiasticas præjudicare poterunt foro Ecclesiastico. Longè minus pondus habet alterum argumentum. Licèt enim clerus in favorabilibus gaudeat privilegijs communitatis, in odiosis tamen, ubi agitur de privilegio immunitatis Ecclesiasticæ (ut in jurisdictionalibus) tantò minùs locum habet, quantò certius est, unam, vel alteram ex personis Ecclesiasticis toti statui clericali etiam per voluntariā subjectionem judicio sæculari, nihil derogare posse. Et hinc est, quòd *Dom. Rath. assert. 79.* asserat, judicem pro decernendo arresto requisitum præcisè ad illud decernendum teneri, nisi talis persona sit, quæ ex privilegio, aut alia ratione arrestari prohibetur, siquidem talis judex non attenta juris nostri Bavarici præceptiva dispositione in causa exemptionis actione injuriarum conveniri posset. 7

8 Manet igitur verum, clericos, & Ecclesiasticas personas nullo modo sæcularibus arrestationibus subjacere; Quod tamen exceptionem patitur in ijs casibus, in quibus jurisdictio sæcularis contra clericos, & Ecclesiasticos fundata est, E. G. in actionibus realibus, in quibus juxta *controv. 11. semicent. nostr. 2.* ex generali consuetudine Germaniæ clerici, & Ecclesiastici forum sæculare sortiuntur, cùm ejusmodi actiones potiùs tendant ad persecutionem rei, quàm ad persecutionem personæ. Hinc, si aliquis clericus sit meus emphyteuta, vel vasallus, possum eum cum re mihi hypothecata deprehensum coram judice sæculari sistere, & arrestationem impetrare, cùm talis judex sæcularis nec incompetens, nec incapax dici possit, utpote, quia persecutio rei jurisdictionem sæcularem fundat. Ergo à contrario sequitur, quando sola persona clerici deprehenditur, arrestationis processum invalidum esse, deficiente subjecto, in quo actio mea realis fundari possit.

9 Quæritur quintò, si arrestum personæ, vel rerum præstita idonea, & sufficienti cautione pignoratitia, vel fidejussoria solutum fuerit, anné nihilominùs processus secundùm præscriptum articuli nostri coram judice arrestante tam brevi, & succincto modo, & ordine absolvi debeat? Et Respondemus, hanc quæstionem esse duplicem, & sic duobus responsis resolvendam. Dicimus igitur primò: Tametsi debitor arrestum per sufficientem cautionem fidejussoriam, & pignoratitiam solverit, quòd nihilominùs obligatus sit, coram judice arrestante judicium suscipere, & litem terminare. Ratio est, quia hæc cautio non fit tantùm ad hunc effectum, ut debitor remittatur ad locum suum ordinarium, ad ibidem respondendum, & satisfaciendum creditori suo, prout voluit clarissimus *D. Besold. in thes. pract. verb. arrest. vers. solvitur arrestum, &c.* quia per hoc causæ, & intentioni, quæ juri arrestorum occasionem præbuit, non satisfieret, cùm non attenta cautione qualicunque in loco domicilij debitoris creditor semper intolerabilibus sumptibus, & expensis vexari posset, sed requiritur, ut litem in loco arresti subeat, & ibi sententiam exspectet, eidémque satisfaciat. Et hinc jam supra monuimus, etiam cautionem de judicio sisti ad solvendum arrestum insufficientem esse, cùm promissio de sistendo non comprehendat promissionem de satisfaciendo. Utramque autem articulus noster requirit, ut arrestatus securitatem præstet, quòd in loco impetrati arresti jus dare, & accipere, & 2. quod judicatum fuerit, præstare velit: Daß er an dem Orth / wo das Verbott geschicht / Recht geben / vnd nemmen / vnd was erkennt wird / laisten wolle. Quod convenit cum *text. in Constit. Imper. de Anno 1570.* §. Wann auch die *Arresta. Mindan. de process. Imper. Camer. lib. 1. cap. 41.* Opus est itaque (ut verba satis clara sunt) non tantùm cautione de judicio sisti, sed etiam cautione de judicatum solvi, & quidem, quod benè notandum, non in domicilio debitoris, sed in loco factæ arrestationis, wo das Verbott geschicht. Cujus rei ratio est, quòd cautio subintret in locum rei arrestatæ; Sicut igitur res arrestata in loco, ubi arrestatio facta est, jurisdictioni subjicitur, ita etiam cautio, quæ rei arrestatæ succedanea est. Idem *D. Rath. loc. cit. ass. 80. litt. C. Moller. lib. 2. semest. lib. 2. cap. 4. n. 12. Berlich. lib. 1. concl. 74. n. 168. ubi plures citat.*

10 Dicimus secundò, post præstitam cautionem sufficientem per pignora, vel fidejussores de judicio sisti, & judicatum solvi, neque debitoris, neque creditoris interesse, ut processus ita præcipitetur, ut procedatur de una meridie ad alteram, vel ut tribus diebus absolvatur, & terminetur, sed posse procedi ordinario modo, prout stylus curiæ ordinarius requirit. Ratio est, quia post cautionem præstitam dimittitur hospes arrestatus cum rebus suis, ubi autem hospes præsupponitur dimissus, jure hospitali, deß Gast-Rechts / ampliùs opus non est.

Sed

Sed quidsi, pro sexta quæstione, creditor per expressum petat, debitorem in persona retineri, donec sibi satisfactio fiat, existimans, plus securitatis esse in ipsa persona debitoris, quàm in ejus cautione? Et Respondemus, ejusmodi instantiam inutilem esse, cùm articulus præcisis verbis disponat, ad præstationem cautionis arrestum sine mora relaxandum esse. Non debet enim, ut optimè dicit idem *D. Rath. loc. cit.* ob solum arrestum conditio creditoris fieri melior, sicut ècontra, si debitor arrestatus cautionem præstare non possit ob inopiam, & paupertatem, creditor, qui ipsum arrestari fecit, contentus esse debet cum persona ipsius.

Et ex hoc pro septima quæstione resolvenda, quid in illo casu faciendum sit, quando debitor cautionem de judicato solvendo ob inopiam præ- 11
stare non potest? Respondetur, quòd cautio de judicio sisti sufficiens esse debeat. Ratio per se clara est, quia cautio debet correspondere securitati, quam creditor impetravit per arrestum: Sed, ut præsupponimus, debitor nihil in bonis, & facultatibus habet, unde pro persona sua liberanda de judicato solvendo cavere possit, ergo, præstando cautionem de judicio sisti, liberabitur, quia fecit, quod potuit.

Quæres octavò, quid ergo in tali casu fidejussoribus, qui pro ipso de 12
judicio sisti intercedunt, promittendum sit? Et Respondemus, quòd debitorem ad petitionem judicis repræsentare, & exhibere velint: Quod si faciunt, functi sunt officio suo, cùm in effectu præstent securitatem, quam creditor per arrestationem consecutus est. Si autem illum repræsentare, & exhibere non possint, tenentur ad solvendum totum debitum, & ad verum interesse, ad quod principalis tenebatur, ita tamen, ut tantùm ratio habeatur illius, quod verè debetur, non quod à creditore petitur. *l. 2. §. in fidejussorem. 5. ff. qui sat. dar. cog. Modest. Pistor. quæst. 110. n. 1. D. Rath. loc. cit.*

Quæritur nonò, an debitor rem ipsam arrestatam pro cautione pigno- 13
ratitia offerre possit? Et Respondemus, quòd nobis nihil videatur obstare, quò minùs id fieri possit, præsupposito, quòd res sit debitoris arrestati propria, & pro creditoris securitate sufficiens. Imò consultum est creditori, ut ejusmodi oppignorationem ultrò accipiat, cùm, ut sæpiùs diximus, arrestum de jure nostro statutario jus reale hypothecæ non tribuat, sicut tamen id de jure Saxonico DD. pro majori parte admittunt. Quid si enim debitorem non solvendo existentem supponas, certè creditor per ejusmodi pignoratitiam obligationem jus consequetur, ut saltem ejusdem debitoribus chyrographarijs præferatur. Quòd autem arrestum extra hunc casum, quo res arrestata ex propria debitoris conventione oppignoratur, nullum jus pignoris, aut hypothecæ jure nostro statutario pariat, exinde manifestum est, quòd arrestum concedatur, ut paulò antè deduximus, ad debiti, & prætensionis cujuscunque verisimilem tantùm demonstrationem, non plenam probationem, quæ primùm in ipso processu facienda est. Ineptissimum autem esset, ad verisimilem tantùm alicujus debiti probationem creditori jus reale hypothecæ tot alijs creditoribus non privilegiatis in manifestum præjudicium sine omni causa, & necessitate indulgere. Si igitur authores Saxonici pro concedendo arresto requirant, ut debitor sit de fuga, vel dilapidatione suspectus, ut debitum sit liquidum, certum, indubitatum, confessum, vel judicatum, & quæ aliæ ejusmodi præcautiones sunt, rectissimè faciunt, quia aliàs injustissimè arresto tribueretur pignoris, & hypothecæ tanquam juris realis accessio. Et hinc, cùm jura nostra statutaria de pignoris, vel hypothecæ obligatione, quæ ex arresto oritur, ne somniarint quidem, nullo etiam modo apparet, quare D. Balthasar pro impetratione arresti omnia prædicta exigere possit, ut scilicet debitor sit fugitivus, vel de fuga, aut dilapidatione suspectus, ut debitum sit liquidum, cer-

certum, indubitatum, confessum, judicatum, &c. Notabilis inter pignorationem, & arrestum de jure nostro statutario hæc differentia est, quòd pignoratio judicialis fieri non possit, nisi in debito liquido, confesso, vel judicato, ut supra ad *Titulum 15.* exsplicavimus, arrestum autem fieri potest ad debitum verisimile, &c, ut ita dicam, coloratum, liquidandum, verificandum, & certiorandum. Non potest ergo privilegium pignoris rei judicialiter pignoratæ concessum ad rem arrestatam extendi.

14 Quæritur decimò, an is, qui ob paupertatem, & inopiam, solam cautionem de judicio sisti præstitit, obligationi suæ satisfaciat, si per procuratorem compareat? Et Respondemus, id non sufficere, nisi fidejussores in casum succumbentiæ de judicato solvendo teneri velint, quia hæc obligatio personalis est. Non satisfaciunt igitur fidejussores, si non ipsum principalem, sed procuratorem sistant. Ita intelligo *D. Rath. loc. cit. assert. 80. ad litt. D.* Et ratio per se clara est, quia secuta condemnatione fit executio adversùs personam ipsius debitoris. Necesse est proinde, ut ipse se sistat, non procuratorem mittat: Semper enim durior est personalis detentio, & ad exprimendam veritatem aptior propter molestias carceris, quàm, si principalis nomine ejus procurator ejusmodi tædiosis molestijs subjiciatur. Videatur idem *Modest. Pist. quæst. 110. n. 9.*

15 Quid si autem undecimò, debitor nec fidejussores de judicio sisti acquirere possit, eò quòd ipsi propter paupertatem, & malam vitam nemo fidat, & proinde nec de judicato solvendo, nec de judicio sisti cavere possit, anné saltem ad juratoriam cautionem admitti possit, & debeat? Et videtur affirmativè respondendum per regulam generalem, quòd cautio juratoria locum habeat, quando aliæ deficiunt, maximè in executionibus, cùm pauperi impossibilitas acquirendi fidejussores, vel pignora in jure suo non debeat esse nociva; Arrestum autem species executionis est. Imò putat *Balthasar. resol. 8. n. 12. ad fin.* cum *Berlich. lib. 1. conclus. 74. num. 94.* Solam nudam promissionem sufficere. Sed his non obstantibus, putamus, quòd deficiente cautione fidejussoria, aut pignoratitia debitoris cautio juratoria insufficiens sit, eò quòd articulus noster relaxationem arresti aliter non admittat, nisi cautione fidejussoria,aut pignoratitia præstita; Et quamvìs admiserimus, si debitor de judicato solvendo nullam cautionem habere possit, quòd saltem tunc cautio de judicio sisti admitti possit, tamen, si etiam hæc deficiat, juratoriam cautionem sufficientem esse negamus. Ratio differentiæ est, quia in primo casu deficiente cautione de judicio sisti impossibilitas suadet, ut creditor cautione de judicio sisti contentus esse debeat, at quando etiam deficit cautio de judicio sisti, nulla impossibilitas urget, ut juratoria cautio substituatur, cùm debitor in arresto usque ad litis exitum permanere, & suâ præsentiâ effectum cautionis de judicio sisti supplere possit. Quod ipsi propterea non potest esse grave, aut difficile, cùm juxta priùs dicta tam succinctus processus judici demandetur, ut scilicet cum incolis trium dierum spatiô terminetur, cum extraneis verò de meridie in meridiem continuetur. Quod D. Balthas: ex D. Berlich: in medium attulit, nihil ad rem facit, quia ibi Berlichius tantùm loquitur de eo casu, quo judex pro sua, sive tribunalis sui indemnitate cautionem desiderat, nos autem loquimur de cautione, quam creditor à debitore petit pro arresti relaxatione, quæ juxta articulum nostrum non nisi pignoribus, vel fidejussoribus fieri debet, ut supra etiam de sequestro diximus, quod ad illum relaxandum, nec nuda, nec juratoria promissio,sive cautio sufficiens sit. Pro securitate judicij, sive judicis eò faciliùs juratoriam, vel etiam nudam promissionem admittere possumus, quia jam supra diximus, judicem pro sua indemnitate nulla prorsùs cautione opus habere,cùm arrestationem jussu legis faciat, cui parere necesse habet.

Quæ-

Quæritur duodecimò, si debitor ab arresto appellaverit, anné pendente appellatione à loco arresti secedere possit? Quin appellatio à gravamine illati arresti licita sit, nemo est, qui dubitare possit, maximè secundùm praxin curiarum Patriæ nostræ. Vide, quæ dixerimus ad *Artic. 1. Tit. 9.* **deß Summarischen Proceß** / ubi beneficium appellationis tam favorabile esse diximus, ut maximè in processu summario quoad omne gravamen judiciale, & extrajudiciale, circa causam ipsam principalem, vel qualecunque punctum accessorium admitti debeat. Sed hoc videtur majus dubium pati, an non appellatio ita suspendat jurisdictionem judicis arrestantis, ut debitori liberum sit, appellatione pendente, quòcunque velit, discedere, & sic in effectu arrestationem eludere? Verùm hoc nullo modo licitum esse, pulchris rationibus convincit *Cavalcan. decis. 1. num. 48. & seqq. part. 1. Pöck. de jur. sist. cap. 34. num. 2.* Si enim talis decretoria arresti sententia vim suspensivam haberet, illusoria esset arrestatio, cum creditoris irreparabili damno, interim hoc nemo improbare poterit, si arrestatus diffidens judici arrestanti, & justitiæ ejus, confugiat ad superiorem, & tam diu sub illius jurisdictione subsistere paratus sit, donec processus super legitima, vel illegitima arrestatione definiatur; Quod sæpissimè factum esse vidimus, ut arrestati ruri, vel alibi in minoribus judicijs, vel ad Aulici Consilij, vel ad alicujus Regiminis protectionem confugerint, sed plerumque non nisi cum magno suo dispendio, & protractione litis, cùm ferè semper causa ad inferiorem judicem examinanda, & decidenda remissa fuerit. 16

Aliud est dicendum in casu, quo arrestatio nulliter fuit imposita, V. G. si nobilis quædam persona arrestata fuerit in civitatibus, aut oppidis, vel si clericus à sæculari quodam judice personaliter fuerit detentus, nam propter defectum jurisdictionis talis arrestatio, & detentio est nulla, & prorsùs invalida. Judicatum enim dici non potest, quod ab eo judicatum est, qui jus dicendi potestatem non habet, text: in *l. 2. §. ult. ff. de pæn. & in l. 1. §. hæc autem. ff. quod quisque juris. l. 1. §. fin. ff. ad S. C. Tertul.* quia fundamento jurisdictionis sublato, quidquid superstruitur, corruit. *Gail. de arrest. cap. 7. n. 2.* Ex quo confirmatur, quod prius diximus, regulam illam, quòd in materia arresti exceptio incompetentiæ locum non habeat, generaliter acceptam falsam esse, cùm arrestantis jurisdictio quoad personam arrestati omninò debeat esse fundata, si non ex ordinario jurisdictionis fundamento, V. G. domicilij, rei sitæ, loci contractûs, &c. saltem ex dispositione legis, prout fit in materia arresti: Quæ tamen privilegiata jurisdictio ad personas, vel ipso jure exemptas, vel certè à dispositione legis specialiter exceptas non extenditur. 17

Quæritur decimò tertiò, cujus sumptibus arrestatus in loco arresti cum rebus suis, fortè etiam cum jumentis, equis, & curru subsistere debeat? Et Respondemus, si arrestatus debitor sit dives, & opulentus, quòd se ipsum alere debeat. Præsupponimus enim, arrestum per legitima probationum adminicula fuisse decretum. Justissimè igitur justificato arresto eidem sumptus alimentationis imponuntur, donec se à creditoris petitione liberet. *Pöck. de jur. sist. cap. 42. num. 5. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 111.* Nisi arrestatus debitor ipse sit indigens, ut media se alendi, & sua conservandi non habeat, tunc enim creditori incumbit, ut necessaria eidem subministret, vel breviori via judex subministrare poterit, si res cum persona arrestatæ ad ejus sustentationem, & alimentationem sufficiant. Idem *Pöck. & Coler. loc. cit. Berlich. part. 1. conclus. 77. num. 36. & seqq.* Ubi in tantum extendit hanc doctrinam, ut creditor etiam compelli debeat ad subministrandas debitori expensas litis, intellige justas, & legitimas, non quæ à debitore fortè ad fatigandum creditorem pro litis exten- 18

ſione malitioſè, & temerè fiunt. Videatur *Coler. loc. cit. num. 117. & ſequent.*

19 Quæritur decimò quartò, an judex arreſtatum debitorem, vel res ejus ex arreſto ſponte iterum dimittere poſſit? Et Reſpondemus negativè, quia id cederet in detrimentum creditoris. Sicut igitur ſecundùm priùs dicta judex arreſtum decernere non poteſt, niſi à creditore imploratus, ita etiam arreſtum ſemel legitimè impertitum ſua ſponte remittere, & creditori jus ſuum ſemel quæſitum ampliùs auferre non poteſt. Si ſecùs faciat, tenetur reum denuò ſiſtere, &, ſi non poſſit, litem ſuam facit, & creditori non minùs ac ipſe debitor ad ſolutionem, & ſatisfactionem debiti principalis obligatur. *Coler. part. 1. cap. 2. num. 117. Berlich. part. 1. concluſ. 77. num. 18.* Niſi fortè debitor ſit pauper, & egens, creditor verò eidem alimenta deneget, tunc enim judex juſtam cauſam habet, eum ex arreſto dimittendi, cùm arreſta ad hoc inventa non ſint, ut creditor debitorem enecet. Necare enim videtur, qui alicui alimenta denegat. Idem *Coler. & Berlich. loc. cit.*

20 Quæritur decimò quintò, quæ pœna maneat debitorem, qui arreſtum frangit, & aufugit, vel bona ſua arreſtata ex loco arreſti dimovet? Ad hoc Reſpondemus, quorundam opinionem eſſe, quòd puniri debeat pœnâ effracti carceris. *Menoch. lib. 1. arbit. judic. quæſt. cent. 4. caſ. 301. num. 11. Berlich. loc. cit. n. 28.* Alij verò arbitrantur, quòd affici poſſit pœnâ banni. *Moller. ſemeſt. lib. 2. cap. 24.* Sed hi videntur de ijs ſolummodò loqui, qui criminaliter detinentur; Nam ob debitum pecuniarium regulariter nemo criminaliter puniri debet.

Nos diſtinguimus, an is, qui arreſtum frangit, incola, & ſubditus ſit, vel extraneus. Si prius, poteſt judex loci, ubi violatio arreſti facta eſt, à judice domicilij, ejus remiſſionem petere, quæ etiam denegari non poteſt, ut infra de remiſſionibus dicemus; Et tunc judex, qui arreſtum fecit, poteſt eum loco pœnæ in duriorem, & tœdioſam cuſtodiam mittere. *Coler. part. 2. cap. 1. n. 101. Zanger. de except. part. 2. cap. 1. n. 184.* Vel propter violatum arreſtum, & juriſdictionem ſuam mulctâ pecuniariâ arbitrariâ afficere. Idem *Coler. part. 3. cap. 11. n. 52. Berlich. loc. cit. n. 30. & ſeqq.* Si poſterius, requiſitio erit inutilis, cùm hodierno jure remiſſiones inter diverſos Principes, & ſtatus ampliùs in uſu non ſint. Nihil igitur ſupereſt, quàm, ut conſtituatur bona cura, & vigilantia pro illo adhuc ſemel in Provincia deprehendendo, quo caſu rectè contra ipſum ad duriorem cuſtodiam, & propter violatam juriſdictionem etiam ad pœnam arbitrariam proceditur. Si autem debitor ita vafer ſit, ut ſe ampliùs comprehendi non patiatur, poteſt quidem indefinitè, vel ad certos annos relegari, ſive proſcribi. *Berlich. loc. cit. n. 32.* Sed, quando nullum ampliùs animum habet, in Provinciam noſtram redeundi, nec hæc pœna ipſi multùm erit curabilis, niſi fortè vir honeſtus ſit, cui cordi, & curæ erit, ne ſua bona fama per ejuſmodi publicam proſcriptionem, & relegationem aliquam ignominiæ notam, & maculam contrahat.

21 Sunt tamen aliqui caſus, in quibus arreſtatus ſine delicto, & pœnâ ex arreſto diſcedere poteſt, V. G. ſi exiſtimans, ſibi per arreſtum injuriam factam eſſe, recurſum ad ſuperiorem judicem ſumpſerit. *Berlich. loc. cit. n. 33. Pöck. de jur. ſiſt. cap. 28. n. 3.* Modò, ut ſupra jam diximus, in ſuperiori tribunali perſiſtat, donec proceſſus arreſti terminetur. Secundò, ſi pœnitudine ductus mox iterum revertatur, & in loco arreſti ſe denuò ſiſtat. Idem *Berlich. loc. cit. n. 34. Pöck. dict. cap. 28. n. 5.* Tertiò, ſi ſubitaneum periculum peſtis, incendij, hoſtilis irruptionis, inundationis aquarum, vel ſimile ingruat, cui cedere neceſſe ſit. Neceſſitas enim legem non habet. *Berlich. loc. cit. num. 35. Coler. part. 3. cap. 11. n. 52.* Modò ſe finitò peri-

periculô iterum ſiſtat, & judicium in loco arreſti ſuſcipiat. Quia impedimentô ſublatô ceſſat etiam excuſatio. Sicut enim ejuſmodi neceſſitas propter juſtum metum excuſationem meretur, ita juſto metu defunctus tenetur redire in antiquum obligationis ſtatum, ne creditori jus ſuum quæſitum ſine cauſa auferatur. Quartò, tametſi paulò antè dixerimus, quòd judex debitorem ſemel arreſtatum proprio motu, & ſua ſponte dimittere non poſſit, tamen hanc dimiſſionem ipſe creditor facere poteſt ſine præſcitu ipſius judicis. Ratio eſt, quia arreſtatio facta fuit in favorem creditoris. Cuilibet autem favori pro ſe introducto renunciare liberum eſt. *Coler. part. 1. cap. 6. num. 56. & cap. 8. num. 98. Berlich. loc. cit. num. 36.* Denique quintò, volunt, creditorem excuſari, ſi ad juſſum illius, cui parere neceſſe habet, V. G. patris, tutoris, aut curatoris, &c. ex arreſto diſcedat. Idem *Berlich. loc. cit. num. 37.* & ex eo *D. Balthaſ. loc. cit. n. 17. ad fin.* Ubi exemplificant in ſcholari, qui ad avocationem patris ex arreſto Academico diſcedit. De cujus aſſertionis veritate nos dubitamus, ſi enim præſupponitur, contra ſcholarem, & ejus libros, aliáſque reculas juſtè arreſtum decerni poſſe, ſi convictum non ſolvat, ut ſupra probavimus, & in Academijs quotidianum eſt, non videmus, quare juſſus parentis hunc arreſtationis proceſſum irritare poſſit. Certè, ſi talis inſalutato hoſpite diſcederet, noſtro judicio rectè à Magnifico Rectore citari, & ſi non compareat, proſcribi, aut relegari poſſit, ut idem *Berlich. loc. cit. num. 32.* tenet.

Quid ſi autem, pro decimo ſexto, ex poſt facto demonſtretur, creditorem arreſtum illegitimè, & indebitè impetrâſſe? Et Reſpondemus, quòd creditor arreſtato teneatur ad omne damnum, & intereſſe; Et injuriarum conveniri poſſit. *l. ſi creditores. in fin. ff. de reb. auth. judic. poſſid. l. penult. Cod. qui bon. ced. poſſ. l. item. apud Labionem. §. ſi quis. & ſeqq. ff. de injur. Gail. de arreſt. cap. 13. n. 21. & cap. 14. n. 1.* Ubi in tantum extendit, ut ſi mercator, vel alius negotiator, qui ex rebus arreſtatis quæſtum facere conſuevit, injuſtè arreſtetur, & detineatur, quòd non tantùm intereſſe damni emergentis, ſed etiam lucri ceſſantis petere poſſit. Et licèt quidam velint, creditorem etiam jus crediti amittere, ſi aliquod habuerit, tamen hoc alij contradicunt, *Pöck. cap. 18. n. 5.* & rectè. Vix enim videmus, quomodò aliquis dici poſſit, arreſtum injuſtè impetrâſſe, qui præſupponitur jus crediti habuiſſe, cùm, ut diximus, quælibet prætenſio veriſimilis arreſtationis impetrationem juſtificet. 22

Quæritur decimò ſeptimò, cùm articulus noſter expreſsè ſtatuat, quòd creditor prætenſionem ſuam contra incolam, ſive ſubditum intrà tres dies verificare, contra extraneum verò in proceſſu probatorio de una meridie ad alteram procedere debeat, ita ut, ſi hoc non fiat, arreſtum ipſo jure ſit caſſum, & irritum. An hoc etiam locum habeat, ſi proceſſus probatorius ultra hos terminos non ex culpa creditoris, ſed ipſius debitoris arreſtati protrahatur? Et Reſpondemus, quòd mora debitoris arreſtum non irritet. Ratio eſt, quia iſta abbreviatio terminorum eſt in ipſius favorem introducta, ne ſcilicet cum ſuo incommodo, & rei domeſticæ neglectu in alieno loco diutiùs detineatur. Sibi ergo imputet, quando reſtrictionem terminorum non obſervat, cùm videatur favori pro ſe introducto renunciare, & neceſſitatem longioris proceſſus agnoſcere. *Pöck. cap. 37. num. 1. & ſeqq.* 23

Diximus, in utroque caſu arreſtum non irritari, ſive agamus de arreſto contra incolam, & ſubditum, ſive contra extraneum impetrato. Licèt enim in caſu arreſti contra ſubditum impetrati videatur aliud dicendum eſſe, ex hac ratione, quòd arreſtato jus maneat, poſt irritationem arreſti debitorem coram ſuo ordinario magiſtratu in Patria conveniendi. Attamen

 nos

nos non videmus, quid multùm differentiæ ſit ex hac ratione inter ſubditum, & extraneum: Cùm etiam extraneus debitor diſſolutô arreſtô apud ſuum judicem ordinarium conveniri poſſit, & utriuſque creditor, qui ſubditum, & incolam, & qui extraneum, ſive forenſem debitorem habet, diſtrahatur ad alienum judicium. Quamvìs non negemus, plerumque difficilius eſſe, litigare extra Provinciam, quàm in Provincia, quia tamen etiam indigenæ extra domicilij locum litigantes in Patria ſuas incommoditates habent, quarum causâ jura arreſtorum adinventa ſunt, dicimus, tunc tantùm arreſtum ſubditi, & extranei ipſo facto, & ipſo jure irritum, & caſſum fieri, quando creditor terminorum obſervationem neglexit. Nam, ſi neglectus ſtet ex parte debitoris, neceſſe non eſt, ut caſſetur, vel irritetur arreſtum: Quoniam hoc ipſo ſatìs punitus eſt, ſi cum tædio, incommodo, & rei domeſticæ neglectu, in loco arreſti detineri, & judicium ſubire debeat. Sanè, ut verum fateamur, ineptum nobis videtur, ut creditor in quocunque caſu propter moram debitoris ex lapſu termini præjudicium patiatur. Id faciliùs admittere poſſumus in caſu, ſi ambo tam arreſtans, quàm arreſtatus forenſes ſint, quia, ſicut arreſtati intereſt, in loco extraneo non diu detineri, ita etiam creditoris, qui arreſtum impetravit, intereſt, in loco extraneo non diu litigare. Ut proinde conditio utriuſque litigantis æqualis, & una pars alterâ quoad proceſsûs abbreviationem, vel protractionem nec favorabilior, nec odioſior ſit.

24 Quid ſi autem, pro decimo octavo, creditor tam diligens ſit, ut terminum tridui in probatione debiti, ſive prætenſionis ſuæ prævenire, & illum V. G. primo ſtatim die in eadem audientia complere velit? Nemo utique dubitabit, illud omninò licitum eſſe. Ratio eſt, quia articulus in favorem debitoris ſtudet brevitati proceſsûs. Cur igitur non liceat creditori, legis terminum prævenire? Similiter, ſi creditor procedere velit de hora ad horam, non de meridie in meridiem, non dubitamus, id illi cum bona commoditate judicis licitum eſſe. Aliud eſt enim, terminum prævenire, & terminum præterire. Quod tamen ſic accipias velim, ſi debitori ejuſmodi præventio ſit accepta; Nam, licèt abbreviatio proceſsûs, illius favorem concernat, poteſt tamen fieri, ut nimiùm præcipitata ipſi ſit præjudicioſa. Fortè, quia pro comparandis defenſionis remedijs ulteriori termino indiget, tunc enim creditori præventionem inutilem eſſe non dubitamus.

25 Quæritur decimò nonò, ſi creditor termino trium dierum, vel probatorio proceſſui de meridie in meridiem non ſatisfecerit, an decretum judicis pro relaxando arreſto requiratur, vel an debitor arreſtatus cum rebus ſuis detentis à loco arreſtationis proprio motu diſcedendi facultatem habeat? Et putamus, ad poſtremam interrogationem affirmativè reſpondendum eſſe: Ratio eſt, quia articulus noſter pro relaxatione arreſti, judicis factum non requirit, ſed poſitivè dicit, quòd in caſu, quo creditor terminos probatorios non obſervat, arreſtum iterum relaxatum, & diſſolutum eſſe debeat, juxta verba, Sonſten der Arreſt wider relaxiert / unnd eröffnet ſeyn ſoll / & non dicit, relaxiert / und eröffnet werden ſoll. Ut proinde relaxatio arreſti in pœnam negligentis creditoris ſit effectus legis, non hominis, ſive judicis, & conſequenter debitori liberum, non exſpectato juſſu, ſive permiſſu judicis alibi diſcedere, quò voluerit. Contrarium videtur ſentire *D. Balthaſar*, qui *loco cit. n. 26.* judici neceſſitatem imponit, relaxandi arreſtum poſt neglectum terminum probatorium, quæ tamen ſupervacanea eſt, cùm ex ipſa diſpoſitione legis diſſolutio, & relaxatio arreſti contingat.

26 Quæritur vigeſimò, an judex hunc terminum prorogare poſſit? Et Reſpondemus negativè. Per rationem: Quia terminus legalis eſt, termini

ni autem legales, hominis prorogationi non subſunt, ſi tamen ſupponas, creditorem inevitabili quadam neceſſitate impeditum, terminorum obſervantiam neglexiſſe. Putamus, poteſtatem eſſe judici, ut ſublata neceſſitate alium ejuſmodi terminum, ſed non longiorem de novo concedat. An autem morbus ipſius creditoris juſta prorogationis cauſa ſit, valdè dubitamus. Cùm creditor non prohibeatur agere per procuratorem, ut ita impedimentum ex parte creditoris contingens minùs ſit ſufficiens, quàm quod contingit ex parte judicis. Cùm creditor ſuum defectum per procuratorem, judicis autem ſupplere non poſſit. Videatur *Pöck. cap. 38. num. 6.* & *D. Balthaſar. num. 28.*

Quæritur vigeſimò primò, ſi quis V. G. Calendis Maij matutino tempore impetraverit arreſtum contra incolam, ſive ſubditum, an hæ ipſæ Calendæ numerentur pro primo die termini? Item, ſi quis arreſtum impetraverit contra forenſem, an ſtatim à meridie Calendarum Maij proceſſum inchoare, & poſtmodùm de die in diem continuare debeat? Ratio dubitandi eſt: Quia DD. communiter volunt, quòd dies termini non computetur in terminum. *l. 1. ff. ſi quis caut. l. eum qui. 41. ff. de V. O. cap. 1. §. ſi quis. de except. in 6. cap. 1. de reſt. ſpol. in 6. Mynſing. cent. 5. obſerv. 15. & cent. 3. obſerv. 45. n. 4.* Sed ſuper hac quæſtione DD. diſſentiunt, *Berlich. loc. cit. n. 122.* cenſet, in materia arreſti terminum computandum eſſe de momento in momentum. Prout alibi de reviſione diximus. *Pöck.* tamen *loc. cit. cap. 37. n. 9.* mitius eſſe judicat, ut dies termini non computetur in termino, cum quo ſentit *D. Balthaſ. loc. cit. n. 29.* Nos multùm ſubſiſtimus, quid de jure noſtro ſtatutario dicendum ſit, cùm id in articulo noſtro non exprimatur. Quia verò in præmiſſis jam ſæpiùs diximus, quòd jura arreſtorum odioſa ſint, nobis Berlichij opinio videtur eſſe verior, ne in effectu contra verba, & intentionem articuli debitor ultra tres dies detineatur. Si enim Calendis Maij tempore matutino aliquis arreſtatus fuit, ſecundùm Pöckij, & Balthaſaris opinionem, primus dies Maij excluditur à termino, & ſic terminus probatorius primùm finitur quarto die Maij, ut in effectu arreſtatus ferè quatuor diebus ſub arreſto hæreat, quod eſt contra regulam. Favorabilia quidem eſſe amplianda, odioſa verò omni modo reſtringenda. Certum eſt, diem naturalem computari regulariter viginti quatuor horis, & menſem triginta diebus, tametſi ſubinde levis exceſſus detur, quem quia prætor non curat, juxta *l. ſcio. 4. ff. de in integ. reſtitut.* & modici temporis mora non conſideretur. *l. plerique. 33. ff. de rit. nupt. l. 1. §. 1. ff. de V. O.* Rectiſſimè nos facturos arbitramur, ſi à tempore facti arreſti tres dies naturales computemus. Sic, ut, ſi Calendis Maij horâ ſextâ matutinâ arreſtum impoſitum ſit, horâ ſextâ diei quarti ipſo jure iterum diſſolvatur, ſi creditor debitum, & prætenſionem ſuam non legitimè probaverit. 27

Dices, nos ad *Artic. 3. Tit. 10.* deß Summariſchen Proceß / dixiſſe, quòd diſpoſitio ibidem contenta de termino ſupplicationis ad manus Principis, ſive petendæ reviſionis computando de momento in momentum non obſervetur. Cur igitur non idem dicamus de materia arreſti, cùm computatio momentorum, ut per ſe evidens eſt, valdè periculoſa ſit? Sed Reſpondemus, beneficium ſupplicationis ad Principem, ſive reviſionis eſſe favorabile, remedium autem arreſtationis odioſum. Non eſt igitur neceſſe, ut id, quod conſuetudo in favorabilibus abrogavit, extendamus etiam ad odioſa.

Interim, ne in proceſſu arreſti nimis videamur eſſe rigidi, hoc addimus, terminum trium dierum non eſſe computandum à die, ſive hora denunciati arreſti, ſed ab illo tempore, quo creditor ſummariam fidem fecit de debito, ſive prætenſione ſua; Quod ex articulo noſtro clarè deducitur, 28

qui post arresti denunciationem primùm requirit, ut creditor prætensionem suam verisimlibus indicijs, & argumentis justificet, & tum demum judicis officium est, ut ad plenam probationem creditori præfigat spatium trium dierum, Unnd alsdann erst / da die Forderung scheinbar / vnnd glaubwürdig / also der arrest justificiert ist / soll dem Kläger aufferladen werden/ seinen Spruch innerhalb drey Tagen zubeweisen. Ab hac igitur judicis interlocutoria primùm incipit currere terminus probatorius per spatium tridui nostra opinione de momento in momentum computandi. Si enim in casu, quo statutum terminum tridui probatorium restringit ad tempus denunciationis factæ, secundùm *Pöckium. dict. cap. 38. n. 9.* & *Balthasar. loc. cit. n. 29. in fin.* illud currit de momento in momentum, cur non etiam in casu articuli nostri, quo tempus per expressum interlocutoriæ creditori probationem injungenti annectitur?

Der Neundte Articul.

DJe Innländer sollen sich deß Rechtens im Land benügen lassen / vnd keiner dem andern ausser Lands verbieten / Es wäre dann die Bezahlung ausser Lands versprochen worden / oder zubesorgen / daß der Schuldner / nit mehr in das Land kommen möchte.

SUMMARIA.

1. *An prohibitum sit, ne unus incola alterum extra Provinciam arrestari faciat?*
2. *Utrùm talis arrestatio non solùm sit illicita, sed nulla, ita ut debitori solventi condictio indebiti competat?*
3. *Quid si conventum fuerit, ut alibi solvatur, an arrestum extra Patriam rectè fieri possit?*
4. *An in loco contractûs, qui extra Patriam est, arrestum valeat?*
5. *Quid si periculum sit, ne debitor ampliùs in Patriam revertatur?*
6. *Si quis sui concivis rem sibi jure hypothecæ obligatam extra Provinciam deprehendat, an arrestari possit?*
7. *Si moris sit, vel de consuetudine, ut in hoc loco solutio fieri debeat, an ibi contra incolam per arrestationem procedi possit?*

HAbuimus hactenus duos casus arrestationis licitæ, primus fuit, quando extraneus in Provincia deprehenditur, adversùs quem subditus, sive incola prætensionem habet. Alter casus fuit de arrestis civitatum, & oppidorum, quæ jus habent, non solùm pro debitis civium sistendi, & detinendi extraneos, & res eorum, sed etiam subditos, & incolas. Nunc in præsenti articulo ponitur tertius casus, si scilicet unus subditus, alterum subditum debitorem suum extra Provinciam in loco tertio deprehensum ar-
1 restari facit? Et ad hunc casum articulus noster tam in rubro, quàm nigro severâ prohibitionē annectit, ut nullus subditus præsumat, contra alterum consubditum ex quacunque causa implorare arrestum. Cujus rei ratio est, quòd in Patria nostra judicia, ut supra monuimus, tam superiora, quàm inferiora benè constituta sint, ut justè statuto cavere potuerit, ne unus incola alterum litibus extra Provinciam vexet, sed justitiâ patriâ contentus sit, Daß er sich deß Rechtens im Land begnügen lasse. Prout de simili statuto Brabantiæ mentionem facit *Pöck. cap. 8. n. 1.*

2 Ex quo tamen hæc quæstio resultat, quid dicendum sit, si hac prohibitione neglecta unus incola alterum extra Provinciam arrestari fecerit, & mediâ arrestatione suum consecutus fuerit, anné talis arrestatio sit ipso jure nulla, ita ut arrestatus illius, quod solvit, repetitionem habeat, vel non?

Non

Non loquimur hîc de tali creditore, qui per extranei judicis injuriã à concive suo aliquid iniquè expressit, quod eidem nullo jure debuit: Quia hoc in casu nullum dubium est, quin condictio indebiti contra ipsum locum habeat, sed loquimur de illo creditore, qui per executionem accepit, quod sibi sine exceptione debebatur. Et licèt D. Balthas: multas rationes adducat, quibus suaderi possit, ejusmodi arrestationem non solùm illicitam, sed etiam nullam, & invalidam esse. Tamen, cùm articulus noster prohibitioni suæ pœnam nullitatis non annectat, & nos præsupponamus, creditorem accepisse, quod suum est, nec minimam arrestato injuriã factam esse, rectè cum D. Balth: concludimus, ejusmodi contraventorem ex capite nullitatis, sive invaliditatis arresti quidem conveniri non posse, posse tamen, ut transgressorem legis patriæ à judice suo ordinario condignè puniri, mulctâ scilicet pecuniariâ ad arbitrium judicis pro qualitate circumstantiarum. Imò D. Rath hanc opinionem in tantum extendit, ut dicat, quòd judex forensis, si tali creditori alium suum concivem extra Patriam persequenti arrestum denegaret, de syndicatu teneretur. Hoc tamen non intelligas de judice, qui in Patria nostra incolæ contra incolam arrestum extra locum domicilij denegavit. Ratio est, quia justè, & juxta præceptum legis fecit, ergo de syndicatu teneri non potest. Si D. Rath extraneum judicem in syndicatum condemnare vult, præsupponere debet, quòd in loco prorsùs extraneo forensi contra forensem jus arrestationis imploranti id ex necessitate quadam administrari debeat. De jure communi nulla necessitas subest, quia arresta secundùm præmissa regulariter prohibita sunt. Ergo ad contrariam consuetudinem, sive observantiam deveniendum est, quæ, cùm facti sit, probari debet. In toto hoc nostro titulo de arresto forensis contra forensem in Patria nostra nihil dispositum invenimus. Rationabiliter igitur ejusmodi casus dijudicationem ad cujuslibet loci jus præscriptum, & obtentum remittimus.

Excipiuntur tamen ab hac prohibitione duo casus, primus est, si arrestum fieret in illo loco extra Patriam, ubi ex conventione solutio facienda est. Convenit hoc cum jure communi, prout declaravimus in *semicent. nostr. 1. controv. 21. n. 7.* Et quamvìs *Berlich. lib. 1. conclus. 75. num. 39.* velit, quòd ad hoc, ut arrestum extra Provinciam fieri possit, duo requirantur, 1. ut ibi contractum, & 2. locus ibidem pro solutione facienda destinatus fuerit. Quia tamen articulus noster de contractu nihil dicit, nobis dubium non est, quin sola promissio de solutione alibi facienda ad justificationem arresti sufficiens sit. *Berlich. loc. cit.* loquitur de jure Saxonico, quod ad jura nostra Bavarica accomodari non potest. 3

Nec obstat, quòd de jure communi ibi quis se defendere teneatur, ubi contraxit. *l. aut ubi quis. 3. ff. de reb. auth. jud. poss. l. hæres. ff. de judic.* Non tantùm quando quis in loco contractûs officinam, tabernam, horreum, armarium, aut pergulam, ut loquitur textus in *l. hæres. 19. §. proinde. 2. ff. de judic.* Sive quando conduxit domum, cellam, vel cameram, ein Kauff-Gewölb / uti mercatores solent in civitatibus illis, ubi annuas nundinationes exercent, sed etiam, si quis nudus advena sit, à loco contractûs statim iterum recessurus, nam & is jurisdictioni illius loci subjicitur, si ibidem deprehendatur in persona, vel ejus bona, in quæ ad instantiam creditoris possit fieri manûs injectio, vel immissio, *Math. Steph. de jurisdict. lib. 1. cap. 29. n. 22. & seqq.* Sed Respondemus, quòd nudus contractus de jure nostro Statutario non fundet jurisdictionem incolæ contra concivem extra locum domicilij, ut statim dicemus ad sequentem *Art. 10.* ergò multò minùs extra Provinciam, intellige, ut supra jam exsplicavimus, ad hunc effectum, ut arrestatio dicatur licita, & creditor arrestationem impetrans sit sine pœna, juxta generalitatem articuli nostri, quæ positivè 4

ſitivè omnem arreſtationem, quam incolæ inter ſe extra Provinciam implorant, ſeverè prohibet, & locum contractûs nullo modo excipit. Inſtabis, plus utique eſſe, in loco contrahere, quàm ad locum ſolutionem tantùm deſtinare. Sed Reſpondemus, imò plus eſſe promittere ſolutionem in certo loco faciendam, quàm in certo loco contrahere. Probatur id ex *tit. ff. de reb. auth. jud. poſſ.* Ubi, cùm textus in *l. 1.* dixiſſet, quòd ibi bona venire oporteat, ubi quiſque defendi debet, id eſt (ut *l. 2.* ſupplet) ubi quis domicilium habet, aut ubi quis contraxit, ſtatim in *l. 3.* ſubnectitur; Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium geſtum ſit, ſed quo ſolvenda eſt pecunia. Et huc reſpexiſſe videtur articulus noſter, qui exceptionem faciens à regula, de ſola promiſſione ſolvendi in certo loco, mentionem facit, & de contractu alibi facto nec verbo meminit, quod utique ſignum eſt, ſolum contractum ſufficientem cauſam non eſſe, ut civis civem, ſive incola incolam extra locum domicilij licitè arreſtari facere poſſit; Quamvìs per ſe clarum ſit, ſi in contractu ſpecialiter conventum fuit, ut ibi ſatisfactio fieri debeat, ubi contractum eſt, quòd arreſtum juſtè, & licitè impetrari poſſit, quia hoc ipſo de loco ſolutionis ſufficienter conventum fuit. Imò, ſi incolæ inter ſe expreſsè convenerint, ut unus alterum pro ſatisfactione contractûs ubique locorum, ubi deprehenditur, convenire poſſit. Arreſtationi ubique locum eſſe non dubitamus, quia tacitè ſolutio, & ſatisfactio in quemcunque locum remiſſa, & conſequenter juſtificationi arreſti copia facta fuit. Videantur, quæ ſcripſimus in dicta *ſemicent. 1. controverſ. 29.* Ubi hanc quæſtionem, an valeat pactum, quo quis ſe obligat, ut extra domicilium in loco contractûs, vel coram judice non ſuo conveniri poſſit, affirmativè reſolvimus. Si ergo quis ex pacto coram alieno judice conveniri: Etiam arreſtari poterit; Cùm juriſdictio alieni judicis non aliter, niſi detentione, arreſtatione, manûs injectione, & captione pignorum in effectum deduci poſſit.

Advertendum tamen eſt, quòd jus arreſtandi alieno judici in loco deſtinatæ ſolutionis conceſſum, eidem tantùm competat cumulativè, non privativè. Liberum igitur creditori eſt, ſi debitorem ſuum in loco domicilij convenire, aut in loco privilegiato, cui juxta ſupra dicta jus arreſtandi contra incolas ex privilegio competit, arreſtationi ſubjicere velit, quia arreſtatio in loco deſtinatæ ſolutionis accumulat forum foro, & alteri non præjudicat, *Balthaſar. hoc loc. num. 5. verſ. quod autem. Coler. part. 2. cap. 1. num. 63.*

5 Alter caſus exceptionis eſt, ſi periculum ſit, ne debitor ampliùs in patriam, & domicilium ſuum antiquum revertatur. Sunt enim quidam homines vagabundi, qui nullum ſtabilem locum habent, & ut gloſſa in *l. 4. §. prætor. ff. de dam. infect.* ait, cui nec certum domicilium, nec conſtans habitatio eſt, vel qui certum quidem domicilium in Patria habuit, tamen ad inopiam vergens fugitivo ſimilis eſt, & de uno loco ad alterum oberrat, ut juſta ſuſpicio eſſe poſſit, quòd ad patriam reverti animum non habeat. Certè is nomine incolæ, & indigenæ indignus eſt, & proinde ubique locorum capi, detineri, & quolibet arreſtorum modo executioni ſubjici poteſt. De quibus videatur *Clarus. in prax. criminal. quæſt. 2. verſ. cæterum.* de quibus dicebat *Barthol. in l. hæres abſens. §. proinde. 4. ff. de judic.* quòd multi ſuſpendantur Ribaldi in civitatibus, & caſtris, ubicunque inveniuntur, cùm non habeant forum: *Peq. in deciſ. ſuis deciſ. 3. ferè per tot.* Vide etiam, quæ ſupra diximus de fugitivis ubicunque comprehendendis ad *tit. 13. Art. 2. 3. & 4.*

6 Addimus nos tertiam exceptionem propoſitæ regulæ, ſi ſcilicet aliquis indigena alterius ſui concivis rem extra Provinciam deprehendat, quæ ſibi jure hypothecæ tacitæ, vel expreſſæ obligata eſt. Illam enim juſtè ubique loco-

locorum persequitur, quia actionem realem habet, quæ ubique institui potest, ubi res deprehenditur, juxta *Artic. 1. Tit. 3. & Artic. 1. Tit. 11.* deß Gandt-Proceß / & *l. fin. Cod. ubi in rem actio. l. si prædium. Cod. de præd. & al. reb. min. &c.* cùm actio realis sequatur rem, non personam. Videatur *semicent. 1. controvers. 9. n. 6.*

7 Faciunt aliqui quartam exceptionem, si moris sit, ut de mercatu in mercatum, sive de nundinis ad nundinas solutio fiat. Quæstio in exemplo fit clarior. Monachij moris est, ut in nundinis Jacobinis rurales nundinatores, die gemeine Land / vnd Gey-Krammer / à mercatoribus sibi de omni genere mercantilium provisionem pro toto anno faciant, habita semper fide de solvendo pretio, usque ad alterius anni recurrentes nundinas. Quæstio igitur est, si ejusmodi nundinator indigena mercatori Monacensi fidem non servet, & solutionem in proximis nundinis deneget, an non mercator Monacensis talem nundinatorem facere possit detineri, donec sibi satisfactionem præstet? De civitate Monacensi res nullum habet dubiũ, quia hæc Metropolis privilegium habet, extraneos, & indigenas omni tempore arrestandi. Sed quidsi talis consuetudo etiam alibi, V. G. in nundinis Gerensibus, zu Gern / introducta sit, ut nundinatores rurales mercatoribus in nundinis post anni spatium recurrentibus satisfactionem præstent? Anné Gerensis judex jus detentionis, & arrestationis ex eo capite habet, quòd tali consuetudine censeatur promissio de solvendo in hoc loco, & tali tempore introducta esse? Et certè id cum *D. Balthasar. resol. 10. ad initium.* libenter admittimus. Scimus, aliquando quæstionem fuisse huic non absimilem: Nobilis quidam braxatorium suum locavit pro annua pensione duobus suis subditis cauponi, & pistori sub hac conditione, ut cerevisiam non mensuratim, sed sub dolio distraherent, modo hactenus consueto, id est, ut cauponibus, qui cervisiam avehebant, semper de pretio fides haberetur, donec cervisiam mensuratim vendidissent. Contigit ergo, ut quidam ex cauponibus solutionem tam diu differret, donec plura dolia distraxisset, quare conductores braxatorij à judice loci arrestum impetrârunt, ut caupo debitor tam diu cum curru suo, & equis detineretur, donec, vel solutionem in parata pecunia præstaret, vel in loco arresti per pignora, aut fidejussores idoneè caveret. Excepit debitor, quòd conductores braxatorij ipsum debeant coram suo judice convenire, eò quòd subditus subditum in Provincia arrestare non possit, sed hoc non attento arrestum justificatum fuit ex hac ratione, quòd semper moris, & consuetudinis fuerit in hoc braxatorio, ut, si caupo divendidit dolium cerevisiarium, & alterum peteret, debuerit prius in loco braxatorij divenditum solvere, quæ consuetudo, & observantia tacitam quandam conventionem de loco solutionis induxerit, quod hodierno adhuc tempore in meo braxatorio quotidie observatur.

Der Zehendte Articul.

Nachdeme bißweilen ein Vnderthon den andern vor einer Obrigkeit / vnder deren kein Theil gesessen / zu verbieten begehrt / als da geschicht auff offnen gefreyten Jahr-Märckten / oder in Stätt vnd Märckten / allda kein Theil Burger ist / soll fürterhin dergleichen Verbott nit mehr bewilligt / sondern die Theil für die ordenliche Obrigkeit gewisen werden; Es wäre dann / daß der Beklagte an demselben Ort / wo das Verbott begehrt würdet / die Schuld zubezahlen versprochen.

SUMMARIA.

1. Utrùm arreſtatio indigenæ contra indigenam in ipſa Provincia prohibita ſit?
2. An talis arreſtatio ſit ipſo jure nulla?
3. Quid ſi periculum ſit, ne debitor aufugiat, vel excedat?
4. An ab iſta prohibitione arreſti non excipiantur civitates, & oppida, quæ jus arreſtandi ex privilegio habent?
5. An nundinæ publicæ ſpecialiter tribuant exemptionem ab omni arreſtatione, & detentione?

1 DIximus in præcedenti articulo, quòd nullus indigena alterum indigenam extra Provinciam facere debeat arreſtari, vel detineri, nunc hæc prohibitio ulteriùs extenditur, ut etiam arreſtatio indigenæ contra indigenam in ipſa Provincia prohibita ſit. Ratio eſt eadem, quam ſupra attulimus, quòd judicia in Patria noſtra benè conſtituta ſint, ut juſtitia ſine longis ambagibus, aut magno incommodo impetrari poſſit, & proinde neceſſarium non ſit, ad remedium detentionis, & arreſtationis aliàs odioſum, & jure improbatum devenire.

Additur in articulo unica exceptio, de qua jam egimus, niſi ſcilicet inter partes de ſolutione certo loco facienda conventum fuerit. Ratio eſt, quia promiſſio de ſolutione hoc, vel illo loco facienda fundat juriſdictionem judicis loci, qui utique, ut priùs innuimus, alio modo juriſdictionem manutenere non poteſt, quàm per detentionem, manûs injectionem, arreſtationem, & pignorum captionem.

2 Quæres, ſi judex indigena hac prohibitione neglecta ad implorationem unius ſubditi alterum ſubditum arreſtaverit, anné ipſo *jure arreſtum valeat*, ut in præcedenti articulo de arreſto diximus, quod ab extraneo judice ad implorationem alicujus indigenæ contra concivem decretum fuit? Et Reſpondemus, inter utrumque caſum magnam differentiam eſſe, hæc prohibitio enim, quæ in articulo noſtro ſit judici indigenæ, adimit illi juriſdictionem, ut proinde arreſtum à non habente juriſdictionem impetratum ipſo jure nullum ſit.

Prior articulus tantùm inhibet ſubditis, ne concives ſuos extra Provinciam arreſtari faciant, cui, ſi contraveniant, utique pœnam incurrunt, ne prohibitio contra legis naturam verbis potiùs, quàm rebus impoſita eſſe dici poſſit. At judici extraneo leges noſtræ ſtatutariæ modum præſcribere, aut juriſdictioni ejus quidquam derogare non poſſunt, cùm ſtatuta extra territorium ſtatuentium non extendantur. Textus, & interpretes in *l. fin. ff. de juriſdict. om. jud.* Imò, ſicut *D. Rath. loc. cit. aſſert. 81. litt. C.* vult, erga judicem extraneum indigenæ contra indigenam juriſdictionem ſuam denegantem in ſyndicatum procedi poſſe. Ita nos ècontra arbitramur, judicem indigenam, qui contra prohibitionem hujus articuli ſubdito contra ſubditum arreſtum decernit, de ſyndicatu teneri.

3 Quid ſi autem juſtus metus ſubſit, ne ſubditus, contra quem ab alio ſubdito coram judice indigena, alieno tamen, arreſtum imploratur, cum reculis ſuis excedat, & diffugiat, anné hoc in caſu detentio, & arreſtatio locum habeat, prout in præcedente articulo locum habere, expreſsè ſtatuitur? Et Reſpondemus, nullum dubium eſſe, quin etiam judex indigena, tametſi aliàs incompetens ejuſmodi debitorem de fuga ſuſpectum detinere, imò etiam in cuſtodiam, & carcerem mittere poſſit, ut diximus ad *Art. 2. Tit. 13.* der Land-Recht / inter utrumque tamen caſum hæc differentia eſt, quòd judex indigena debitorem de fuga ſuſpectum ad judicem ſuum ordinarium, id eſt, judicem domicilij remittere debeat, quod judex extraneus non facit, cùm remiſſiones, ut aliquoties diximus, inter extraneos

ho-

hodie ampliùs in usu non sint, sed ipse contra debitorem procedet. Et hinc est, quòd exceptio fugæ in priori articulo justificet arrestum extraneum, quem subditus contra subditum impetravit, ut propterea puniri non possit. In hoc autem articulo non repetitur, cùm captura fugitivi debitoris cuilibet magistratui incumbat, non ad hunc effectum, ut ejus jurisdictio justificetur, sed, ut comprehensus ad suum ordinarium magistratum judicandus remittatur.

Et quamvis articulus noster generaliter improbet, & prohibeat, ne unus subditus alium coram judice non suo in Patria arrestari faciat, tamen, ut leges legibus concordentur, & contrarietas evitetur, dicendum est, ab hac generali prohibitione excipiendas esse civitates, & oppida, quæ juxta *Art. 7. hujus Tit.* vi privilegiorum suorum jus habent, non tantùm extraneos, sed etiam incolas, & indigenas pro civium suorum debitis, & prætensionibus arrestandi, ut benè advertit *D. Rath. loc. cit. assert. 82.* & *Dom. Balthas. ad hunc tit. resol. 10. num. 3.* Et licèt D. Rath opinio videatur eò tendere, quòd præsens articulus noster sit tantùm intelligendus de arresto indigenæ judicis, quod impetratum est inter duos subditos, quorum neuter illius jurisdictioni subjectus est, tamen hoc minimè approbamus, pone enim, aliquem subditum præfecturæ Fridbergensis ad petitionem alicujus subditi præfecturæ Dachaviensis ibidem Dachavij deprehensum, arresto detentum esse: Certè ejusmodi arrestatio huic articulo nostro non minùs contraria, & illicita est, quàm, si inter duos subditos præfecturæ Fridbergensis facta fuisset, tametsi enim nigrum de hoc solùm casu loquatur, quando judici arrestanti neuter ex subditis subjectus est, tamen rubrum generaliter conceptum est de arresto prohibito, quod subditi contra se ipsos reciprocè in Provincia exigunt, nec distinguitur, àn tantùm unus, vel neuter jurisdictioni arrestantis subjectus sit. Ratio prohibitionis fundatur in hoc, quòd in Provincia nostra, ubi justitia, & judicia bene constituta sunt, quilibet subditorum coram suo ordinario magistratu conveniri debeat. Sicut igitur præfectus Dachaviensis se non debet immiscere in litem, & controversiam, quam duo subditi Fridbergenses inter se fovent, ita etiam, si subditus Dachaviensis subditum Fridbergensem in præfectura Dachaviensi comprehensum convenire, & prætensionem suam odioso, & aliàs prohibito jure arrestorum persequi velit, audiendus non est, sed ad judicem rei Fridbergensem remittendus. Quod ita quotidie practicatur. Generalis igitur hujus articuli dispositio aliter limitanda non est, nisi in casu, quo quis subditus, sive indigena convenitur in civitate, vel oppido jus arrestandi ex singulari privilegio habente. Si enim juxta *Art. 7.* civitates, & oppida, quibus privilegium arrestationis non competit, pro debitis civium suorum, nullam detentionem, aut arrestationem facere possunt, ita multò minùs ejusmodi præfecti rurales, aut etiam hoffmarchiales judices pro debitis, & prætensionibus suorum subditorum, cùm notoriè omni privilegio destituantur, detentionem, aut arrestationem facere possunt: Semper principali regula salva persistente, quòd arrestum per se odiosum, & jure prohibitum locum non habeat, nisi in casibus expressè permissis, & non ultra. 4

Diximus supra, quosdam hujus opinionis esse, quòd in nundinis publicis omnia judicia silere debeant, ita ut nullus creditor debitorem suum convenire, multò minùs detinere, arrestare, aut pignorare debeat, juxta *l. unic. Cod. de nundin.* Cui opinioni videtur favere *D. Balthasar. ad hunc locum. resol. 10. n. 4.* quia tamen de contrario nobis satis constat, ex rationibus supra jam adductis, usum, & observantiam quotidianam justiorem existimamus, quàm D. Balthas. opinionem, quam ex hoc articulo satis impertinenter fundare, sive stabilire contendit. Dicit enim articulus, quòd 5

quidam ſubditi hunc abuſum habeant, ut ſe invicem in publicis nundinis, auff offnen befreyten Jahr-Märckten / detineri, & arreſtari faciant, quod articulus noſter improbat, & rectè: Cùm ſe etiam extra nundinas publicas in Provincia ad detentionem, vel arreſtationem adigere non debeant. Ex hoc tamen non ſequitur, quòd nundinæ ſpecialiter tribuant exemptionem ab omni conventione, detentione, & arreſtatione, cùm articulus de hoc ne ſomniaverit quidem. Quod clarè apparet ex verbis ſubſequentibus, alium caſum ponentibus, quòd ſcilicet ſubditi extranei ſe invicem mutuò conveniant in civitatibus, & oppidis, tametſi neutra pars civico magiſtratui ſubſit, quod lex, ſive ſtatutum in hoc articulo omninò reprobat, per rationem, quòd privilegium juxta *Art. 7.* quibuſdam civitatibus, & oppidis competens ſolùm competat pro debitis, & prætenſionibus civium contra externos, ſive prorsùs extraneos, non autem (ordinariè) pro debitis aliorum, qui civico magiſtratui non ſubſunt. Prout igitur civitatibus, & oppidis prohibetur, & inhibetur, ne alijs ſubditis ſuo privilegiato proceſſu arreſtationis moleſti ſint, ita etiam id fieri prohibetur tempore publicarum nundinarum, non in favorem nundinarum, ſed in odium civitatenſium, & oppidanorum magiſtratuum, qui privilegio ſuo Ottoniano pro ſolis debitis civium indulto etiam in favorem prorsùs exterarum partium abutuntur. Nihil igitur nundinarum libertati tribuendum eſt, cùm ubique videamus, contra extraneos, & etiam in civitatibus privilegiatis pro civium debitis proceſſus arreſtorum, & detentionum decerni. Et hic eſt genuinus ſenſus articuli noſtri, qui hanc maximam, ſive Regulam univerſalem, rejectis omnium arreſtorum, detentionum, & pignorationum proceſſibus, ita firmam, & ſolidam eſſe vult, ut nec libertate nundinarum publicarum, nec quarumcunque civitatum, & oppidorum privilegijs convelli debeat. Inutiles proinde ſunt omnes limitationes, quas Dom. Balthaſ. hìc loci apponit, quando ſcilicet privilegio nundinarum locus non ſit. Progredimur ergo.

Der Ailffte Articul.

Iſt jemand vor der Sequeſtration oder Arreſt / im Innhaben deß ſequeſtrierten oder arreſtierten Guets geweſen / ſo verleurt Er durch die Sequeſtration oder Arreſt (welche doch anderſt nit / dann wie ob geordnet / fürgenommen werden ſollen) ſein Innhaben nit / ſonder würdet dannoch zu Recht für ein Beſitzer gehalten; Es wäre dann daß die Parthеyen / ſelbſt jemanden ein ſtrittig Guet / zu treuen Handen mit ſolchem Geding gegeben / vnnd befolchen hätten / daß entzwiſchen / vnnd biß zu Außtrag der Sachen / kein Theil ſoll deſſelben Guets Innhaber ſeyn.

SUMMARIA.

1. *An per arreſtationem, vel ſequeſtrationem amittatur poſſeſſio?*
2. *Quid ſi partes in ſequeſtrationem poſſeſſionis conſentiant?*
3. *Vel judex durante proceſſu poſſeſſionē rei ſequeſtret, annon poſſeſſio in ſequeſtrum tranſeat?*
4. *Quid interſit, utrùm poſſeſſio tranſeat in ſequeſtrum, vel maneat apud antiquum poſſeſſorem?*
5. *An inter plures creditores arreſtantes detur jus prælationis, vel par eorum ſit conditio, ut in immiſſis ex primo decreto?*
6. *An judex indigena ad implorationem extranei contra extraneum arreſtum decernere poſſit?*

Vidi-

Vidimus, ad initium hujus tituli inscriptionem de duabus materijs factam esse, de sequestratione, & arresto, propter connexitatem, quam inter se habent. De utraque hactenus specialiter egimus, ultimus autem iste articulus comprehendit quæstionem sequestrationi, & arrestationi comunem, an scilicet per utrumque actum sequestrationis, vel arrestationis amittatur possessio? *D. Balthasar. ad hunc locum. resol. 11.* varias distinctiones adducit, & examinat, maximè illam communem, quæ differentiam constituit inter sequestrationem voluntariam, & necessariam, de qua ad initium tituli jam plura diximus. Nos ad quæstionem propositam simpliciter respondemus, per sequestrationem, & arrestationem nec de jure communi, nec de jure nostro statutario amitti possessionem, sive sequestratio, & arrestatio per judicem, sive partium bona voluntate facta fuerit, sed remanere penes priorem possessorem. Cùm sequestrationis, & arrestationis finis non sit alius, nisi, ut res penes sequestrem, vel apud judicem, donec controversia legitimè terminetur, in custodia sit, custodia autem non tribuit possessionem. Vera possessio enim est, si quis rem animo dominij habeat, quem neque sequester, nec judex habere potest, cùm sciant, rem esse alienam. Unicam exceptionem annectit articulus noster, nisi ipsæ partes alicui rem litigiosam ad fideles manus tali conditione, & pacto crediderint, ut durante lite neutra pars habeatur pro possidente. Dubium, quod apud Juris-Consult: hac in parte ortum est, originem traxit ex *l. licèt. 17. §. 1. ff. depos.* Ubi textus inquit, rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed & possessio, nisi apud sequestrem deposita est. Nam tum demum sequester possidet, id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. Ex quibus verbis videtur convinci, in omni sequestro possessionem transire in sequestrem. Sed posteriora verba, nisi apud sequestrem deposita sit, non sunt referenda ad rem sequestratam, sed ad possessionem, ut sensus sit, possessionem semper manere apud priorem possessorem, nisi possessio apud sequestrem deposita fuerit. Quod tunc fieri intelligitur, cùm partes apertè dicunt, se possessionem ad sequestrem deponere, donec lis terminetur, qua depositione, ut Juris-Consult: ait, id agitur, ut neutrius possessio procedat, id est, ut neutra pars intermedio tempore possessionis commodum habeat. Et hic est sensus articuli nostri, **Daß biß zu Außtrag der Sachen** (facta sic possessionis sequestratione) **kein Theil desselben Guets Innhaber seyn soll.** Videatur *Dom. Rath. loc. cit. dissertat. 62. per totum.* 1 2

Quidsi non ipsæ partes in sequestrationem possessionis consentiant, sed judex durante processu possessionem rei sequestret, anné tunc temporis, possessio in sequestrum transeat, sicut, si ipsæ partes in sequestrandam possessionem consensissent? Et Respondemus cum distinctione, vel enim una ex partibus ante sequestrationem, vel arrestationem fuit in notoria possessione rei, & tunc judex eidem possessionem intervertere non potest, vel possessio fuit incerta, & litigiosa, ita ut ambæ partes super illa contenderint, & tunc vix dubium est, quòd judex eam sequestrare possit, ne partes ad arma deveniant, qua sequestratione durante dicendum est, sequestrem possidere, & neutrius possessioni, id tempus procedere, ut sunt verba Juris-Consf: in dict: *l. licèt. ad fin.* 3

Quæras, quam utilitatem hæc disputatio habeat de possessione transeunte in sequestrem, vel permanente apud antiquum possessorem? Et Respondemus, exinde primò sequi, quòd sequester rem sequestratam nullo unquam tempore præscribere possit. Ratio est, quia præscriptio sine possessione nunquam procedit. *cap. sine possessione. 3. de R. J. in 6. cap. causam. 7. x. de præscript. cap. 3. in fin. x. de probat. l. sine possessione. 25. ff. de usucapion.* Secundò sequitur, quòd ille, qui ante sequestrationem, vel arrestationem 4

 in

in possessione fuit, eam durante sequestratione, sive arrestatione continuare, & consequenter præscriptionem inchoatam complere potuerit. *l. interesse. ff. de acquir. possess. Caroc. de sequest. part. 1. quæst. 4. num. 3.* Tertiò sequitur, quòd tali possessori interdictum retinendæ possessionis competat. *Berlich. lib. 1. conclus. 73. num. 127. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. n. 85. & n. 97.* cæterùm, quæ aliàs possessionis commoda sint, omnibus notum est, ut ulteriore deductione non indigeat.

5 Quæres, quid juris sit, si plures creditores super eadem re debitoris sui arrestum impetraverint? Et Respondemus, si vera est sententia Berlichij, & aliorum, quòd arrestum jus hypothecæ tribuat, illum, qui prius arrestum impetravit, altero fore potiorem, sed, quia in præcedentibus de jure nostro statutario arrestanti nullo modo jus reale pignoris, aut hypothecæ concedimus, ideò, quod in Saxonia obtinet, ad Patriam nostram extendendum non est. Majorem difficultatem habet, annon is, qui prius arrestum impetravit, personale privilegium prælationis habeat, præ altero, qui ex post facto prioris arrestationi accessit, juxta *Artic. 31. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß / Verſ: Alſo auch / ubi inter personales creditores ille præfertur reliquis, qui priùs à judice mandatum de solvendo obtinuit, sed, quia jam ibidem clarè demonstravimus, quòd verba, **Der von deß Schuldners Obrigkeit vor dem Gandt-Proceß ein Geschäfft / daß der Schuldner die Bezahlung thuen soll / erhalten hat / den Vorgang vor dem anderen gemeinen Glaubigeren haben soll /** de re judicata intelligenda sint. Ideò arrestanti nec inter reales, nec inter personales creditores ullum privilegium concedere possumus, sed dicimus, plurium creditorum arrestantium causam, & conditionem parem esse. *Pöck. de jur. sist. cap. 40. num. 5.* per rationem, quia arresta æquiparantur missionibus in possessionem ex primo decreto. *Gail. de arrest. cap. 12. num. 3.* Sed primum decretum interpositum ad unius creditoris petitionem nihil ipsi præcipui tribuit, sed omnibus creditoribus prodest, ut latè deduximus in *semicent. nostra. 1. controvers. 13. per totum.* Ergo nec arrestatio unius creditoris reliquis subsequentibus arrestantibus quidquam præjudicabit. Videantur tamen, quæ de rebus judicatis scripsimus ad *Artic. 3. Tit. 16.* der Land-Recht / ubi diximus, quòd inter plures litigantes super eadem re ille præferendus sit, qui sententiam priùs pro se obtinuit. Ex quo sequitur, tametsi plures arrestantes ex nudo arresto solummodò consequantur æquale jus, parem causam, & conditionem, quòd tamen ille, qui priùs sententiam obtinet, in re arrestata potior sit illo, qui posteriorem sententiam impetravit. E. C. Ego in certa re ad Titium pertinente Calendis Maij impetro arrestum, & intrà tres dies prætensionem meam plenissimè probo, & sententiam obtineo. Sempronius super eadem re secundo Maij similiter arrestum impetrat, & tertio die post probationem completam, æquè sententiam favorabilem consequitur. Certè, licèt ex capite arrestationis ex his duobus arrestantibus unus præ altero nullam prælationem habeat, tamen ex capite sententiæ, & rei judicatæ ego Sempronio potior ero. Et idem dicendum esse firmiter arbitramur in materia immissionis: Licèt enim immissio jus reale non tribuat, nec prior missus in possessionem reliquis, qui immissionem seriùs impetrârunt, potior sit, ut latè exsplicavimus in dict: *controvers. 17. semicent. 1.* tamen, si inter immissos creditores unus præ reliquis non super immissione, sed in ipsa causa principali sententiam finalem obtinuerit, is de jure nostro statutario, non quidem ex capite actionis realis, aut hypothecariæ, sed ex privilegio personali prælationem habet, ut supra deduximus ad *Art. 6. Tit. 16.*

Diff. der Land-Recht / quod speciale est, & pro singulari differentia inter jus commune, & jus nostrum statutarium annotandum, quia de jure communi nec immissio, nec arrestatio jus pignoris, aut privilegium personale inter

reli-

reliquos creditores post se trahit, ut diximus ad d: *Art. 6. Tit. 16.* der Land-Recht / & ad *Art. 31. Tit. 2.* deß Gandt-Proceß.

Quæres ultimò, quare totus hic *Titulus 19.* de eo casu, quando extraneus contra extraneum in Patria nostra arrestum implorat, nihil disponat? Et Respondemus, legislatorem nostra opinione probabiliter voluisse rem dispositioni juris communis relinquere, cùm illi sollicitudo pro suis subditis vigilandi incumbat, non pro alienis. Dicimus ergò, quòd judices indigenæ ad implorationem extranei contra extraneum nullam obligationem habeant decernendi arrestum, tametsi implorantis prætensio sit justa, & liquida. Ratio per se clara est, quia arresta de jure communi odiosa, & prohibita sunt, utpote quæ judici ordinario jurisdictionem intervertunt. Imò, si judex indigena ad implorationem extranei contra extraneum arrestum decerneret, arrestatus impunè non pareret. Juxta *l. fin. ff. de jurisdict. omn. jud.* ubi communis Regula statuitur, quòd extra territorium jus dicenti impunè non pareatur, nisi fortè notoria consuetudine in aliquo loco introductum fuisset, ut etiam extraneus extraneum sistere, & arrestari facere possit, vel si extraneus solutionem extraneo in Patria nostra faciendam promisisset, vel si extraneus debitor fugitivus, vel de fuga suspectus esset, qui tres casus legitimæ consuetudinis, promissæ solutionis, & fugæ debitoris alienam jurisdictionem fundandi sufficientes sunt. 6

Ex his autem, quæ modò diximus, sequitur, Dom. Rathij sententiam, quòd judex extraneus, qui incolæ contra incolam ad implorationem arrestum denegat, de syndicatu teneatur, aliter veram non esse, nisi præsupponas, jurisdictionem extranei judicis uno ex prædictis modis, scilicet legitimæ consuetudinis, destinatæ solutionis, aut fugitivi debitoris fundatam esse. Nam, quia arresta, ut sæpiùs monuimus, de genere prohibitorum sunt, judex extraneus arrestum decernendo potiùs syndicatum incurreret, quàm denegando.

Deß XX. Tituls

Umb Entwehrung.

Erster Articul.

WAnn einer den andern seines Guets / es sey Aigen / oder Lehen / entwehrt / soll der Entsetzt / vor allen Dingen / wider eingesetzt werden / vnd nit schuldig seyn / dem Antworter in der Haubt-Sachen zu antworten / Er werde dann zuvor wider eingesetzt / vnd deß Schadens / den Er solcher Entwehrung halb genommen hat / entricht. Und soll der Entsetzer dem Richter nach Beschaffenheit deß Verbrechens in die Bueß gefallen seyn.

SUMMARIA.

1. *Spoliatus bonis suis ante omnia est restituendus, sed quo remedio?*
2. *Sive spoliatio fiat in bonis allodialibus, sive feudalibus.*
3. *& 8. Aut in emphyteusi, vitalitio, vel alio jure reali.*
4. *An restitutio fieri debeat plenariè, cum omni damno, & interesse?*
5. *Utrùm hæc actio spolij detur contra mandantem?*
6. *Item contra illum, qui cohæredes alios agnoscit, nihilominùs tamen hæredi-*

reditatem clandestinè occupat, & illis possessionem præripit?

7. *Quid si spoliatus cum spoliatore pacem ineat, an nihilominus detur actio spolij?*

9. & 16. *An remedium recuperandæ competat latronibus publicis, & ijs, qui impunè offendi possunt, ut banniti, &c.?*

10. *Si spoliatus non simpliciter restitutionem petat, sed petitorium cum possessorio cumulet, an ante omnia sit restituendus?*

11. *An excommunicatus spoliatus restituatur?*

12. *Si notoriè constat de proprietate, & dominio spoliatoris, an actio spolij detur?*

13. *An in jurisdictionalibus, non obstante præsumptione pro Principe, spoliatus sit restituendus?*

14. *Quando spoliatus in continenti possessionem recuperavit, an spoliator habeat actionem spolij?*

15. & 18. *An spoliatus petens restitutionem possit reconveniri super spolio, quod fecit in alia re?*

17. & 20. *Quid si causa spolij, & depositi concurrant, an una alterius oppositionem impediat?*

19. *An restitutio fieri debeat cum omnibus fructibus perceptis, & percipiendis, & quomodò registrum expensarum à judice moderandum sit?*

28. *Quam pœnam spoliator incurrat?*

22. *Qualis pœna debeatur judici de jure nostro statutario?*

23. *An non* l. siquis in tantam. 7. *quoad bona immobilia in desuetudinem abierit?*

24. *An violentus spoliator amittat omne jus, quod in re habuit, vel prætendit?*

25. *Utrùm ad amissionem dominij sufficiat sola aggressio violenta, vel requiratur consummatio, & dejectio à possessione?*

26. *Quid si spoliator nullum jus, vel dominium in re habeat, quo privari possit, an non condemnetur in duplum?*

27. *An* l. siquis in tantam 7. *in spoliatione rei mobilis locum habeat saltem de Jur. Bav.?*

28. *An in Jure Bav: dentur antinomiæ?*

1 TRia in hoc articulo continentur, primum est, quòd spoliatus ante omnia sit restituendus: Secundum est, quòd reus conventus in causa principali non teneatur respondere, antequàm restituatur, & omne damnum, & interesse per spolium sibi causatum recipiat, & tertium, ut spoliator certo modo condemnetur in duplum, in die Zwygült / & pœnam judici solvendam.

Nolumus hìc inutiliter multùm disputare, quæ, & quot remedia recuperandæ possessionis de jure canonico, & civili competant, quia potiùs rem suscepimus examinandam, quàm rerum subtilitates, & formalitates. Dicimus igitur ad primum punctum, quòd, sicut de jure canonico spoliato ex *cap. redintegrandæ.* & de jure civili ex *interdicto unde vi* succurritur, ita idem remedium de jure nostro Statutario competat spoliato, ex hujus tituli dispositione, quæ in hoc primo articulo loquitur tantùm de spoliatione immobilium, cùm statim in secundo articulo de spoliatione mobilium separata subsequatur dispositio. Est igitur in primis generalissima, & verissima Regula, quòd spoliatus bonis suis quibuscunque ante omnia restituendus sit: Articulus noster loquitur hìc tantùm, ut modò diximus, de bonis immobilibus.

2 Et statim ampliationem 1. annectit, sive bona sint propria, & allodialia, sive feudalia. Ratio est, quia eadem malignitas quoad bona feudalia in spolio consistit, quàm, quæ consistit in spolio quoad allodialia. Non est igitur mirum, si jura utramque spoliationem æquali odio persequantur, & licèt quidam hoc tantùm extendant ad tertiam personam, quæ posses-

possessorem vasallum spoliat ex ea ratione, quòd actio de spolio propterea contra dominum concedi non possit, eò quòd, si non infamiam, saltem aliquam ignominiæ notam irroget, quæ vasallo ob reverentiam, quam domino debet, non competit, *l. 1. §. interdictum. ff. de vi, & vi armat.* Sicut nec liberis, aut libertis adversùs parentes, & patronos permittitur. *l. 2. & l. licèt. ff. de obseq. à lib. & libert. præst.* Quia tamen articulus noster prorsùs nullam differentiam facit, putamus, vasallo spoliato à domino non minùs hoc remedium competere, quàm si spoliatus fuisset feudo ab alio quocunque, maximè, si spoliatio à domino facta fuerit vi armata. De quo tamen videatur *cap. un. §. si verò vasallus, de milite vasallo, qui contumax est, in us. feud. Gab. lib. 5. conclus. 1. n. 44.*

Ampliatur secundò, ut etiam locum habeat in emphyteusi, vitalitio, 3
vel alio quocunque jure reali, **in Erb-Rechten / in allen Frey-Stifften / Leib-Rechten** / & alijs quibuscunque juribus rusticis, **dergleichen Bau-Gerechtigkeiten** / quia non tantùm spoliatio privatis hominibus, sed etiam ipsis dominis emphyteuticis, & ejusmodi jura habentibus interdicta est, cùm quilibet jus suum non vi, sed legitimis actionibus persequi debeat.

Ampliatur tertiò, ut restitutio debeat plenariè fieri, ne spoliato mini- 4
ma pars rei principalis desit. Idem *Gabr. loc. cit. n. 11. Tyraquell. de retract. convent. §. 45. gloss. 1. n. 23.*

Ampliatur quartò, ut etiam restitutio fieri debeat cum fructibus intermedio tempore perceptis. Ratio est, quia fructus sunt pars fundi. Debent igitur cum fundo restitui. Idem *Gabr. loc. cit.* Imò, & percipiendis, intellige, quos spoliatus percipere potuisset, si sibi rem possidere fuisset licitum. Ut inquit Sumus Pontifex in *c. Gravius. x. de restitut. spoliat.* Similis textus est in *l. 1. §. non solùm. ff. de vi, & vi armat.* Videatur etiam *Art. 3. hujus Tit.* quæ propria sedes est hujus materiæ, ubi plura de hac resolutione dicemus.

Ampliatur quintò, ut restitutio non habeatur pro completa, nisi facta sit cum omni damno, & interesse. Idem *Gabr. loc. cit. n. 13.* Tametsi damnum, & interesse rei spoliatæ pretium, & valorem excederet. Textus est in *l. 1. §. qui vi. ff. de vi armat.* & in *l. 1. §. sanè. l. interdicto. ff. eod.* quia spoliator furi similis est, fur autem rem furto ablatam cum omni damno, & interesse restituere debet. *l. si quis uxori. §. si servus. ff. de furt. l. si condicatur. ff. de condict. furtiv. Menoch. de recup. possess. remed. in prælud. num. 6. Schneidewinus. ad §. recuperandæ. num. 34. Instit. de interdict.*

Ampliatur sextò, ut non tantùm remedium *l. si quis in tantam. Cod.* 5
unde vi, sive ex can. redintegranda. 3. quæst. 1. locum habeat adversùs ipsum spoliatorem, sed etiam adversùs eum, qui spoliare mandavit, vel alterius spoliationem ratam habuit. *Zanger. de spoliat. part. 2. cap. 4. num. 8. Marant. in suo speculo. part. 4. dist. 6. num. 44. Berlichius. lib. 1. conclus. 21. num. 36.*

Ampliatur septimò, ut actio spolij etiam adversùs eum detur, qui calli- 6
dè, & occultè extremum exhalantis animæ spiritum cupidè exspectans possessionem rerum hæreditariarũ ingreditur, & reliquos cohæredes, quos ordo successionis ex æquo contingit, absentes, vel ignorantes præventione quadam antiquioris possessionis antevertit. *Berlich. loc. cit. num. 37. Pistor. part. 4. quæst. 18. num. 17.* quos *Andreas Gail. de arrest. cap. 1. num. 22.* rapaces hæredes vocat, quorum anticipata possessio, cùm sit violenta, vel saltem clandestina, & ab initio vitiosa, nullum debeat juris effectum operari. Nec obest, quòd alij tunc tantùm prædicta remedia recuperandæ possessionis admittant, quando quis fuit spoliatus per vim. *Marant. de ord. jud. dist. 7. n. 23.* Tamen contrariũ magìs probatur apud *Gabr. loc. cit. n. 141.*

Deinde in ſpoliatione clandeſtina tunc tantùm ex quorundam opinione dicta remedia reſtitutoria locum non habent, quando ſpoliator exceptionem dominij opponit, & illam in continenti docere paratus eſt. Idem *Gabr. loc. cit.* De quo caſu ampliatio noſtra non loquitur, ſed potiùs de contrario, quando hæres alios cohæredes agnoſcit, & tamen hæreditatem clandeſtinè occupat, & illis poſſeſſionem præripit.

7 Ampliatur octavò, ut actio ſpolij nihilominùs competat, tametſi ſpoliatus cum ſpoliatore ſuper re, de qua ſpolium commiſſum eſt, treugam, ſeu pacem ineat, & omni juri ſuo, quod habet, in tali re renunciet. *Berlich. loc. cit. n. 38. Gabr. dict. concluſ. 1. n. 25.*

8 Ampliatur nonò, ut id, quod dictum eſt de ſpoliatione bonorum, etiam locum habeat in ſpoliatione jurium incorporalium. *Gabr. loc. cit. concluſ. 1. n. 30.* Ratio eſt, quia eadem malignitas in violenta occupatione jurium ſubeſt, quæ ſubeſt in violenta occupatione rerum. Qui plures ampliationes videre deſiderat, adeat *Berlich. dict. lib. 1. cap. 21.* & *Menoch. de remed. recuperand. poſſeſſ. Tuſch. tom. 7. verbo. ſpolium. concluſ. 373. 375. 376. 377. 385. & 393.*

Habet tamen hæc Regula de ſpoliato ante omnia reſtituendo ſuas exceptiones, & limitationes fusè ab alijs traditas, nos potiores in medium
9 afferemus, quarum prima eſt, ſi quis talis ſpoliatus ſit, qui poteſt impunè offendi, ut agrorum populator, latro publicus, qui graſſatur in ſtratis, & vijs publicis. Ratio eſt, quia talibus hominibus denegatur remedium recuperandæ poſſeſſionis, *gloſſ. penu. in c. litteris. x. de reſtitut. ſpol. Gabr. loc. cit. n. 52.* Nec obeſt, quòd communis doctrina ſit, etiam prædonem, & furem ſpoliatum reſtituendum eſſe, cùm potiùs conſideretur factum ſpoliationis, quàm cauſa poſſeſſionis. Nam prædo, & *fur tales perſonæ* non ſunt, quæ impunè offendi poſſunt: Licèt plurimi velint, etiam prædonem, & furem, qui notoriè tales ſunt, non eſſe reſtituendos, ſaltem, quando dominus rem ſuam à fure, & prædone notorio recuperavit. Idem *Gabr. loc. cit. concluſ. 1. n. 9. & ſeqq.*

10 Secunda limitatio eſt, ſi ſpoliatus controverſiam habeat cum ſpoliatore ſuper dominio, & proprietate rei ſpoliatæ, & agendo non ſimpliciter reſtitutionem petat, ſed petitorium cum poſſeſſorio cumulet, ita ut probato dominio ex parte ſpoliatoris impediretur reſtitutio ex capite ſpolij, juxta *cap. cùm dilectus. x. de cauſ. poſſ. & propr.* Sibi enim ſpoliatus imputare debet, quòd petitorium cum poſſeſſorio cumulari voluerit, & probationem ſuper dominio admiſerit. *Gabr. loc. cit. n. 61.* ubi plures alios citat, quamvìs reverà hoc non admittamus, niſi fortè in caſu, quo probationes de dominio, & proprietate ſunt luce meridiana clariores, ita ut ſpoliatus reſtitutionem petens in dolo ſit, cùm petat id, quod mox eſt eidem iterum reſtiturus, juxta *cap. dolo. 59. de R. J. in 6. l. in condemnatione. 173. §. fin. ff. eod. l. dolo. 8. ff. de dol. mal. & met. except.* Cùm ſpoliato reſtitutio indulgeatur, tametſi, ut priùs diximus, juri ſuo renunciaverit, & cum ſpoliatore treugam injèrit, vel pacem fecerit. Videantur tamen plures diſtinctiones apud eundem *Gabr. n. 64. & ſeq.*

11 Tertia limitatio quorundam eſt, ſi excommunicatus fuerit ſpoliatus: Sed hoc ita tantùm ex communiori opinione intelligendum eſt, ut excommunicatus non reſtituatur jure actionis, cùm illi nulla actio concedatur, ſed ex officio judicis. Idem *Gabr. loc. cit. n. 69.*

12 Quarta limitatio eſt, ſi notoriè conſtet de non jure reſtitutionem poſtulantis; Convenit hæc limitatio cum priori, ſi ſcilicet conſtet notoriè de proprietate, & dominio ſpoliantis. Nam prædo etiam, & fur, ut diximus, reſtituendi ſunt, de quorum tamen non jure conſtare præſupponimus. Ut igitur defectus non juris in ſpoliatore reſtitutionem impediat, neceſ-

necesse est, ut habeatur respectus ad proprietatem rei, quam si spoliator probaverit, spoliatus non auditur, nec ullo remedio possessorio restituitur. Aliud est, si spoliator etiam nihil juris in re spoliata prætendere p ssit, quoniam tunc restitutio etiam furi, & prædoni, & cuilibet spoliatori injustè possidenti, & notoriè nullum jus habenti facienda est, ut consequenter in hac exceptione notorij non juris, non sit firmum præsidium.

Quinta, & satìs frequens in judicijs limitatio est, quòd non restituatur spoliatus, qui restitutionem prætendit, quando contra ipsum est juris præsumptio. Hoc parochi in causis decimalibus, & Principum camerales advocati in jurisdictionalibus, regalibus, & dominorum suorum supremis reservatis mirificè exemplificant. Quod ad decimas attinet, suo loco brevis aliqua animadversio fiet. In jurisdictionalibus verò, & alijs juribus ad Principem terræ pertinentibus secundùm statuta, & consuetudinem Patriæ nostræ aliud dicendum esse, manifestè constat ex *Art. 20. Part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit / ubi expresè statuitur, quòd ille, qui in decennali quasi possessione jurisdictionis existit, si illâ fuerit destitutus, non minùs contra Principem remedium recuperandæ possessionis habeat, quàm privatus contra privatum. Licèt enim ex modò allegata doctrina *Gabr. loc. cit. num. 122.* & ex ijs, quæ scribit *Matth. Steph. de jurisd. lib. 1. part. 1. cap. 7. num. 78.* tam fortis sit in jurisdictionalibus præsumptio pro Principe, ut etiam spoliatus non restituatur, nisi de titulo doceat, tamen *Knichen. de jur. territ. cap. 5. num. 34.* & multis sequentibus optimè docet, quòd in restitutorio judicio spoliatus non teneatur probare verum, sed tantùm præsumptum, vel coloratum, aut apparentem titulum. Vide, quæ fusiùs deduximus in *semicent. 1. controvers. 42. per totum.* ubi ad finem addidimus, si possessorio in illis agatur, quæ præsumptionem juris adversantem habent, quòd semper attendendum sit, an ejusmodi juris præsumptio sit tantùm simplex, levis, ac vulgaris, vel sit præsumptio vehemens, & gravis? In primo casu is obtinet, qui probat, se per annum, & diem ante litem cœptam in possessione fuisse. *Art. 5. Tit. 8.* deß Summarischen Proceß. In posteriori casu verò ad minimum decennali possessione opus esse, dict: *Art. 20. Part. 2.* der erklärten Lands-Freyheit / demonstrat. 13

Limitatur sextò, quòd in casu, quo spoliatus possessionem in continenti recuperavit, spoliator remedium recuperandæ possessionis, sive actionem de spolio non habeat, per rationem, quia tunc non dicitur possessionem amisisse, saltem civiliter, & propterea, cùm non dicatur spolium, quando spoliatus rem suam in continenti recuperat, ideò restitutio spoliatori meritò denegatur. *Cæpolla. consil. 59. colum. 4.* Quando autem in continenti dicatur fieri recuperatio, exsplicat *Gabr. loc. cit. n. 170. & 171.* 14

Limitatur septimò, quòd spoliatus restitutionem petens possit reconveniri super spolio, quod reo convento fecit in alia re. Ratio est, quia dolus cum dolo, & delictum cum delicto compensantur. *Tindar. in tract. de compensat. colum. 22.* Idem *Gabr. loc. cit. num. 172.* Ubi etiam ex *Cæpolla. loc. cit.* allegat, quòd mutua spoliationis delicta etiam super eadem re facta mutua compensatione tollantur, quod tamen dubio non caret. Ut videbimus paulò post ad limitationem nonam. 15

Limitatur octavò, quòd etiam bannito spoliato denegetur restitutio, si ita bannitus fuerit, ut possit impunè offendi, & occidi. Idem *Gabr. loc. cit. n. 185.* quod etiam locum habet in reo criminis læsæ majestatis, nam, quia talis ipso jure omnibus rebus suis privatur, juxta *l. quisquis. ff. ad leg. Jul. Majest.* nihil ei superest, in quo spolium pati, & per consequens restitutionem petere possit. 16

Plures limitationes maximè in beneficialibus, Ecclesiasticis, & spiritualibus adducit idem *Ant. Gabr. Menoch.* & *Mascard. locc. citt.* quæ ad nostrum forum non pertinent.

17 Major pro nono difficultas est, an spoliatus debeat restitui, si spoliator à spoliato repetat depositum, cujus restitutio ipsi reciprocè denegatur. Ut quæstio clarior fiat, reflectat se benevolus Lector, ad ea, quæ diximus ad *Art. 1. Tit. 18.* der Land-Recht. Ubi duo fundamenta posuimus, primum est, quòd Imperator in §. *in bonæ fidei. Instit. de action.* ab exceptione compensationis solam causam depositi excipiat. Quia igitur etiam in causa spolij exceptio compensationis, & alia quævis restitutionem impediens prorsùs rejicitur. Dubium est, si causa depositi, & spolij concurrant, an non una alterius oppositionem irritam, & inutilem faciat? E. C. Titius contra Sempronium agit actione spolij, vel remedio recuperandæ possessionis propter certum fundum vi occupatum, Sempronius ècontra Titium convenit pro restituendo deposito ipsius custodiæ, & fidei concredito: Vel reciprocè Sempronius agit contra Titium de restituendo deposito, & Titius eidem objicit exceptionem spolij. Quæstio est, cùm causa spolij, & causa depositi æqualiter privilegiatæ sint, ut neutra exceptionem compensationis admittat, an non saltem in hoc casu, quando utraque in eodem judicio concurrit, compensatio fieri possit? Ita ut nec depositarius spoliatori depositum restituere, nec spoliator depositario rem spoliatam reddere cogatur, antequàm utrique parti pari passu satisfactio fiat, juxta Regulam, quòd privilegiatus non utatur privilegio contra privilegiatum eodem privilegio. *Wesenbec. de privileg. cred. per l. assiduis. 12. Cod. qui potiores in pignore. l. Athletæ. 6. §. 13. ff. de excus.* Sed, cùm nos jam supra ad *dict: Tit. 18. Artic. 1. §. Quæres vigesimo.* nullo modo admiserimus, quòd exceptio spolij restitutioni depositi opponi possit, eò quòd articulus noster præcisus sit, & de exceptione spolij nec verbo meminerit. Ideò è converso, si spoliator restitutionem petat, & depositarius eidem exceptionem restituendi depositi opponat, similiter dicimus, exceptionem restituendi depositi, spolij restitutionem non impedire; Sed illum ad restitutionem priùs condemnandum, & compellendum esse, qui in judicio priùs conventus fuit. Prout pulchrè hanc quæstionem resolvit *Dom. Rath. loc. cit. assert. 83.*
18 *per totum.* Ex quo subinfert, quòd idem quoque dici debeat, si inter utramque partem causa spolij vertatur, scilicet, ut is, qui alterum ex uno fundo dejecit, vicissim ab eodem ex alio fundo expellatur, ita ut id, quod paulò antè ad limitationem septimam diximus, locum non habeat. Licèt enim aliàs paria delicta, siquidem civiliter agatur, mutua compensatione tollantur. *l. viro. 39. ff. solut. matrimon.* tamen hìc semper vincit, & in restitutione præfertur, qui priùs ad judicium restitutorium provocavit, juxta *l. ult. Cod. de compens.* quæ inter duos depositarios neutri exceptionem compensationis admittit: Sed requirit, ut quilibet de recuperando deposito separatim agat, veluti Dom. Rath eandem legem sic intelligit, quamvìs in formalibus hoc non comprehendat. Similiter igitur, & deponens actionem suam separatim instituere, & spoliatus suam possessionem, vel actione spolij, vel remedio recuperandæ possessionis persequi debet, & semper is præfertur reciproca compensatione non admissa, qui prior ad judicium provocavit. Et hoc quoad primum punctum restitutionis in hoc articulo propositum.

19 Alterum punctum est, & quidem principale, ut spoliatus non teneatur respondere spoliatori, tametsi ratione rei sublatæ justam actionem habeat, nisi priùs facta plenaria restitutione, cum fructibus perceptis, &

per-

percipiendis, omni damno, & interesse: Quod est insigne privilegium; Nam sæpiùs in ejusmodi processibus experti fuimus, quòd injusti, & violenti occupatores fructus perceptos, & percipiendos, damna, & interesse pensi habuerint, spoliati verò integra volumina suarum prætensionum, ut nobis sæpè videbatur, potiùs ad protrahendum processum, quàm ad justam satisfactionem consequendam in judicio produxerint. Ubi in puncto liquidationis processus sæpiùs durior, & longior fuit, quàm in causa principali, cui tamen facilè remederi potest, si spoliatus salva judicis moderatione in litem juret. Licèt enim immoderatum expensarum registrum tolerandum non sit, tamen etiam violenti spoliatoris odium hoc exigit, ut judices in examinandis ejusmodi registris, sive expensarum libellis nimiùm favorabiles, & mites non sint. Videantur textus in *l. 1. §. qui vi ejectus est. 31. l. Colonus. 12. ff. de vi, & vi armat. Zangerus. de except. part. 2. cap. 18. num. 5. Gabr. loc. cit. num. 11. Berlichius. loc. cit. conclus. 21. num. 35.* Imò hoc adeò extenditur, ut, si spoliator non super re spoliata, sed in alia quacunque causa (ut paulò antè etiam de deposito diximus) justissimam actionem contra spoliatorem habeat, audiri, & ad judicium admitti non debeat, nisi priùs facta plenaria restitutione. Idem *Berlichius. loc. cit. Andr. Gail. lib. 2. observ. 75. num. 5.*

Altior quæstio est, si contingat, spoliatorem, vel depositarium intermedio tempore non fieri solvendo, an propterea, quia neutra pars secundùm modò dicta ad restitutionem ante præstitam sibi satisfactionem obligatur, spolium, sive depositum sibi acquirat? Quod affirmandum esse videtur, juxta *Berlich. loc. cit. num. 36.* Ubi *Speculatorem: lib. 2. part. 1. tit. de petit. & possess. §. sciendum igitur est primò. num. 14.* allegat. Sed ad hoc Respondemus, verum quidem esse, quòd contra violentum spoliatorem, & detentorem depositi, quæcunque actio locum non habeat, nisi priùs spolij, sive depositi restitutio fiat, attamen, si alij creditores in re spoliata, sive deposita jus reale habentes concurrant, dubium non est, quin cuique justitia administrari debeat secundùm qualitatem prætensionis suæ, quia hoc privilegium conceditur solummodò in odium spoliatoris, & detentoris depositi, non in præjudicium aliorum creditorum. Sicut etiam certum esse, ambigi non potest, quin spoliatus, si debitum, reciprocum pretium, & valorem rei spoliatæ cum omni causa ejus excedat, superfluum bona fide retinere sibi non possit, sed hæredibus spoliatoris restituere obligatus sit, cùm hæc remedia restitutoria (præcipuè si *l. siquis in tantam. 7.* excipias) non lucri faciendi, sed damni præcavendi causâ adinventa sint. 20

Tertium est, quoad pœnam, cùm enim spolium delictum sit, præter restitutionem, & resarcitionem damni, ac interesse, justè etiam spoliatori pœna infligitur. De jure communi ex constitutione Valentiniani, Theodosij, & Arcadij Imperatorum in *l. si quis in tantam. 7. Cod. unde vi*, spoliator in pœnam violentiæ dominium, vel jus quodcunque, quod præsupponitur in re violenter occupata habuisse, amittit, vel si nullum jus habuit, sed tantùm illegitimè prætendit, privatur possessione, & insuper compellitur, tantundem pœnæ nomine in pecunia solvere, quanti est justum pretium, vel justus valor dominij, vel juris prætensi. *Gail. lib. 2. observ. 75. num. 7. Menoch. de recup. possess. loc. cit.* Et cum hac dispositione *l. si quis in tantam*, conveniunt etiam recessus Imperij, maximè verò ordinatio Cameræ in Anno 1521. Wormatiæ erecta, Rubric: Wie es in Irrung der Possession. §. Unnd ob sich. Ubi dicitur, Daß der Entsetzer das Aigenthumb / oder Haubt-Gerechtigkeit der Güter / oder Gerechtigkeit umb 21

die der Strich ist / verlohren haben soll. So aber dieselben Güter / oder Gerechtigkeit gedachtem Entsetzer mit ihrem Aigenthumb nit zugehören / soll Er deren Werth dem Entsetzer nach Ordnung gemelter Recht zugeben schuldig seyn. Das alte Land-Recht / de Anno 1384. nihil disponit de amissione dominij, vel alterius juris, quod spoliator in re violenter occupata habuit, vel prætendit, sed tantùm hanc duplicem pœnam spoliatori irrogat, ut *spoliato* rem cum omni causa restituat, & fructus medio tempore exinde perceptos spoliato in duplo refundat. Ex quo sequitur, quòd dicta constitutio *mitior* fuerit, quàm textus in *l. si quis in tantã. 7.* cùm utique fructus intermedio tempore percepti, rei, vel juris violenter occupati valorem exæquare non potuerint. Deinde antiqua illa Provincialis constitutio in specie tantùm loquitur de duplo fructuum actualiter perceptorum, juxta verba, So soll jhm diser sein Nutz widerkehren / die Er ab dem Guet genommen hat / vnd als vil darzue. Cùm tamen *l. si quis in tantam*, spoliatorem etiam ad fructuum percipiendorum restitutionem condemnet, quamvis non dubitemus, quin etiam vi dictæ constitutionis antiquæ fructus percipiendi, id est, quos spoliatus percipere potuisset, restitutioni fuerint obnoxij, cùm articulus præcedens, ubi propriè de restitutione agitur, in specie velit, ut spoliatus omne id recipere debeat, dessen Er sich geärgert hat / id est, in quo fuit damnificatus; Sed etiam fuit damnificatus in fructibus, quos spoliator neglexit, ipse verò spoliatus percipere potuisset: A sola igitur pœna spoliato debita fructus percipiendi erant exempti, & non à restitutione facienda cum omni causa spoliato.

22 Pœna autem, quæ judici ex illa antiqua constitutione debebatur, erant 65. pondo nummorum, quæ pœna adhuc tolerabilis est, cùm unum pondo adhuc hodierno tempore in reductione ad *mensuram ordinariæ* monetæ plus non valeat, quàm 1. *f.* 8½ *x.* Maximè, si præsupponamus, spolium contigisse in re pretiosa, & magni momenti. Videatur, Das alte Land-Recht / *cap. 16. Artic.* Umb entwehren Aigen vnd Lehen / ꝛc. Item, Umb entwehren Aigen / vnd Erbs. In Reformatione de Anno 1588. *Tit. 24. Artic. 1. & 2.* fit distinctio inter spolium rei immobilis, & rei mobilis: Spoliator rei immobilis condemnatur solummodò in restitutionem rei cum omni damno, & judici in pœnam, quinque pondo, & 60. nummorum: Si verò spolium factum fuerit rei mobilis, condemnatur spoliator parti læsæ in duplum, in die Zwygült / & judici in pœnam 63. pondo nummorum. Novissimæ nostræ constitutiones Bavaricæ circa prædictos duos articulos Reformationis de Anno 1588. nihil aliud immutârunt, quàm, ut pecuniariam pœnam pro judice determinatam omiserint, & ejus loco judici arbitrariam pœnam pro varietate casuum determinandam commiserint, procul dubio nulla alia de causa, quàm quòd in crimine spolij, & violentiæ pecuniaria pœna sit nimis levis, & propterea Consiliarij Principis ad examinationem novarum constitutionum constituti suaserint, ejusmodi violentos invasores, & occupatores criminaliter esse puniendos. Man solls Vitzdomisch / oder Rennmaisterisch abstraffen / quæ tamen admonitio attenta non fuit, eò quòd spoliatio non semper delictum criminale sit, ut paulò post audiemus.

Antequàm circa punctum pœnæ juxta Statuta nostra Bavarica, *ita ut* modò diximus, varijs vicibus immutatæ finalem resolutionem dicamus, quædam nobis pro animadversione proponenda, & examinanda sunt. Primum est, quare in statutis antiquissimis, & novissimis, deß alten Land-Rechts / der Reformation / vnnd der jetzigen neuen Land-Recht / semper duo separati articuli positi sint. Unus de spolio rerum immobilium, & *alius*

de ſpoliatione rerum mobilium ? Et Reſpondemus breviter, quòd de jure communi interdictum *unde vi* ad res mobiles non pertinuerit. Rationem aſſignat Vulpian. in *l. 1. §. illud. ff. de vi, & vi armat.* quòd ſpoliato re mobili ordinaria actio furti, vel vi bonorum raptorum competat, ut neceſſe non ſit, confugere ad extraordinarium remedium, *unde vi. Gail. lib. 2. obſerv. 75. n. 11. Manz. §. recup. 6. n. 4.*

Secundum eſt, quare in antiquis ſtatutis in ſpolio rei immobilis, & mobilis ſemper determinata fuerit æqualis pœna pro judice, id eſt 65. pondo nummorum, in Reformatione verò de Anno 1588. in ſpolio rei immobilis allodialis, vel feudalis, pœna tantùm 5. pondo, & 60. nummorum, in re mobili verò 65. pondo nummorum determinata fuerit ? Et Reſpondemus, de hac ratione nobis non conſtare, cùm utique videatur is plus peccare, qui aliquem ex poſſeſſione rei immobilis dejicit, quàm qui alteri rem tantùm mobilem longè minoris valoris, & æſtimationis ſubducit, niſi dicas, privationem rei mobilis furtum eſſe, & proinde, ſicut, in der Zwygült / id eſt, in duplo rei ablatæ ad ſpoliatum pertinente duriùs habetur invaſor iniquus, quàm occupator rei immobilis, ut mox ſequetur : Ita etiam in mulcta judiciali commenſurationem habitam fuiſſe. Sed, ut fateamur, quod ſentimus, nobis videtur in *Artic. 1. Reformat. Tit. 24.* error irrepſiſſe, & ibi legendum eſſe loco verborum, Daß der Entſetzer dem Richter 5. Pfund / vnnd 60. Pfenning zur Bueß geben ſoll; Daß der Entſetzer dem Richter 65. Pfund Pfenning zur Bueß geben ſoll. Planè enim abſurdum videtur, ut aranea potiùs tranſmittat veſpas, quàm muſcas, & major fur mitiùs puniatur minore, tametſi hoc juxta novas conſtitutiones noſtras non multùm obſit, cùm in utroque caſu pœna judicis arbitrio relinquatur.

Tertium eſt, quare in omnibus tribus conſtitutionibus Bavaricis ſpoliator rei mobilis condemnetur, in die Zwygült / de ſpoliatore verò rei immobilis in *Art. 1.* nihil dicatur, von der Zwygült / id eſt, de duplo valoris, ſive æſtimationis rei violenter occupatæ, vel ablatæ ? Et ad hoc Reſpondemus, probabile eſſe, quòd ſpolium rei mobilis in effectu habitum fuerit pro furto nec manifeſto, cujus pœna de jure communi eſt pœna dupli. Sed

Ex hoc oritur quartum dubium, cùm de pœna *l. ſi quis in tantam. 7.* in omnibus tribus editionibus nulla mentio facta fuerit, an non ea, quoad bona immobilia, in deſuetudinem abiêrit ? Prout *Georgius Everhardus. volum. 2. conſil. 7. num. 6. & ſeqq.* hujus opinionis eſt, & cum eo *Covar. lib. 3. var. reſ. cap. 16. n. 7. Perez. ad tit. unde vi. num. 31.* atque de aliorum locorum conſuetudine ſimili atteſtatur *Menoch. ad dict. l. num. 338. & ſeqq.* & de Saxonia certum eſt, juxta text: *lib. 3. tit. 43. & 47.* quibus nos ex ſequentibus rationibus libenter accederemus. 1. Quia Everhardus juxta Patriæ noſtræ notoriam ſcientiam, & publicam ſcriptorum ſuorum editionem vir fuit in rebus patriæ expertiſſimus ; Et 2. Nos intrà quadraginta annos, quo ferè tempore omnia conſilia, & dicaſteria Bavariæ tranſivimus, nullum caſum contigiſſe recordamur, quo ſpoliato, ex *l. ſi quis in tantam. 7. Cod. unde vi.* rei ſpoliatæ dominium fuiſſet adjudicatum. Deinde 3. Locis modò citatis in omnibus tribus editionibus ſemper ponitur hæc maxima, quòd ſpoliator non ſit priùs audiendus, quàm ſpoliatum cum omni cauſa reſtituerit. Præſupponunt ergo Statuta noſtra, quòd ſpoliator rem, ſive dominium rei ſpoliatæ non adeò ſtrictè, & rigoroſè amittat ; Amiſſo enim dominio rei, nulla actio ipſi ſupereſt, ſuper qua audiri poſſit. Denique 4. *Artic. 11. Tit. 7.* der Gerichts-Ordnung / poſtquàm de probatione ſpolij mobilium, & immobilium, corporalium, & incorporalium bonorum, ſer- 23

ſervitutum, & jurium quorumcúnque, annuorum cenſuum, & redituum egiſſet, in fine tantùm hoc diſponit, ut ſpoliatus, à judice ſine mora reſtitui, & res in antiquum ſtatum reponi debeat, de amiſſione autem dominij, aut cujuſvis alterius juris, quod ſpoliator in ejuſmodi rebus, vel juribus habet, aut prætendit, nihil dicit.

24 Verùm ex *Art. 1. Tit. 6. Lib. 5.* **der Lands-vnnd Pollicey-Ordnung /** clarè conſtat, quòd præter reſtitutionem cum omni cauſa, & pœnam judici debitam violentus ſpoliator mobilium, ſive immobilium rerum, & jurium quorumcunque amittat omne jus, quod realiter habuit, vel prætendit: Ut proinde, cùm lex hæc verbis tam ſeveris, & emphaticis loquatur, ejus non uſum poſitivè aſſerere non audeamus: Licèt enim verum ſit, quòd tempore quadraginta annorum in omnibus juſtitiæ conſilijs non viderimus, ſpoliatorem ad caducitatem, ſive amiſſionem juris, vel prætenſionis ſuæ condemnatum fuiſſe, tamen etiam non vidimus, aliquem de ſpolio conventum contra ſpoliati intentionem, & implorationem à caducitate fuiſſe abſolutum.

Inſtabis, quare ergo *Art. noſter primus hujus Tituli vigeſimi*, **der Land-Recht /** præſupponit, quòd ſpoliator, poſtquàm ſpoliatum cum omni cauſa reſtituit, adhuc circa prætenſionem, quam ſe habere putat, audiri poſſit? Et Reſpondemus, hoc ita intelligendum eſſe, ſi ſpoliatus reſtitutione contentus ſuper amiſſione, vel caducitate dominij, aut juris ſui nullam querelam, ſive actionem inſtituerit, tunc enim cenſetur caducitas tacitè remiſſa, & ſic ſpoliatori jus ſuum legitimis actionibus perſequendi facultas relicta. Quamvìs enim *Art. 1. Tit. 6. Lib. 5.* **der Lands-vnd Pollicey-Ordnung /** utatur verbis, **Daß der Entſetzer all ſein Recht/ vnd Spruch / den Er zu dem von jhme abgenommenen / oder angegriffenen Guet / oder der Perſohn gehabt / oder zuhaben vermeint / hierdurch gäntzlich verworcht / vnnd verlohren haben ſoll /** quæ videntur pœnam caducitatis, **der Verworchung /** ipſo jure importare, tamen nobis videtur, ſententiâ judicis opus eſſe, ut jura juribus concordentur. Si enim omnis violenta ſpoliatio ipſo jure caducitatem inducit, jam hoc ipſo nullus ampliùs caſus figurari poteſt, quo ſpoliatus, juxta *Artic. 1. Tit. 20.* **der Land-Recht / in der Haubt-Sach /** reſpondere neceſſe habet.

Dices, hæc verba, **in der Haubt-Sach zu antworten /** non eſſe intelligenda de eadem cauſa ſpolij, ſed de diverſa qualibet cauſa, & actione. Cùm communis doctrina ſit, quòd exceptio ſpolij adversùs omnem actionem opponi poſſit, ſive de eadem, ſive de diverſa re inſtituatur, V. G. ſi Mævius ſpoliatus eſt à Titio, poſteà Titius adversùs Mævium actionem inſtituit de alia re, & ſuper alia cauſa, Mævius actori Titio hanc exceptionem ſpolij rectè objicit, nec tenetur ei reſpondere, priuſquàm reſtitutus fuerit. Textus in *cap. cùm dilectus. 2. & cap. ult. x. de ord. cognit. Gail. lib. 2. obſerv. 75. num. 5. Berlich. dict. concluſ. 21. num. 35. Zanger. de except. part. 2. cap. 18. n. 5.* Reſpondemus, hoc quidem verum eſſe, quòd ſpoliatus ante plenariam reſtitutionem, etiam in alia quacunque cauſa reſpondere non teneatur, ſed de hoc articulus noſter, ut verba per ſe clara ſunt, non loquitur, ſed de eadem cauſa ſpolij, quæ in puncto principali, **in der Haubt-Sach /** tractari non poteſt, niſi ſpoliatus priùs fuerit reſtitutus. Si ergo poſt reſtitutionem cauſa principalis tractari poteſt, debet articulus noſter ſupponere, quòd ſpoliator jus, & prætenſionem ſuam non ipſo jure amittat, prout etiam gloſſa in dict: *l. ſi quis in tantam. 7. ſub litt. X. Perez. ad hunc tit. n. 29.* expreſsè habent, quòd amiſſio non fiat ipſo jure, ſed per declaratoriam judicis ſententiam.

D. Rath,

D. Rath, & ex illo D. Balthaſar ulteriùs progrediuntur, & dicunt, 25
tametſi de jure communi pœna *l. ſi quis in tantam, &c.* non niſi in eo locum habeat, qui commiſſam à ſe violentiam omninò conſummavit, alio de facto ex poſſeſſione, quam habebat, verè expulſo, quòd conſtitutiones tamen noſtræ Provinciales ex ſola quoque violenta aggreſſione violentum invaſorem dominij amiſſione plectant: Eſto poſſeſſor non fuerit de facto à poſſeſſione dejectus, quæ utique ſententia inter jus commune, & jus noſtrum *Diff.*
ſtatutarium inſignem differentiam faceret.

D. Rath, & ex illo D. Balthaſar propterea concludunt, articulum ſæpè citatum, auß der Lands- vnnd Pollicey-Ordnung / non tantùm comprehendere vim expulſivam, & dejectivam, ſed etiam compulſivam, eò quòd utatur verbis, Abgenommenen / oder angegriffenen Guet: Cùm verbum, Abnemmen / præſupponat ſpolium conſummatum, verbum autem, Angreiffen / ſignificet ſpolium tantùm attentatum, quod diffiteri non poſſumus, & proinde ſtrictè verbis inhærendo D. Rathij opinionem improbare non audemus, præſertim, cùm articulus ambo verba, Abgenommenen / & angegriffenen Guet / disjunctivè ponat, addendo particulam, oder / ſed reverà conſiderando articulum, putamus, hoc verbum, Angegriffenen Guet / intelligendum eſſe cum effectu, id eſt, ut aggreſſor intentionem ſuam effectui dederit. Aliud enim eſt, delictum attentare, & aliud, conſummare. Nullum furem propter furtum attentatum vidimus ſuſpendi; Et, quia juxta ſupra dicta verum ſpoliatorem vim expulſivam, ſive dejectivam adhibentem ad caducitatem rei, vel juris ſui fuiſſe condemnatum, nunquam vidimus, multò minùs condemnare poſſumus eum, qui ſolam vim compulſivam ſine ullo effectu intentavit. Nam contra rationem eſt, ut propter nudam aggreſſionem alicui concedatur remedium reſtitutorium, cùm reſtitutio præſupponat privationem, juxta textum in *l. ſi rerum. 5. ff. de vi, & vi armat.* Ubi Juris-Conſ: Pomponius ſcribit, quòd interdictum *unde vi* ceſſet, quando quis metu adactus alterum in poſſeſſionem induxit. Multò magis ergò ceſſabit, quando inductio per vim compulſivam tantùm attentata non autem ad effectum deducta fuit. Si tamen, benevole Lector, putes, Legiſlatorem crimen violentiæ tanto odio habuiſſe, ut pœnam *l. ſi quis in tantã. 7.* non ſolùm vero ſpoliatori vim expulſivam adhibenti, ſed etiam illi, qui per vim compulſivam alterum re ſua ſpoliavit, imò, & nudo aggreſſori, tametſi illius invaſio nullum effectum ſortita fuerit, imponere voluerit, nec contrarius uſus, & obſervantia obſervari poſſit, aut debeat propter authoritatem politicæ ordinationis, quæ tamen potiùs ad vim publicam, quàm privatam reſpectum habet, tecum non litigabimus: Et propterea differentiam inter jus commune, & ſtatutarium hac in parte jam ſupra annotavimus. Mirum tamen nobis videtur, quòd de hac ſeveritate in toto noſtro *Titulo 20.* der Land-Recht / nullum verbum habeatur, cùm tamen ibi propria ſedes ſit hujus materiæ, & aliàs notum, quòd ordinatio politica in plerisque inſtabilis ſit, ita ut pro varietate locorum, temporum, & circumſtantiarum facilè mutetur, & totus *Titulus 6.* der Lands- vnd Pollicey-Ordnung / deß 5. Buechs / potiùs videatur extractus eſſe, deß allgemeinen Reichs / vnnd Land-Fridens / quàm interpretatio privatorum ſpoliorum.

Præſuppoſito autem, quòd ex verbis *Art. 1. Tit. 6. Lib. 5.* der Lands- 26
vnd Pollicey-Ordnung / pœna *l. ſi quis in tantã. 7.* non ſolùm locum habeat in vi expulſiva, & dejectiva, ſed etiam in vi compulſiva, imò, & in nuda aggreſſione, quam nullus effectus ſecutus eſt. Debemus hoc neceſſariò in tantum extendere, ut, tametſi articulus, der Lands- vnd Pollicey-Ordnung / dun-

duntaxat loquatur de amiſſione dominij, vel juris, quod quis habuit, vel habuiſſe prætendit, id tamen non minùs etiam in caſu obtineat, quo violentus invaſor prorsùs nihil dominij, aut juris cujuſcunque in re, aut perſona habuit. Cùm certiſſimum ſit, ejuſmodi ſpoliatorem, & invaſorem, qui ſcivit, ſibi nihil juris competere, magìs culpabilem eſſe, quàm eum, qui ſibi de jure, & prætenſione quadam inanem, & futilem imaginationem fecit. Et hinc pœna *l. ſi quis in tantam. 7.* expreſsè continet, ut is, qui occupat, vel rapit, aut invadit rem ſuam propriam, privetur ejus dominio; Si autem occupet, rapiat, aut invadat rem alienam ſibi debitam, perdat jus ſuum: Si prorsùs alienam, duplum reſtituere teneatur, die Zwygült / de quo paulò poſt ad *Art. 2.*

27 Imò ſequitur etiam altera extenſio, quòd pœnæ *l. ſi quis in tantam. 7.* etiam ſubjiciatur ille, qui alium vi dejectiva, vel compulſiva ſpoliavit ſolummodò re mobili, imò, ſi ad ſpoliationem nudam aggreſſionem fecerit, & illam non perfecerit. Ratio eſt, quia articulus loquitur in utroque verbo, Deß abgenommenen / oder angegriffenen Haab / oder Guets / vnnd der Perſohn / in re mobili, & immobili; An Haab / quod verbum rem mobilem ſignificat, &, Guet / quod ſignificat rem immobilem. Quæ omnia iterum contra juris communis diſpoſitionem expreſsè tendunt, quia juxta ſuperiùs dicta, & in ſecundo articulo mox repetenda, neque interdictum *unde vi*, neque pœna, dict: *l. 7. ſi quis in tantam.* ad bona mobilia pertinet, cùm ordinaria remedia juris, actio ſcilicet furti, & vi bonorum raptorum ſuperſint, quæ cauſa eſt, ut hîc iterum neceſſariò differentiam inter jus commune, & jus noſtrum Statutarium annotare debeamus. *Diff.*

28 Jam ante quinquaginta ferè annos ex Profeſſoribus Ingolſtadienſis Univerſitatis hanc cenſuram ſæpiùs intellexi, quòd Statuta noſtra Bavarica plures antinomias contineant. Id tamen toto tempore, quo Conſilijs Juſtitiæ interfui, nunquam approbare volui, ut benevolus Lector hoc in præſenti noſtro commentario aliquoties inveniet. Sed certè, ſi hunc articulum, der Lands- vnd Pollicey-Ordnung / ita crudè, & craſsè interpretari volumus, ut ſine omni diſtinctione in nuda aggreſſione vi dejectiva, ſive compulſiva rei mobilis, vel immobilis interdictum *unde vi*, & pœnam *l. ſi quis in tantam. 7.* admittamus, planè comprehendere non poſſumus, quare in præſenti noſtro titulo, von der Entwehrung / duobus articulis opus fuerit, cùm illis omiſſis, & ſolo hoc articulo, auß der Lands- vnd Pollicey-Ordnung / ſubſtituto ferè totus *Titulus 20.* der Land-Recht / expungi potuiſſet. Relinquimus tamen hac in re peritioribus judicium, & ulteriùs procedimus.

Der

Der Ander Articul.

SItzet jemand seiner fahrenden Haab / wie die genannt ist / in Nutz vnd Gewehr / darzu ein anderer zusprechen hat / der soll sein Ansprach derhalben suechen / wie recht ist. Entwehrt er jhn aber derselben fahrenden Haab / ohn Recht / mag der Kläger alsdann solches wahr machen / wie recht ist / deß soll er geniessen / vnd jhm daß der Antworter mit der Zwygült widergelten / vnd dem Gericht die Bueß verfallen seyn.

SUMMARIA.

1. *Quæ spoliato probanda incumbant?*
2. *Quare spolium rei mobilis in duplo sit resarciendum, & non etiam spolium rei immobilis?*
3. *Quomodò spoliator condemnetur in duplum*, in die Zwygült?

QUi ex prædictis sufficientem exsplicationem, & declarationem habet, hoc unicum tamen pro meliori intellectu addat, quòd secundùm tenorem hujus articuli ei, qui de spolio rei mobilis actionem intentat, præcisè probandum sit, quòd tempore spolij fuerit in possessione rei. Licèt enim in rebus immobilibus spoliato hæc duo extrema pro fundamento suæ intentionis probanda sint, antiquior scilicet possessio ex parte sua, & recentior ex parte rei conventi cum actuali spoliatione. *Berlich. dict. conclus. 21. num. 76. Menoch. de recuper. poss. remed. 15. num. 383. & seqq. Gabr. de restitut. spoliat. lib. 5. conclus. 5. num. 73. & seqq.* Tamen in re mobili ex parte actoris præcisè necessarium est, ut possessionem probet de tempore spolij. Idem *Menoch. loc. cit. num. 407. Berlich. loc. cit. num. 79.* Quod articulus noster approbat, dum præsupponit, Daß einer seiner fahrenden Haab entsetzt worden / in deren Nutz / vnd Gewehr er gesessen. 1

Quare autem spolium in re mobili commissum in duplo resarciendum sit, soll mit der Zwygült widergolten werden / & spolium rei immobilis tantùm simpli jacturam post se trahat? Rationem jam supra allegavimus, quòd spolium rei mobilis incidat in crimen furti, vel vim bonorum raptorum. Qua de causa etiam remedium *l. si quis in tantam. 7.* in spolio rei mobilis locum de jure communi non habet, ut mirum sit, quòd in *Artic. 1. Tit. 6. Lib. 5.* der Lands-vnnd Pollicey-Ordnung / aliud statutum sit, cùm spoliato in hoc titulo jam fuerit meliùs cautum, & provisum. Qui enim duplum consequi potest, utique non aget ad simplum. 2

Dices, hoc duplum, quod articulus noster spoliato re mobili adjudicat, continere in se rem ipsam vi ablatam, ita ut unum simplum veniat jure restitutionis, & alterum simplum jure pœnæ, quod etiam in spolio rei immobilis locum habet, cùm is, qui mihi fundum meum mille flo-

 renis

renis valentem eripit, non tantùm ipſum fundum reſtituere; ſed etiam pretium fundi ex dict: *l. 7.* loco pœnæ ſolvere debeat. Ut proinde ſpoliato in hoc articulo plenius proviſum non ſit, quàm in *Artic. 1. Tit. 6. Lib. 5.* der Lands- vnnd Pollicey-Ordnung. Sed Reſpondemus, ſi ſpoliator in re immobili vi ablata dominium habuerit, juxta *l. 7.* plus non perdit, quàm prætenſionem ſuam, id eſt jus dominij. Econtra, ſi quis mihi eripiat rem mobilem, in qua jus dominij habet, non ſolùm vi hujus articuli jus dominij amittit, ſed etiam pretium rei, quod eſt, die Zwygült / ſolve-
3 re debet. Similiter, ſi quis V. G. violenter occupet fundum meum propter jus hypothecæ, quod in eo prætendit, ex *l. 7. Cod. unde vi*, amittit ſolum jus hypothecæ. At, ſi quis mihi ſub prætextu pignoris rem mobilem violenter eripiat, non tantùm jus pignoris amittit, ſed etiam pretium ejus, quod eſt, die Zwygült. Et ita intelligo hunc articulum, non ſine fundamento, plus enim articulus non requirit, quàm, ut ſpoliatus re mobili tempore ſpolij fuerit in poſſeſſione, Daß er in Nutz / vnnd Gewehr geſeſſen. Tametſi igitur res ipſa, vel jus in re mobili ad ſpoliatorem pertinuerit, eo ipſo, quòd rem, aut jus ſuum non legitimis actionibus, ſed vi proſecutus fuerit, ſpolium commiſit, & proinde ad reſtitutionem rei, & pro pœna violentiæ etiam in æſtimationem ejus, in die Zwygült / condemnatur. Ex qua interpretatione ſatis apertè ſequitur, ſpoliato remedio hujus articuli magis cautum eſſe, quàm remedio *l. 7. Cod. unde vi.*

* *
*

Der Dritte Articul.

Es soll auch dem / der deß seinen / es sey ligends / oder fahrends / mit Gewalt entsetzt würdet / nit allein sein entwehrt Haab / oder Guet / wider eingeantwortet / sonder jhm darzu vmb alle auffgehabne Nutzung / vnd deß er derselben entwehrten Haab / oder Guets (wo er dessen im Besitz bliben wär) dieweil hätt niessen mögen / mit sambt erlittenen Kosten / vnnd Schaden / auch der Zwy-Gült / Widerlegung / vnd Erstattung beschehen / nach rechtlicher Mässigung.

SUMMARIA.

1. *Qualiter restitutio in spolio sit facienda?*
2. *An etiam fructus percepti, & qui ad normã spoliati percipi potuerunt, restituendi?*
3. *An etiam resarciendum, si res spoliata perdita, vel deterior facta fuerit?*
4. *Utrùm expensæ judiciales non petitæ in restitutionem veniant?*
5. *An spoliatus in probandis fructibus, damnis, & interesse admittatur ad juramentum in litem?*
6. *Si spoliatus in ipso tumultu, & actu spoliationis quasdam res perdidit, an possit, earum taxationem medio juramento à spoliatore petere?*
7. *An hoc juramentum spoliato deferatur contra hæredem spoliatoris?*
8. *An hæres spoliati admittatur ad dictum juramentum?*
9. *Quid intersit, an spoliatus persequatur jus suum per modum actionis, vel per modum exceptionis?*
10. *An exceptio spolij sit dilatoria?*
11. *An remedia restitutoria hujus tituli etiam dentur contra possessorem singularem?*
12. *Quod remedium spoliato utilissimũ, & pinguissimum sit?*
13. *An creditor cum debitore pactum inire possit, ut non secuta debito tempore solutione possessionem pignoris ingredi, & propria authoritate occupare possit?*
14. *Utrùm dominus rem feudalem, vel emphyteuticam, apertam, & caducam propria authoritate ingredi, & occupare possit?*
15. *An spoliator etiam lucrum inhonestum ex re sublata restituere teneatur?*
16. *Quanto tempore durent ista remedia restitutoria?*
17. *An mortuo usufructuario, proprietarius feudum invito hærede ingredi, & occupare possit?*
18. *Si cui possessio fundi fuerit interversa, qui occupatori ad retrovendendũ est obligatus, an uti possit remedio recuperandæ possessionis?*

Similiter iste articulus tertius suam declarationem, & interpretationem habet ex articulo primo. Nam, quia restitutio ex causa spolij facienda est cum omni causa; Nihil in hoc articulo specialiter continetur, quàm

quàm, quid nomine reſtitutionis contineatur. De quibus ſufficienter ad dict: *Artic. 1.* diximus, & in compendio articulus iſte tertius in ſequentibus continet. 1. Quòd eadem reſtitutio ſit facienda in immobilibus, & mobilibus, **in ligend / oder fahrenden Guet**: Adde, **Aigen / oder Lehen.** In juribus quibuſcunque corporalibus, & incorporalibus, ſervitutibus perſonalibus, & realibus, cenſibus, & præſtationibus annuis, aliiſque quibuſcunque prætenſionibus. 2. Quòd iſta reſtitutio facienda ſit cum omni damno, & intereſſe uſque ad extremum obulum. 3. Cum omnibus fructibus. Diximus ſupra, inter fructus differentiam eſſe, nempe qui percepti ſunt, & qui percipi potuerunt. Hoc autem diſtinctionis membrum de fructibus, qui percipi potuerunt, ſive de fructibus percipiendis iterum ſubdiſtinguitur, an ſolummodò intelligendum ſit de fructibus ab ipſo ſpoliatore percipiendis, violenti enim ejuſmodi homines luridi ſunt, rapiunt, & capiunt, quod poſſunt, & reliqua fortunæ ludibrio relinquunt: Et certè de his articulus intelligendus non eſt. Vel de fructibus, qui percipi potuerunt ab ipſo ſpoliato homine, fortè œconomo, & meliore patrefamiliâs. Vel denique de tali exacto, & rigido rerum ſuarum, & utilitatis obſervatore, ut ne obulum quidem negligat. Et dicimus, tam de jure canonico, quàm de jure civili fructus percipiendos, moderandos eſſe ſecundùm menſuram, quantitatem, & determinationem, quam veriſimiliter ipſe ſpoliatus, & ejectus ex re habiturus fuiſſet. Ita enim inquit Pontifex in *cap. Gravius. x. de reſtitut. ſpoliat.* Proviſuri, ut non tantùm fructus à novo, & violento ſpoliatore perceptos, ſed, quos poſſeſſores veteres (id eſt ipſe ſpoliatus, & ejus prædeceſſores, vel conſortes) percepiſſent, reddi faciatis. Idem habetur in *l. 1. §. non ſolùm. ff. de vi, & vi armat.* Nam ſecundùm tenorem hujus legis Vivianus dixit, in hoc interdicto omnia reſtitui, & eorum litem à judice æſtimari, quæcunque habiturus, vel aſſecuturus erat is, qui dejectus eſt, ſi vi dejectus non eſſet. Ex quibus verbis apparet, damnorum, & intereſſe rationem faciendam eſſe mediam, non ad ſpoliatoris incuriam, neque ad exactiſſimi patrisfamiliâs diligentiam, ſed ad ſpoliati ſortem, & priorem vivendi, & fructificandi modum, & conſuetudinem, V. G. ſpoliator luridè vivendo ex fundo ſpoliato fructuum nomine non niſi decem florenos potuit percipere: Spoliatus ut bonus paterfamiliâs percepiſſet viginti: Alius exactus, & rigidus œconomus extraxiſſet triginta florenos. Computus certè non faciendus eſt quoad fructuum perceptionem ad duo extrema, ſed ad medium, id eſt ipſius ſpoliati normam. Quamvìs veriſſimum ſit, ſi ipſe ſpoliatus tanquam exactiſſimus paterfamiliâs triginta fructuum nomine percipere potuiſſet, eadem repetere poſſit, juxta verba ejuſdem *l. 1. §. 41.* quæ habent, ſpoliatum tantum conſequi debere, quanti ſuâ intereſt, ſe vi dejectum non fuiſſe. Accedunt *l. ſi plures. §. 1. l. ſi vi me dejeceris. ff. de vi, & vi armat. l. ſi de poſſeſſione. Cod. unde vi. l. ſi navis. ff. de rei vindicat. l. apud Julianum. §. 1. ff. de legat. 1.* Nec obſtat textus in *l. domum. 5. Cod. de rei vindicat.* quæ ſtatuere videtur, fructuum perceptorum rationem metiendam eſſe ex perſona malæ fidei poſſeſſoris, & non ex perſona illius, qui rem mala fide poſſeſſam repetit. Nam ad hoc communiter reſpondent, in *d. l.* ſolam reſtitutionem domûs fuiſſe petitam, cum qua veniunt utique fructus, quos malæ fidei poſſeſſor percepit, & percipere potuit, non autem petitos fuiſſe fructus, quos ipſe petitor percipere, & lucrari potuiſſet. Quam tamen reſponſionem *Menoch. de recup. poſſeſſ. remed. 1. num. 419. & ſeqq.* non approbat, ſed aliam ſubnectit æquè dubiam, & obſcuram. Nobis ſufficit clara diſpoſitio articuli noſtri, quæ quantitatem fructuum percipiendorum ex perſona ſpoliati metiendam eſſe, apertè diſponit,

in

in quo convenit cum *l. 1. §. ex die. 40. l. in interdicto. 6. & l. si plures. 9. §. dejectum. 1. ff. de vi, & vi armat. Dom. Rath. loc. cit. assert. 91.* Verbum enim *restituere* plenissimam habet interpretationem, ut nimirum spoliatus recipiat rem cum omnibus fructibus, aliisque compendijs quibuscunque, quæ habiturus fuisset, si in possessione mansisset, Wo Er dessen in Besitz bliben wäre. *Gail. lib. 2. observ. 75. num. 7. Rath. loc. cit. assert. 91.*

Diximus, non solùm fructus, quos spoliatus percipere potuisset, sed etiam alia compendia restituenda esse, quæ spoliato mediante possessione obvenissent. De quibus agit *Menoch. loc. cit. num. 414.* Imò & illa, quæ in re spoliata tempore, quo spoliator rem tenuit, vel perdita, vel deteriora facta sunt, licèt eodem modo apud ipsum spoliatum, vel peritura, vel deteriora facta fuissent, dict: *l. 1. §. rectissimè. 34. ff. de vi, & vi armat. l. meritò. 19. ff. eodem.* Ratio est, quia violentus possessor semper in mora est, mora autem debitorem ad resarcitionem damni obligat, tametsi res apud ipsum quoque creditorem peritura, vel deterior futura fuisset. V. G. Ut Juris-Consult: in dict. *l. 19.* inquit, subtractis mortalitate servis, aut pecoribus, aliisve rebus casu intercidentibus. Semper enim onus in eis restituendis violento expulsori incumbit, quia ex ipso tempore delicti plusquàm frustrator debiti constitutus est. Frustrator autem dicitur, qui in mora est. 3

Addit articulus noster, quòd in restitutionem etiam veniant damna, & interesse, all erlittener Kosten / vnnd Schäden / quoad ultimum obulum, ut ad *Art. 1.* jam diximus. Non ergo hæc verba, Kosten / vnd Schäden / tantùm intelligenda sunt de expensis judicialibus, sed etiam alijs quibuscunque ex ejusmodi violenta spoliatione subsecutis. De quibus videatur *Sixtin. vol. 3. Consil. Marburg. 9. n. 8. Gab. conclus. 1. lib. 5. n. 11.* Et hoc adeò verum est, ut expensæ judiciales spoliato debeantur, tametsi non fuerint petitæ, nec à judice adjudicatæ. *Menoch. loc. cit. n. 413.* Prout aliquando in Consilio Aulico sic observatum esse meminimus. Ratio est, quia restitutio non esset plena, nisi fieret simul cum expensis judicialibus, uno autem obulo deficiente, restitutio plena dici non potest. Ad hoc autem, ut actio spolij, sive interdictum *unde vi* ad hæc omnia, quæ modò diximus, consequenda competat, articulus noster requirit, ut legitimè probetur spolium, Daß der Kläger solches wahr mache / wie recht ist. Ratio est, quia hoc est fundamentum agentis, quod præsupponi debet, antequàm reus conventus ad rem restituendam cum fructibus perceptis, & percipiendis omni emolumento, & compendio, damno, & interesse condemnari possit. Per text: in *l. si quando. 9. Cod. unde vi.* Ubi Imperator Zeno, priusquàm judex adjudicanda moderari possit, requirit, vim in judicio fuisse patefactam, sive, ut *gloss. ibidem. litt. D.* exsplicat, liquidò probatam, quod utique facilè fieri potest, cùm vis expulsiva, & dejectiva vix sine rumore, & tumultu publico, adeóque sine notorietate facti fieri possit. Quia verò probatio fructuum perceptorum, & percipiendorum, aliorúmque compendiorum, damnorum, & interesse difficilior est, ideò in odium violenti invasoris, & occupatoris, Imperator in dict: *l. 9.* spoliato hoc beneficium tribuit, ut, si probato spolio actor singulas res, quas perdidit, earúmque compendia, fructus perceptos, & percipiendos, & damna, quæ incurrit, specialiter per testes probare non possit, admittatur ad juramentum in litem, ita tamen, ut judex eorum, quæ spoliatus prætendit, specificationem recipiat, eandémque ex æquo, & bono moderetur, & taxet, super qua moderatione, & taxatione spoliatus juret, & præstito juramento, quod ita taxatum est, judex spoliato adjudicet. *Perez.* 4 5

ad

ad tit. Cod. unde vi. num. 23. Rath. loc. cit. assert. 29. per totum. Et hoc proptereà, quoniam æquius est, fidem haberi actori juratò affirmanti, & aliijs probationum adminiculis destituto, quàm violentum spoliatorem absolvi, & impunè evadere.

6 Sed quid si spoliatus in ipso actu spoliationis cum rumore, & tumultu perpetrato aliquas res particulares amiserit, quæ non ad ipsum spoliatorem, sed ad alios ignoranter devenerunt, poteftné spoliatus, cùm possessorem nesciat, eorum taxationem, & adjudicationem medio juramento ab ipso spoliatore principali faciendam petere, & impetrare? Et Respondemus affirmativè, ratio est, quia principalis spoliator primus author hujus damnificationis est, ut consequenter naturalis ratio dictet, eum, qui causam damni dedit, non minùs ad refarcitionem ejus teneri, quàm, si damnum ipse dederit. *Mynsing. cent. 4. observ. 12. per tot. Gail. de pignorat. cap. 18. observ. 16. n. 8. per tot. Wurmser. in miscel. observ. 2. per tot. Rath. loc. cit. assert. 92. litt. C.* Juxta communem Regulam, causam damni dans damnum ipse dedisse censetur.

7 Alia quæstio est, quid de hæredibus dicendum, tam spoliatoris, quàm spoliati? Et quod attinet ad hæredem spoliatoris, rectè nostra opinione *Dom. Rath. loc. cit. litt. D.* simpliciter negat, spoliato contra hæredem spoliatoris hoc juramentum deferri posse. Ratio est, quia, ut huic juramento locus sit, duo conjunctim requiruntur, difficultas scilicet probationis, & dolus, sive delictum adversarij. Cùm igitur adversarius, sive ipse violentus invasor præsupponatur esse mortuus, cum ipso delictum extinctum est, &, quia hæres nihil peccavit, contra eum in litem jurari non potest, sed debet spoliatus prætensiones suas verificare per veras testium, aut instrumentorum probationes, tam quoad ipsas res amissas, quàm quoad damna, & interesse, rerúmque amissarum quantitatem, & æstimationem. Idem *Rath. loc. cit.* nisi fortè lis cum spoliatore adhuc vivo cœpta, & contestata fuisset, sicut enim actiones pœnales post litis contestationem in hæredes transeunt, ita etiam dubium non est, quin spoliatus, qui se ad juramentum obtulit, vivo adhuc spoliatore, contra hæredes illius admitti debeat.

8 Quod attinet ad hæredem spoliati: *Perez. ad dict. tit. C. unde vi. n. 24.* nostra opinione rectè distinguit, an scilicet hæres sit in tali conditione, ut de rebus defuncti potuerit habere sufficientem informationem, fortè, quia moratus est in domo defuncti, aut ejus gessit negotia, penitúsque novit res, quas possidebat dejectus tempore spolij, cum vero earum valore, & æstimatione? Et talem in odium spoliatoris ob difficultatem probationis ad juramentum admitti posse, ratio dictat, cùm ambo requisita concurrant, delictum scilicet spoliatoris, & legitimarum probationum difficultas. At, si talis hæres sit, qui de rebus defuncti nullam, aut saltem non sufficientem cognitionem habeat, ad juramentum admittendus non est, propter periculum periurij, cùm nemo debeat anceps subire juramentum. Idem *Perez. loc. cit.* ubi tamen addit, in hæredibus spoliati non tam rigidas, & exactas probationes requirendas esse, sed admittendas etiam leviores.

9 Antequàm procedamus ad ultimum hujus tituli articulum de *judice* spoliatore, more nostro aliquas breves quæstiunculas pro intellectu præcedentium utiles subjungamus, quarum prima est, quid intersit, an spoliatus jus suum persequatur per modum actionis, vel per modum exceptionis? Et quidem de jure communi certum est, quòd interdictum, *unde*

de vi, & loco ejus actio in factum à die, quo dejectio facta est, intrà annum utilem institui debeat. *l. 2. Cod. unde vi, & l. 1. in princ. ff. eod.* quia actio prætoria, & pœnalis est. Dicitur autem annus continuus, qui fluit singulis continuis diebus, utilis verò, qui fluit solummodò illis diebus, quibus actori potestas fuit, adversarium conveniendi. *l. 1. ff. de divers. & temp. præscr.* quod intelligendum est quoad persecutionem pœnæ; non quoad persecutionem rei ablatæ, quæ planè semper perpetua est. Videantur DD. *ad hunc tit. Perez. num. 20.* Ubi dicit, hodierno tempore omnia remedia restitutoria triginta annis durare, & sic perpetua esse. Idem, & multò magìs dicendum est, si remedium restitutorium proponatur per modum exceptionis. Tametsi enim quidam DD. velint, quòd exceptio spolij sit exceptio dilatoria, & proponi debeat ante litis contestationem, maximè, si spoliatus juramento suo confirmare non possit, hanc exceptionem primùm post litem contestatam ad suam notitiam pervenisse. *Gail. lib. 2. observ. 75. num. 6.* Tamen contraria sententia verior est, & nititur manifestis textibus in *Clem. unic. de caus. poss. & propr. & in cap. ex conquestione. 10. x. de restit. spoliat. Berlich. dict. conclus. 21. n. 75. Menoch. loc. cit. de retinend. poss. remed. 3. n. 804.*

Secunda quæstio est, an remedia restitutoria ex hoc nostro articulo competentia etiam dentur contra tertium possessorem singularem? Nam de hærede spoliatoris jam supra diximus: Et Respondemus, distinguendũ esse inprimis, quo remedio contra tertium possessorem agatur, civili vel canonico, nam interdictum *unde vi* personale est, quod solumodò datur contra dejectorem, & nullo modo contra tertium possessorem, sive malæ, sive bonæ fidei, sed pinguiora sunt remedia Juris Canonici, & distinguitur ulteriùs, an successor tertius rem spoliatam à spoliatore scienter receperit, atque ita spoliatori in vitio successerit, nam, quia hic ad omnia ea simpliciter tenetur, ad quæ vitiosum authorem teneri, jam supra diximus, dubium esse non potest, ex constitutione Innocentij in *cap. 15. & cap. 18. extra de rest. spol.* eum obligatum esse. Quid verò dicendum, si singularis successor à tertio ignoranter rem assecutus fuerit bona fide, & titulo? Licèt enim spoliato ad restitutionem ordinaria juris remedia pro consequenda re sua competant, tamen quoad reliqua actio spolij, vel interdictum *unde vi*, aut quæcunque alia, etiam canonica remedia solum spoliatorem, & hæredes ejus, quatenus agitur de satisfactione justa, non tertium singularem possessorem bonæ fidei obligant. *Perez. loc. cit. num. 19. Berlich. loc. cit. num. 20.* 11

Quæritur igitur tertiò, cùm spoliato tot remedia competant, quid eidem suadendum sit de usu remediorum horum? Communiter dicunt, *cap. redintegrand.* esse pinguissimum, & sine omni hæsitatione à spoliato apprehendendum. Nos hujus consilij nullam rationem invenimus, nam, quia hodierno tempore actori nulla necessitas incumbit, actionem, sive remedium, quo experitur, specificè denominandi, sufficit, ut in Patria nostra advocatus dicat, se juxta *Titulũ nostrũ 20.* der Land-Recht / & juxta *Art. 1. Tit. 6. Lib. 5.* der Lands- und Pollicey-Ordnung / restitutionem rei violenter ablatæ cum omni causa petere: Hoc ipso enim omnia remedia in unum cumulum coacervat, cùm dictæ constitutiones nostræ Provinciales omnia legum, & canonum remedia comprehendant. Et proinde judex accomodare debet, quod actori accomodatissimũ est. Et hinc sæpiùs risimus in consilijs, quando à dominis referentibus longa disquisitio facta fuit, quodnam remedium ab actore fuerit intentatum: Nobis semper opponentibus, allegando dictos articulos statutorum nostrorum Provincialium, omnium remediorum opportunorum auxilium fuisse imploratum. 12

13 Quæritur 4. an inter creditorem, & debitorem de re propria authoritate occupanda conveniri possit? Et Respondemus negativè, quia conventio super violenta aggressione, spolio, & occupatione, sine dolo fieri non potest, conventio autem super dolo de jure prohibita est, eò quòd tendat contra bonam fidem, & bonos mores, publicámque honestatem violet, ac hominibus ad delinquendum incitamentum præbeat, ut jam supra ad *Tit. 17. Art. 1.* der Land-Recht / diximus. Econtra pœnam *l. si quis in tantã. 7. Cod. unde vi.* aut hujus tituli nostri severam animadversionem creditor ille non incurrit, qui cum debitore pactum inijt, ut non secuta debito tempore solutione possessionem pignoris, mit oder ohne Rechten / ingredi possit. Quamvìs enim verba, ohne Recht / censeantur violentiam creditori permittere, tamen D. Rath eam in tantum sustinendam esse putat, ut talem violentum pignoris occupatorem à juris sui amissione excuset. *loc. cit. ass. 88. litt. B. & C.* in quo nos subsistimus. Nam, licèt pacificus ingressus in possessionem rei sic pignoratæ occupationem propria authoritate factam à pœna *l. 7.* excusare possit, tamen violenta invasio, & occupatio in Patria nostra nunquam permissa est propter scandalum publicum, præsertim, cùm copia judicis quotidie haberi possit. Nec videmus, quare D. Rath pactum de violento ingressu pignoris improbet, & tamen, si violenta occupatio ad nudam concessionem de pignore propria authoritate ingrediendo facta fuerit, illam à pœna *l. si quis in tantã. 7.* excuset. Quidquid autem de hoc sit, illud certum est, quòd hoc pactum de pignore propria authoritate occupando nullius valoris, & effectûs sit, quando pignus ampliùs in manibus debitoris non est, sed in tertium translatum, ut benè animadvertit *Ant. Faber. ad tit. Cod. unde vi. def. 34.* Tametsi titulus constituti possessorij tali pacto quoque accesserit. Nam interversa possessione, & in alium translata, pactum debitoris de pignore propria authoritate occupando etiam clausulâ constituti possessorij munitum exspirat, & creditori nullum aliud remedium superest, quàm, ut revocatoriâ, vel conditione Justinianea ex *l. ult. C. de acquir. & retinend. poss.* agat. Videatur idem *Faber. loc. cit. n. 5.*

14 Pro 5. quæstione, ex primo articulo refricandum est, quòd spolium in rebus feudalibus, emphyteuticis, vitalitijs tam parùm fieri possit, quàm in rebus allodialibus; Quod dubium non habet, si controversia sit inter privatas personas, si V. G. unus vasallus præsumens, se melius jus habere, alterum ex possessione dejiciat, aut unus rusticus fundum vicini sui *vi* occupet, &c. Sed quidsi dominus feudi, vel dominus emphyteusis existimet, feudum sibi fuisse apertum, vel caducum? Item, jus emphyteuticum ob non solutum laudemium, præstitos canones, aut aliam quamcunque causam ex jure nostro statutario caducitatem inducentem, ut paulò post in sequenti articulo videbimus, quæstio est, an ipse dominus feudi, vel emphyteusis rem feudalem, sive emphyteuticam, apertam, vel caducam propria authoritate ingredi, & occupare possit? Et Respondemus negativè, semper enim necessarium est, ut vasallo, vel emphyteuta reclamante, aperturæ, vel caducitatis judicialis declaratio præcedat. *Ant. Faber. in C. suo. ad tit. unde vi. def. 2.* Quod adeò verum est, ut, si vacante feudi, vel emphyteusis successione dominus possessionem ingressus fuerit ex capite aperturæ, vel caducitatis, supervenientibus legitimis successoribus feudum, vel emphyteusin illam cum omni causa restituere debeat. Vim enim facere dicitur, quisquis jus suum non per judicem reposcit. *l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. penult. & ult. ff. ad l. Jul. vi priv. l. non est singulis. 176. ff. de R. J.*

15 Quæritur 6. si spoliator ex re sublata lucrum minùs honestum fecerit, anné etiam illud restituere debeat spoliato? Et Respondemus, tantum esse odium spoliatoris, ut etiam lucrum inhonestum restituere debeat, ne

hone-

honesta interpretatio non honesti quæstûs lucrum afferat delinquenti. Pulchrè idem *Ant. Faber. loc. cit. def. 21.*

Quæstio 7. est, quomodò intelligendum sit id, quod priùs diximus, remedia restitutoria hodierno tempore esse perpetua? Et Respondemus, verbum hoc *perpetuum* intelligendum esse de triginta annorum cursu: Licèt aliàs interdictum *unde vi* tantùm annalem actionem pariat, quia prætorium, & pœnale est, tamen ultra vitam, & terminum aliarum actionum extendi non debet, qui omnibus personalibus actionibus ad trigesimum annum determinatus est. *l. 3. C. de præscript. 30. annor.* purgatur enim vitium spoliationis ex cursu tanti temporis, cùm spoliatus tacito consensu illud censeatur condonâsse. Ex quo sequitur, si spoliatus occasionem agendi non habuerit, etiam post 30. annos de spolio conqueri possit, quia non valenti agere non currit præscriptio. *l. 1. §. ult. ff. de annal. except.* & *Anton. Faber. def. 35. per totum.* 16

Quæritur 8. si usufructuarius mortuus sit, an proprietarius rem, cujus alter usumfructum habuit, propria authoritate post mortem usufructuarij occupare, & possessionem capere possit, etiam invito hærede usufructuarij defuncti? Et quamvìs *Ant. Fab. loc. cit. def. 41.* affirmativè respondeat, per rationem, quòd, licèt usufructuarius naturaliter possideat, ea tamen possessio finiatur morte, nec in hæredem transeat, ut ita contra proprietarium possessionem occupantem, nec juris civilis, nec juris canonici remedia recuperandæ possessionis locum habeant,hoc solùm verum esse dicimus, quamdiu hæres possessionem rei usufructuariæ non priùs occupavit, nam, si id factum fuerit, vel ex erroneo præsupposito, rem illam hæreditariam esse, & ad se pertinere, aut animo deprædandi, proprietario jus non est, possessionem, quam non invenit vacuam, ingrediendi. Quia, ut supra diximus, etiam prædo spoliatus remedium habet *unde vi*, & non attenta quæstione proprietatis restitui debet, quod ipse *Faber. def. 38.* agnoscit, ubi in eo solumodò casu exceptionem dominij contra interdictum, *unde vi*, admittit, quando spoliator in continenti probare potest, se rem ab actore ipso, aut ab eo, cujus actor hæres fuerit, justo titulo habere. Idem *Faber. def. 30. per totum.* 17

Quæritur 9. an remedia recuperandæ possessionis locum habeant, si quis rem occupaverit, ad quam alter, cui possessio interversa est, occupatori retrovendendam obligatus erat? Et Respondemus affirmativè. Ratio est, quia judicium super causa retrovenditionis ordinarium est, & pleniorem cognitionem requirit, judicium autem spoliationis est summarium, & privilegiatum, neque enim is, qui jus petendæ retrovenditionis habet, sibi ipsi jus dicere, &, cùm ipsi sola personalis actio competat, rem quasi vindicare, & propria authoritate occupare debet. *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. l. 3. & 4. eodem. l. ab emptione. 58. ff. de pactis.* Admittit tamen Ant. Faber, quòd, si apertè, & in promptu de jure retrovenditionis constet, utrumque judicium simultaneè agitari possit, quod primo articulo hujus tituli contrarium est, cùm spoliatus nec in eadem, nec in alia, & diversa causa respondere cogatur, priusquàm sibi restitutio plenariè facta fuerit. 18

Der Vierdte Articul.

Es soll kein Richter jemanden seines kundtlichen Innhabens / dessen Er seiner Persohn halben fähig seyn mag/ für sich selbs / oder auff Begehren seines Gegen-Theils / entsetzen / Ehe vnnd bevor deßhalben der Besitzer / mit seiner Nothdurfft angehört/ vnd gebührende Erkantnuß/darüber beschehen/vnd darvon weiter nit gewaigert ist. Wurde aber ein Richter jemanden seines Innhabens für sich selbs / oder auff blosses Begehren deß Gegen-Theils/ entsetzen / So soll deme / welcher also entsetzt / sein Haab vnnd Guet alsbalden wider eingeantwortet werden / vnnd Er zuvor Red / vnnd Antwort zegeben nit schuldig seyn.

SUMMARIA.

1. *Quomodò succurratur spoliato ab ipso judice?*
2. & 5. *Quando judex dicatur spolium committere? Ut, si parte altera non citata nec audita procedat, vel notoriè incompetens sit judex.*
3. *Quid probare debeat spoliatus à judice?*
4. *Quid si judex quidem juris ordine processerit, sed non attenta appellatione ad executionem deveniat?*
6. *Quid si tali processui extra ordinem judiciarium approbatio Principis accesserit?*
7. *Si judex per sequestrationem iniquam alteri fructus possessionis eripiat, an spoliare videatur?*
8. *An idem dicendum de arrestis?*

IN præcedentibus tribus articulis egimus de spolijs privatorum, utpote magìs frequentibus, & de restitutione rerum immobilium, mobilium, & jurium quorumcunque vi expulsiva, vel compulsiva ablatorum, restitutione facienda cum fructibus perceptis,& percipiendis,omni causa,& interesse
1 quocunque: Quia verò etiam contingere potest, ut quis injustè spolietur ab ipso judice, & magistratu; Qui, cùm deberet esse oppressorum auxilium, & refugium, quandoque non minùs, vel ex malitia, vel ex inscitia, & imperitia ligitantibus vim, & injuriam facit, quàm ipsi litigantes sibi invicem inferant. Ideò ad finem hujus tituli articulus pro coërcendis judicum spolijs additus est, valdè salubriter, ut suppedanei judices, die schlechtere Land / vnd Dorff-Richter / cautiores, & attentiores sint, nec ad nuda asserta unius partis collitigantem cum magno ejus præjudicio, & gravamine ex possessione dejiciant. Quamvìs igitur Regula generalis sit, quòd spoliatus à judice, sive authoritate illius, non restituatur, per textum in *cap. præsentium. 7. quæst. 1. gloss. ibidem. in verbo. in aliam. Gabr. de restit. spol. lib. 5. conclus. 1. num. 123.* Ubi totum cathalogum Doctorum allegat, per rationem, quòd pro judice, & ejus processu legitimè facto præsumptio sit, *cap. sicut nobis. in fin. x. de sent. & re judic. cap. bonæ*

memo-

memoriæ. x. de elect. & elect. poteſt. l. 2. Cod. de offic. civil. jud. Quia tamen præſumptio cedere debet veritati, ideò, ſi injuſta judicis, ſive magiſtratûs ſpoliatio probata fuerit, non minùs reſtitutio ante omnia fieri debet. Cùm iniquiſſimum eſſet, ut facto judicis injuſto partis conditio per interverſionem poſſeſſionis reddatur deterior.

Indagandum eſt igitur, quibus modis judex dicatur ſpolium committere? Et primus quidem modus eſt in hoc articulo præſcriptus, ſi quæ ex partibus in notoria poſſeſſione ſit conſtituta, quam judex eidem ſubtrahit, antequàm fuerit citata, & deſuper ſufficienter audita, citari enim ſemper debet is, cui præjudicari poteſt, *l. nam ita. 39. ff. de adopt. l. de unoquoque. 27. ff. de re judic.* & toties citatione opus eſt, quoties cauſæ cognitio requiritur, dict: *l. nam ita. 39. ff. de adopt.* & inſanabile vitium proceſsûs dicitur, ſi factus fuerit parte nec citata, nec audita. Habetur enim tali caſu judex, qui extrajudicialiter, & ſine cauſæ cognitione procedit, pro privato, ut ei de facto reſiſti poſſit, *l. prohibitum. Cod. de jur. fiſc. cap. conquerente. x. de reſtit. ſpoliat. Gabr. loc. cit. num. 124. in fin.* aut, ſi ſpoliatio conſummata fuerit, ſpoliatus ante omnia non minùs reſtituendus ſit, quàm, ſi à privato ſpoliatus fuiſſet, ita ut in cauſa reſpondere non teneatur, priuſquàm reſtitutionem poſſeſſionis plenariè, & cum omni cauſa obtinuerit, in verbis articuli, **Unnd er zuvor Red / vnnd Antwort zugeben nit ſchuldig ſeyn ſolle.** 2

Duo autem præſupponit articulus noſter. 1. Quòd is, qui à judice ſpoliatus eſſe dicitur, fuerit in notoria poſſeſſione. Ratio eſt, quia omnis privatio præſupponit habitum. *l. decem. 116. de V. O.* & reſtitui non poteſt, qui non priùs fuit deſtitutus. Regula enim generalis eſt, quòd is, qui ſe dicit ſpoliatum, ante omnia probare debeat, ſe ſpoliationis tempore poſſediſſe. Et hinc, ſi altera pars litigans, vel ipſe judex ſpoliator probare velit, ſe, vel alium, quàm qui de ſpoliatione conqueritur, poſſediſſe, audiendus eſt. Per not: in *cap. cùm ad ſedem. x. de reſtit. ſpoliat. Faber. in Cod. dict. loc. def. 5.* Alterum eſt, quòd de tali poſſeſſione agatur, cujus ille, qui reſtitutionem petit, capax eſt, **Deſſen er ſeiner Perſohn halber fähig ſeyn mag /** ſi enim laicus reſtitutionem juris alicujus ſpiritualis, cujus notoriè incapax eſt, prætendat, nullo modo audiendus eſt. Quia impium eſſet, & ridiculum, ſi reſtitueretur alicui id, quod nunquam habuit, aut habere potuit, ut DD. communiter exemplificant de laico prætendente reſtitutionem in poſſeſſionem decimarum merè ſpiritualium, vel alicujus beneficij Eccleſiaſtici, cujus incapax eſt, & nullum poſſeſſionis titulum colorare poteſt. *Gabr. loc. cit. concluſ. 1. n. 122. & n. 136.* 3

Addimus nos tertium, ſi enim ſupponas, judicem ad petitionem Titij me ſpoliâſſe re quadam, cujus dominium Titius in continenti probare poteſt, & fortè judici jus ſuum dominij jam anteà palàm fecit; Fruſtra ego reſtitutionis beneficium imploro, tametſi enim ſpoliato per privatum, juxta ſuperiùs dicta ſolummodò duo probanda ſint, nimirum poſſeſſio antiquior, & facta ſpoliatio, ita ut duobus his extremis legitimè probatis reſtitutio ſine mora fieri debeat, tametſi ſpoliator jus dominij in continenti probare velit: Tamen ſpolium judicis in hoc melioris conditionis eſt, quia is, qui ſpolium judicis allegat, non tantùm duo hæc extrema, id eſt antiquiorem poſſeſſionem, & ſpoliationem, ſed etiam tertium probare neceſſe habet, id eſt injuſtitiam judicis. Ex quo ſequitur, ut, qui ſpoliatum ſe dicit à judice, non ſit reſtituendus, ſi ſpoliator de jure ſuo probationem

priùs jam fecerit, vel in continenti facere paratus sit, tametsi aliàs causa proprietatis non soleat remorari causam restitutionis, pulchrè *Ant. Faber. loc. cit. def. 21. per tot. Rath. assert. 93.*

4 Secundus modus est, si judex quidem processerit observato *juris* ordine, scilicet parte adversa legitimè citata, & audita, & causæ cognitione observata, atque desuper latâ sententiâ definitivâ, à qua tamen *is*, qui destitutus fuit à judice, appellationem debito tempore interposuit, nam, si judex appellatione non attenta ad executionem procedat, innovationem facit de jure prohibitam, & ante omnia à judice superiore revocandam. *l. un. Cod. de in integ. restit. cap. non solùm. 7. x. de appell. in 6. l. un. ff. nihil nov. &c. l. 16. ff. de appell.*

Maximè, qui tertius modus est, si de injustitia appellati, & *justitia* appellantis notoriè constet. *Gabr. loc. cit. num. 126. Gail. lib. 2. observ. 76. num. 11.* Sed hoc planè non multùm ad rem facit, nam, si judex interposita appellatione contra appellantem ad destitutionem processerit, ex eo capite, quòd ipsius appellationem habeat pro injusta, & frivola, & causam illius pro iniquissima, tamen, cùm ipsius cognitio, & jurisdictio per appellationem suspensa sit, ad possessionis destitutionem progrediendo crimen attentatorum incurrit, & parti læsæ ante omnia restitutio facienda est. Convenit hoc cum articulo nostro, qui destitutionem à judice etiam legitimè procedentem non admittit, nisi post sententiam in causa principali latam, & per appellationem non suspensam, juxta verba, **Und gebührende Erkanntnuß darüber beschehen / auch darvon weiter nit gewaigert worden ist.** Superioris enim judicis est, ut de justitia, vel inquitate *judicet*, *inferioris* autem, ut pendente appellatione ad ulteriora non præcedat.

5 Quartus modus est, quando judex notoriè incompetens est, per rationem, quia talis habetur pro privato, & illi non modò impunè non paretur, sed etiam per contrariam vim resisti potest. *Gabriel. loc. cit. num. 130.*

6 Nec pro quinto, justificatur judicis extrajudicialiter, & ordine judiciario non observato exercitus spoliationis processus, aut appellationis per attentata facta violatio, & innovatio, tametsi supremi Principis approbatio accesserit, juxta *l. 3. Cod. unde vi.* Ubi Imperatores Diocletianus, & Maximianus religiosè dicunt, authoritatem vobis rescripti nostri tenendæ possessionis, quam vos per violentiam adeptam profitemini, accomodari nimis improbè postulatis.

Sextus modus est, cùm sequestratio, ut in præcedente titulo diximus, hunc effectum non habeat, ut aliquem privet possessione sua. Hinc se-
7 quitur, quòd, si judex per iniquam sequestrationem alteri fructus, sive commoda possessionis eripiat, spoliâsse videatur, & consequenter pars fructibus privata, ijsdem actionibus, & remedijs ad suam possessionem recuperandam uti possit, quibus uteretur, si ab adversario suo spoliata fuisset. *Anton. Faber. loc. cit. def. 16.* Diximus, per iniquam sequestrationem, id est, si facta fuit in casu, quo fieri non potuit, quia tunc juxta *Artic. 4. dict. Tit. præcedent.* sequestratio ipso jure nulla est, judex autem nulliter procedens, & alium possessione sua dejiciens spolium committere dicitur. Si autem sequestrationem ex legitima causa interposuit, & tamen notorio possessori pendente processu fructus interloquendo ademit, possessor appel-

lare

lare debet, cùm in hoc casu non dicatur nulliter processisse, sed iniquè judicâsse, & ideò, quia ex Statutis nostris Bavaricis ab omni interlocutoria, & gravamine appellari debet, pars gravata necesse habet, ad superiorem judicem recurrere, & ordinario remedio appellationis uti, & non ad remedia spoliationis confugere. Ita intelligimus *Anton. Faber. dict. def. 16.* Aliud est in arrestis. Licèt enim arrestatus tempore arresti privetur fructibus, & commodo rei suæ arrestatæ, ac judex arrestando procedat extrajudicialiter quasi, & absque causæ cognitione, tamen, cùm id fiat authoritate legis, & antiquissimæ consuetudinis, remedia recuperandæ possessionis excluduntur. *D. Rath. loc. cit. assert. 94.*

INDEX ALPHABETICVS.
SUPER STAT. BAVAR.
In quo
Prior numerus marginalem numerum denotat, posterior verò ipsum folium.

A.

Acquæstus.

Quid sint acquæstus. tit. 1. fol. 12. n. 21. & 22.

Quid uxori debeatur ex acquæstibus. ibidem. n. 20.

Quo titulo, & qua actione uxor acquæstus lucretur. ibid. n. 25. & seqq.

An dispositio de acquæstibus lucrandis omnes conjuges, vel quales comprehendat. dict. tit. fol. 17. n. 27. & seqq.

An uxor ad secunda vota transiens amittat acquæstus. eod. tit. fol. 27. n. 81. & seqq. plura vid. sub nomine dos.

Actio.

Actio hypothecaria hodie in effectu non datur contra tertium possessorem, nisi excusso debitore principali. ad n. 21. fol. 575.

Actiones suas remittentibus non est dandus regressus ad eas. n. 21. fol. 82.

Adventitia bona.

An pater teneatur de bonis adventitijs filij inventarium conficere. n. 1. fol. 250.

An jure nostro statutario saltem descriptionem sive designationē facere debeat. n. 2. fol. 250.

Et quidem sive in statu viduali permaneat, sive ad secundas nuptias transeat. n. 3. fol. 250.

Ubi hæc descriptio à plebeis hominibus facienda. n. 4. fol. 250.

Quomodò à Nobilibus. n. 5. fol. 251.

An præsentia consanguineorum ad hunc actum adhibenda n. 6. fol. 251.

Et quidem utriusque conjugis. n. 7. fol. 251.

Quo tempore fieri debeat descriptio bonorum adventitiorum filij. n. 8. 251.

An de jure nostro Bavarico pater tenentur ad cautionem usufructuariam. n. 9. fol. 251.

An articulus noster ratione cautionis etiam intelligendus de mobilibus. n. 10. & 11 fol. 251. & 52.

An de jure nostro statutario liberi pro bonis maternis suis in patris facultatibus aliquam hypothecam habeant. n. 12. fol. 252.

An solummodò in hoc casu, quando pater ad secunda vota transit. n. 13. fol. 252.

An hæc descriptio tantum intelligenda de bonis mobilibus. n. 14. fol. 252.

An liberi cum amicis patri hanc descriptionem remittere possint. n. 15. fol. 253.

An pater cum liberis suis de restitutione dotis transigere possit. n. 16. 17. & 18. fol. 253.

An etiam de contradote mater cum liberis transigere possit. n. 19. fol. 253.

An debeant esse majorennes, ut valeat transactio. n. 20. fol. 253.

An talis transactio fieri debeat cum præscitu ordinarij magistratûs. n. 21. fol. 254.

An etiam, quando transactio fit inter personas nobiles. n. 22. fol. 254.

Quod sit officium magistratûs. n. 23. fol. 254.

An pater etiam cum filijs suis transigere possit de reliquis bonis maternis. n. 24. fol. 254.

Adulter.

Conjux adulter quid acquirere possit. tit. 1. fol. 48. n. 153.

Quid amittant adulteri. eodem tit fol. 78. n. 6. & seqq. item fol. 26. num. 77. vid. divortium.

Æstimatio rerum.

Cui probatio facti enormis læsionis incumbat. n. 1. fol. 469.

Quot, & quinam sint modi probandæ læsionis enormis. n. 2. fol. 469.

Qualis modus probationis approbetur in statutis nostris Bavaricis. n. 3. fol. 470.

An æstimatores, & arbitratores à partibus, vel à Judice ordinario constituendi sint. n. 4. fol. 470.

Quomodò æstimatores debeant esse constituti. n. 5. fol. 471.

Quomodò impartiales, & indifferentes inter partes litigantes. n. 6. fol. 471.

Quomodò in re qualibet periti adhiberi debeant. n. 7. fol. 471.

An debeant esse jurati. n. 8. fol. 471.

An personæ nobiles, quæ constituuntur arbitratores, & æstimatores, necessariò debeant esse juratæ. n. 9. fol. 471.

Quid de Principum officialibus dicendum sit. n. 10. fol. 471.

An tales æstimatores, & arbitratores debeant de veritate, vel credulitate præstare juramentum. n. 11 fol. 472.
Quid si veritas per taxationem, & æstimationem haberi possit. n. 12. fol. 472.
Quot ad talem taxationis actum æstimatores sint adhibendi. n. 13. fol. 472.
Quid si tantùm agatur de re vili, & minoris momenti. n. 14. fol. 473.
Quid si æstimatores in taxatione neutiquam conveniant, quomodò ratio ineunda sit. n. 15. & 16. f l 473.
Recensentur & statuuntur varia exempla. n. 17. fol. 473.
Quale pretium æstimatores in taxatione considerare, & observare debeant, summum, medium, aut infimum. n. 18. fol. 474.
Proponuntur, & enumerantur iterum aliqua exempla. n. 19. fol. 474.
Quæ ratio æstimationis in bonis feudalibus ineunda? n. 20 fol. 475.
Quæ ratio taxationis in bonis Emphyteuticis facienda. n. 21. fol. 475.
Quæ in bonis feudalibus bursaticis. n. 22. n. 22. fol. 475.
Quid deferendum Judicio æstimatorum, & arbitratorum. n. 23. fol. 476.
Quæ alia remedia contra Judicium illorum admittantur. n. 25. fol. 476.

Alienatio.

An maritus ad inopiam vergens habeat licentiam bona sua mobilia & immobilia alienandi. n. 1. fol 104.
Quid si notorium sit, mariti bona plus valere. n. 2. & 3. fol. 105.
An etiam alienatio mariti ad inopiam vergentis ab uxore propter morgengebam impediri possit. n. 4. fol. 105.
An Judex contra voluntatem mulieris ejusmodi alienationem permittere possit. n. 5. fol. 106.
Quid si mulieri pro dote sua & reliquis prætensionibus jam priùs in certis bonis fuerit assignatio, & satisfactio facta. n. 6. fol. 106.
An etiam tacitus consensus uxoris ad alienationem mariti sufficiat. n. 7. fol. 106.
Quid si autem mulier scivit, & non contradixit. n. 8 fol. 107.
Quid si uxor consensum suum & approbationem actu subscriptionis confirmaverit. n. 9 fol. 107.
Quid si talis approbatio muliere inscia per notarium facta fuerit. n. 10. fol. 107.
An uxor, quæ in certis bonis assecurationem dotis, & contradotis accepit, nihilominùs habeat in aliis bonis mariti hypothecam. n. 11. fol. 107.
Quid si uxor generalem assecurationem habuerit, & marito ad alienanda certa bona consensum dederit. n. 12. fol. 108.
Quid si juribus suis per expressum renunciaverit. n. 13. fol. 109.
Quomodò hæc renunciatio fieri possit. n. 14. fol. 209.
Quid si fiat in solum favorem mariti cum renunciatione sui juris. n. 1. 5. fol. 109.
An maritus de bonis generaliter obligatis aliquid alienans constituat novum authorem in quasi possessione præscribendi. n. 16. fol. 109.
Quid dicendum de præscriptione longissimi temporis. n. 17. fol. 110.

Arrestum.

Quomodò differat arrestum à sequestratione. tit 19. n. 1. fol. 1127.
Quotuplex sit arrestum. n. 2. fol. 1127.
An non hoc Jus arrestandi, sive sistendi competat incolis contra forenses ex qualibet causa, & actione reali, vel personali. ibid. n. 3.
Utrùm creditor tantùm obligetur ad summariam fidem faciendam de sua prætensione. eod. tit. n. 4. fol. 1128.
An solvatur arrestum datis pignoribus, vel fidejussoribus, & quomodò ista cautio constituta esse debeat. ibid. n. 5. fol. 1.
Quid si forensis immobilia in Provincia possideat, an relevetur ab onere satisdationis. ibid. n. 6.
An non tempore nundinarum forenses ab omni arrestatione immunes sint. tit. eod. n. 7. fol 1129.
Arrestari quanam possint secundùm concessionem Ottonianam, &
Qualis sit concessio Ottoniana de arrestis. eod. tit. fol. 1130. n. 1.
An non vi hujus concessionis etiam incolæ tam quoad personas, quàm res eorum arrestari possint. ibid. n. 2.
Utrùm hoc Jus arrestandi omnibus civitatibus, & oppidis competat. eod. tit. 3. fol. 1131.
An non quædam civitates hoc Jus sistendi per temporis immemorialis præscriptionem acquirere possint. ibid. n. 4.
Si quædam civitas in possessione Juris arrestandi per decem annos fuerit, an eâ possit destitui. eod. tit. n. 5. fol. 1132.
Utrùm hoc privilegium Ottonianum per non usum amittatur. ibid. n. 6.
An hoc Jus arrestandi etiam sit concedendum civitatibus, in quibus Princeps suos officiales, & Judices habet. eod. tit. n. 7. fol. 1133.
An non excipiantur Nobiles, qui arrestari nequeunt, & quales nobiles. ibid. n. 8.
Item landsassij. eod. tit. n. 9. fol. 1134.
Officiales Principis. ibid. n. 10.
Et Vasalli equestres. eod. tit. n. 11. fol. 1135.
An hoc privilegium sit reale, & competat omnibus, qui in civitate habitant, ut clericis, officialibus, ministris aulicis &c. ibid. n. 12. fol. 1135.

Arrestationis processus quomodò instituendus.

An iste processus arrestationis debeat esse summarissimus. eod. tit. n. 1. & 10. fol. 1138. & 11. 42. n. 9.

Quæ

Quæ communiter requirantur ad hunc processum. ibid n. 2. fol. 1138.

An ad arrestum impetrandum necessarium sit, ut debitor incipiat ad inopiam vergere, eod. tit. n. 3. fol. 1139.

Utrùm non prohibeatur, arrestitationem fieri oblata cautione juratoria. ibid. n: 4.

Si Judex arrestum decernere intermisit, an non teneatur creditori de damno ex ejus denegatione causato. eod. tit. n. 5. fol. 1140.

An arrestum peti possit etiam extra dies juridicos, in via publica, vel in alio loco, &c. ibid. n. 6.

An à Judice sæculari arrestum contra clericum decerni possit. eod. tit. n. 7. fol. 1141.

Quid in actionibus realibus dicendum, in quibus clerici forum sæculare sortiuntur. eod. tit. n. 8. fol. 1142.

Præstita sufficienti cautione debetné debitor litem coram Judice arrestante suscipere, vel terminare. ibid. n. 9. fol. 1142.

Quid si debitor cautionem de judicato solvendo ob inopiam præstare nequeat, an sufficiens sit cautio de judicio sisti. eod. tit. n. 11. fol. 1143.

Qualis promissio facienda à fidejussoribus in cautione de judicio sisti. ibid n. 12.

An debitor rem ipsam arrestatam pro cautione pignoratitia offerre possit. ibid. n. 13.

Si quis præstita cautione de judicio sisti per Procuratorem compareat, an satisfaciat. eod. n. 14. fol. 1144.

An in defectum cautionis fidejussoriæ, vel pignoratitiæ admittatur juratoria. ibid. n. 15.

Utrùm debitor à loco arresti secedere possit, si ab arresto appellaverit. eodem. tit. 16. fol. 1145.

Quid si arrestatio nulliter fuerit imposita, v. g. ex incompetentia jurisdictionis &c. ibid. n. 17.

Cujus sumptibus arrestati jumenta, equi &c. subsistere debeant. n. 18.

An Judex arrestatum, vel res ejus sponte dimittere possit. eod. tit. n. 19. fol. 1146.

Quæ pœna maneat debitori, qui arrestum frangit. ibid. n. 20.

In quibus casibus debitor sine delicto, & pœna ex arresto discedere possit. ibid. n. 21.

Si creditor injustè arrestum impetret, an non teneatur debitori ad omne damnum emergens, & lucrum cessans eod. tit. n. 22. fol. 1147.

Utrùm lapsus terminorum, intra quos creditor suam prætensionem verificare debet, ex parte, & mora debitoris reddat arrestum cassum, & irritum. ibid n. 23.

An liceat creditori terminum tridui, vel de meridie in meridiem in probatione debiti prævenire. eod. tit. n. 24. fol. 1148.

Quid si creditor dictum terminum neglexerit, an debitor possit proprio motu discedere, vel requiratur decretum Judicis de arresto relaxando. ibid. n. 25.

An Judex hunc terminum prorogare possit. ibid. n. 26.

An iste terminus sit computandus de momento in momentum. eod. tit. n. 27. fol. 1149.

Et à tempore denunciati arresti, vel quo creditor summariam fidem de debito fecit. ibid. n. 28.

Arrestatio extra Provinciam.

An prohibitum sit, ne unus incola alterum extra Provinciam arrestari faciat. eod. tit. n. 1. fol. 1150.

Utrùm talis arrestatio non solùm sit illicita, sed nulla, ita ut debitori solventi condictio indebiti competat. ibid. n: 2.

Quid si conventum fuerit, ut alibi solvatur, an arrestum extra Patriam rectè fieri possit. eod. n. 3. fol. 1151.

An in loco contractûs, qui extra Patriam est celebratus, arrestum valeat. ibid. n. 4.

Quid si periculum sit, ne debitor ampliùs in Patriam revertatur. eod. tit. n. 5. fol. 1152.

Si quis sui concivis rem sibi Jure hypothecæ obligatam extra Provinciam deprehendat, an arrestari possit. ibid. n: 6.

Si moris sit, vel de consuetudine, ut in hoc loco solutio fieri debeat, an ibi contra incolam per arrestationem procedi possit. eod. tit. n. 7. fol. 1153.

Arrestatio indigenæ.

Utrùm arrestatio indigenæ contra indigenam in ipsa Provincia prohibita sit. eod. tit. n. 1. fol. 1154.

An talis arrestatio sit ipso Jure nulla. ibid. n. 2.

Quid si periculum sit, ne debitor auffugiat, vel excedat. ibid. n. 3.

An ab ista prohibitione arresti non excipiantur civitates & oppida, quæ jus arrestandi ex privilegio habent. ibid. n. 4.

An nundinæ publicæ specialiter tribuant exemptionem ab omni arrestatione & detentione. eod. tit. art. 11. n 5. fol. 1155.

An per arrestationem vel sequestrationem admittatur possessio. eod. tit. n. 1. fol. 1157. p. 1.

Quid si partes in sequestrationem possessionis consentiant. ibid. n. 2.

Vel Judex durante processu possessionem rei sequestret, an non possessio in sequestrum transeat. ibid. n. 3. fol. 1157. p. 1.

Quid intersit, utrum possessio transeat in sequestrum, vel maneat apud antiquum possessorem. ibid. n. 4.

An inter plures creditores arrestantes detur jus prælationis, vel par eorum sit conditio, ut in immissis ex primo decreto. eod. tit. n. 5. fol. 1158.

An Judex indigena ad implorationem extranei contra extraneum arrestum decernere possit. eod. tit. n. 6. fol. 1159.

B.

Bona.

Bona dotalia, paraphernalia, & receptitia, quo-

quomodò differant. tit. 1. fol. 150. n. 4. & 5. vid. dos.

An fœminæ de receptitijs, vel etiam paraphernalibus, & dotalibus feudum dare possit. tit. 12. fol. 719. n. 2. & seqq.

C.

Causa.

Causa fatua, & injusta excusat à dolo. ad n. 6. fol. 1052.

Cautio usufructuaria.

Vide usufructus. cessio bonorũ. vid. debitor.

Citatio.

Citari semper debet is, cui præjudicari potest. n. 2. fol. 1181.

Commodatum.

Quid sit commodatum. n. 1. fol. 1039.

An servitutes, & jura incorporalia commodari possint. n. 2. fol. 1040.

Utrùm commodatum fieri debeat ad certum usum, & ad determinatum tempus. n. 3. fol. 1040.

An debeat esse gratuitum. n. 4. fol. 1040.

Quid si commodatarius re utatur ad alium usum, quàm à commodante concessa fuit. n. 5. fol. 1041.

An res finito usu sit restituenda, & an ante finitum usum revocari possit. n. 6. fol. 1041:

Quid si commodator re commodata opus habeat, & ea carere nequeat. n. 7. fol. 1041.

Quando cōmodatarius præfinito tempore usum rei non consummavit, an nihilominùs eam teneatur restituere. n. 8. fol. 1941.

An necessarium sit, ut res ipsa in specie, & individuo restituatur. n. 9. fol. 1042.

An commodatarius rem commodatam majori diligentia, quàm res proprias custodire, & conservare teneatur. n. 10. fol. 1042.

Qualem culpam præstet commodatarius. n. 11. fol. 1042. p. 1.

An commodatarius in 4. miserabilibus casibus obligetur ad solvendas res commodatas relictis proprijs. n. 12. fol. 1043.

Cur depositarius res proprias etiam viliores possit præferre rei depositæ. n. 13. fol. 1043. p. 1.

Ad quid teneatur commodatarius, si casu fortuito, vel in vi majore rem commodatam amiserit. n. 14. fol. 1043.

Vel culpâ, abusu, & mora commodatarij in re commodata damnum contigerit. n. 15. fol. 1044.

An non obligetur in solidum, si casum fortuitum specialiter in se suscepit. n. 16. fol. 1045.

Utrùm teneat conventio, ne commodatarius culpam latam præstet. n. 17. fol. 1045.

An etiam dolus in commodato commissus pacto remitti possit. n. 18. fol. 1046.

An id, quod de remissione culpæ & doli in commodato statuitur, etiam in alijs contractibus obtineat. n. 19. fol. 1046.

An non possit conveniri, ne commodati, depositi &c. agatur. n. 20. fol. 1047.

Quando commodatum cedit ad usum utriusque commodantis, & commodatarij, an præstetur culpa levissima. n. 1. fol. 1048.

Quid si quis rem alteri pro mercede commodet, an non sit locatio. n. 2. fol. 1048.

An non in plebeis hominibus potiùs sit præsumendum pro locatione, quàm commodato. n. 3. fol. 1048.

Quando quis re commodata ultra tempus uti dicatur. n 1. fol. 1050.

Si quis re commodata ultra tempus, & modum utatur, an non teneatur ad omne damnum, & interesse. n. 2. fol. 1050.

An commodans damnum Juramento in litem æstimare possit. n. 3. fol. 1050.

Si cōmodatarius in mora restituendi est, an non teneatur de casu fortuito. n. 4. fol. 1050.

Quid si res infallibiliter æquè apud commodantem fuisset peritura. n. 5. fol. 1051.

An non de Jure Bavar. commodatarius de omni damno, quomodocunque contigerit, teneatur, nisi se de mora purget. n. 6. fol. 1051.

Utrùm commodans æstimationem rei petere possit, quæ post moram perijt. n. 7. fol. 1052.

Si commodans, vel commodatarius omne periculum in se suscipiant, an hic habeat exceptionem, & alter actionem. n. 8. fol. 1053.

An idem sit statuendum de deterioratione rei commodatæ, quod habetur statutum de ejus interitu. n. 1. fol. 1053.

An commodator admittatur ad Juramentum in litem ratione deteriorationis. n. 2. fol. 10 4.

Si res commodata restituatur deterior, teneturne commodans eam accipere. n. 3. fol. 1054.

Qua actione commodator deteriorationem petere possit. n. 4. fol. 1055.

Quid si commodans rem deterioratam receperit, an sibi præjudicet. n. 5. fol. 1055.

Commodare est officium amicitiæ præstare. ad n. 4. fol. 1040.

Cōmodatum non transfert dominium in cōmodatarium, nec possessio in eum transit. n. 5. fol. 1041.

Commodans culpam cōmodatarij allegans eam probare necesse habet. n. 2. fol. 1054.

Conjux.

Conjugis portio non debet commensurari secundùm legitimam. ad n. 155. fol. 48. vid. Dos item successio.

Culpa.

Culpa lata dolo æquiparatur. n. 9. fol. 799.

Curator.

Quænam personæ curatoribus indigeant. n. 11. fol. 368.

Qui sint die Sinnlosen / vnd Thoren. n. 2. fol. 368.

Qui sint mente capti. n. 3. fol. 369.

Quomodò curatela, vel tutela imponenda sit propinquis, & consanguineis. n. 4. fol. 369.

An etiam prodigis curatores dentur. ibid. n. 5.
Quomodò ejusmodi qualitates probandæ sint. n. 6. fol. 369.
Qui dicantur, Die da Mohnig seyn / oder Mannig. n. 7. fol. 369.
An, quando, & quomodò surdi, & muti curatoribus indigeant. n. 8. 9. 10. 11. 12. 13. & 14. fol. 370. & 371.
Quid dicendum de cæcis. n. 15. fol. 371.
An etiam pater talibus personis in testamento tutores, & curatores dare possit. n. 16 fol. 371.
An mater, & avia talium personarum tutrices, & curatrices esse possint. n. 17. fol. 372.
Quid si nolint. n. 18. fol. 372.
An furiosi tempore dilucidi intervalli curatore indigeant. n. 19. fol. 372.
Quid si furiosus tali tempore rem bene gerere cœperit. n. 20. fol. 373.
Quando curatela horum hominum desinat. n. 21. fol. 373.
An ad hoc causæ cognitio requiratur. n. 22. fol. 373.
Quid ejusmodi curatoribus incumbat. n. 23. fol. 373.
An eorum bona pro administratione sint tacitè obligata. n. 24. fol. 374.

D.

Debitor.

Debitor certæ speciei re perempta liberatur. n. 1. fol. 420.

Debitor fugitivus.

An omnis arrestatio, detentio, & apprehensio violenta debitoris sit prohibita. n. 1. fol. 768.
Quid si debitor sit fugitivus, & persona Ecclesiastica non laicalis. n. 2. & 5. fol. 786.
Utrùm fugitivus debitor ubique locorũ etiam in Ecclesia capi, & arrestari possit. n. 3. f. 768.
An liceat, contra debitorem fugitivum vi armata resistentem jure defensionis uti, eum vulnerare, vel occidere. n. 4. fol. 769.
Utrùm debitor fugitivus etiam in omni tempore, ferijs publicis, privatis, & divinis capi, & incarcerari queat. n. 6. fol. 769.
An creditor talem debitorem propria authoritate apprehendere possit, ubi copiam judicis non habet. n. 7. fol. 769.
An debitor comprehensus ad suum judicem ordinarium sit remittendus. n. 8. fol. 769.
An etiam bona debitoris, quæ secum fert, apprehendi, & cui judici sisti debeant. n. 9. & 12. fol. 770.
An creditor comprehensum debitorem in privatum carcerem mittere possit. n. 10. fol. 770.
Utrùm captus etiam sisti possit judici loci. n. 11. fol. 770.
Qualem effectum habeat, si persona, vel res capiatur, & judici sistatur. n. 13 fol. 771.
Cur ad liberandum debitorem è carcere requiratur cautio fidejussoria, & cur nihil dicatur de pignoratitia. n. 14. fol. 771.
An etiam de fuga suspectus apprehendi possit, & quæ ad eam necessario requirantur. num. 15. fol. 771.
Si creditor res fugitivi capiat, sed exinde omnimodam satisfactionem non habeat, an possit agere ad residuum. n. 16. fol. 772.
Quid si plures creditores fugitivum capi curaverint, quis ex ipsis potius jus habeat. num. 17. fol. 772.
An ista apprehensio operetur jus reale hypothecæ. n. 18. fol. 772.
An res capta, & ad judicem delata sub judicij pendentia possit tertio hypothecari, & ut sic persequentis creditoris jus interverti. num. 19. fol. 773.
Utrùm persequens, & comprehendens sit potior reliquis creditoribus nullum jus reale, sed tantùm privilegium personale habentibus. num. 20. fol. 773.
An non ideò præferendus, quia reliquorum causam salvâ fecit, uti in mutuante ad rem reficiendam, &c. n. 21. fol. 774.
Quis teneatur incarceratum debitorem alere. n. 22. fol. 774.
Si debitor cautionem fidejussoriam habere non possit, an admittatur ad juratoriam. num. 23. fol. 75.
Quâ pœnâ teneatur, qui impedit, quo minùs debitor fugitivus capiatur. n. 24. fol. 775.
Quid sit debitum in diem, & an debitor de fuga suspectus, antequam dies venerit, detineri possit. n. 1. fol. 776.
An arrestum intelligatur æquè de debitore meditante fugam, quam de meditante migrationem, & discessum. n. 2. f. 776.
Item, an detentio fieri possit tam personæ, quàm bonorum. n. 3. fol. 777.
Si debitor neget, sibi fugiendi, aut ex Provincia migrandi animum fuisse. n. 4. fol. 777.
Sed quid si creditor duobus testibus contrarium probet. n. 5. fol. 777.
Qualis itaque quoad hoc sit differentia inter debitorem purum, & in diem. n. 6. fol. 777.
An etiam suspicio migrationis uti fugæ duobus testibus sit probanda. n. 7. fol. 777.
Utrùm ea, quæ statuta sunt de debito in diem, etiam in debito sub conditione dicta sint. num. 8. fol. 777.
An jura Saxonica rectè ad nostrum jus statutarium applicari possint. n. 9. 778.
Licèt ex obligatione conditionali ante conditionis existentiam non oriatur actio, an non saltem spes. n. 10. fol. 778.
Quomodò l. si debitori. ff. de indicijs. & l. quæsitum. ff. de pignoribus. intelligendæ. num. 11. fol. 778.
An debitor in diem, vel sub conditione præstando cautionem pignoratitiam se ab arrestatione liberare possit. n 12. fol. 779.
An cum debitoribus fugitivis, sed infortunio depauperatis non sit mitiùs agendum. num. 1. fol. 779.

An falliti, & decoctores fiant infames, & an ad officia publica, & honores promoveri possint. n. 2. fol. 780.

Quam pœnam Carolus V. in illos statuat. n. 3. fol. 780.

An falliti ad cessionem bonorum admittantur. n. 1. fol. 781.

Qui debitores ad flebile hoc beneficium cessionis admitti debeant. n. 2. fol. 782.

Quomodò olim, & adhuc hodie in quibusdam locis valdè ignominiosè contra debitores, qui suâ culpâ solvendo non sunt, procedatur. num. 3. fol. 782.

Quis infortunium probare debeat, creditor, vel debitor. n. 4. fol. 783.

An probatio per testes requiratur, vel sufficiat per juramentum. n. 5. fol. 783.

An ad cessionem admittatur, qui æs alienum ex causa criminali, aut ex delicto, vel quasi contraxit. n. 6. fol. 783.

Quid si ex causa civili, muneris, vel officij, quod gessit. n. 7. fol. 784.

An omnes illi ad cessionem bonorum provocare possint, quibus competit beneficium competentiæ. n. 8. fol. 784.

Quid si beneficio cessionis bonorum juratò renunciaverint. n. 9. f. 784.

An non privetur hoc beneficio, qui negavit debitum, sed posteà convictus ad solutionem condemnatus est. n. 10. fol. 785.

Quid si autem bona quædam malitiosè occultet & nihilominùs ad beneficium cessionis provocet. n. 11. fol. 785.

Qui obligatus est ad factum, non indiget cessione bonorum. n. 12. fol. 785.

Qui inducias moratorias impetrârunt, quomodò ab executione subleventur, & an creditores eas concedere possint. n. 13. fol. 785.

An bonis cedens etiam feudalia, & emphyteutica dimittere teneatur. n. 14. fol. 785.

Quid de bonis feudalibus bursaticis. num. 15. fol. 785.

Et quid de fructibus rei feudalis, & emphyteuticæ dicendum. n. 16. fol. 786.

An creditoribus permittatur, in cessione bonorum ea propria authoritate dividere, vel debeant bona vendere, & divisionem à judice impetrare. n. 17. fol. 786.

Qui bona sua non fideliter dimittunt, sed dolosè occultant, quomodò puniendi. n. 1. fol. 787.

An tales non committant crimen stellionatûs. n. 2. fol. 787.

Ad quem judicem, domicilij, vel rei sitæ spectet processus de amissione debitoris obærati ad beneficium cessionis. n. 3. fol. 787.

Hodie processus ignominiosus non ampliùs in usu est, quare ergo disputatur de judice competente. n. 4. fol. 787.

An debitor omnia omninò bona, etiam res parvi pretij, vel vestes quotidianas, lectum, &c. dimittere debeat. n. 5. fol. 788.

An debitor nihil pro alimentis retinere possit. n. 6. fol. 788.

Quid si alimenta debitori ab alio ex commiseratione relinquantur, an ea in executionem trahi queant. n. 7. fol. 788.

Qualis ergo finis, & effectus cessionis bonorum, an liberet à debito, vel tantùm suspendat actionem, & executionem. n. 8. fol. 788.

Utrùm etiam fidejussores, si principalis ad cessionem bonorum admissus fuerit, hoc beneficio legis gaudeant. n. 9. fol. 789.

Si debitor post cessionem ad pinguiorem fortunam perveniat, an in plus teneatur, quàm commodè facere possit. n. 1. f. 790.

Sed quid si beneficio competentiæ renunciaverit. n. 2. fol. 790.

Debitor non potest renunciare beneficio cessionis, nisi accesserit juramentum, ergo neque beneficio competentiæ. n. 3. fol. 790.

Quid si debitor inducias moratorias, sive quinquennales à Principe impetraverit. num. 4. fol. 791.

An beneficio competentiæ uti possit, qui se ipsum aliquo artificio, vel opificio alere valet. n. 5. fol. 791.

Si creditor æquè egeat, quàm debitor, cui ex noviter acquisitis plus sit favendum. num. 6. fol. 791.

An falliti, & decoctores beneficio competentiæ careant. n. 7. fol. 791.

An etiam ij, qui ex bonis suis quædam in fraudem creditorum dolosè alienaverunt. num. 8. fol. 791.

Utrùm beneficium competentiæ debitori denegetur, qui post cessionem ad pinguiorem fortunam deveniens de novo cum alijs contraxerit. num. 9. fol. 791.

Quantitas competentiæ qualiter sit determinanda. n. 10. fol. 792.

An in ista determinatione non sit habendus respectus ad qualitatem, & quantitatem noviter acquisitorum. n. 11. fol. 792.

Quid si res noviter acquisitæ consistant sine proventu, & utilitate, uti picturæ, & aliæ singulares raritates. n. 12. fol. 793.

An non in dicta determinatione sit habenda ratio personarum nobilium, & illustrium. n. 13. fol. 793.

An etiam respicienda ætas debitoris. n. 14. fol. 793.

Quando fructus rerum noviter acquisitarum pro sustentatione congrua debitoris non sufficiunt, an pro ea decernenda substantia consumi possit. n. 15. f. 793.

An res noviter acquisitæ, sed infructiferæ debeant vendi, & pecunia inde redacta sub usuris collocari salvâ manente substantiâ. num. 16. fol. 794.

An creditores usque ad obitum debitoris exspectare debeant, post cujus mortem primùm illis substantia applicetur. n. 17. fol. 794.

Qua

Quæ de jure communi forma sit computationis in alimentis facienda. n. 18. fol. 794.

Si per computationem juris communis, & Ulpiani massa exhauriatur noviter acquisitorum, an creditores ad alimentationem debitoris obligentur. n. 19. fol. 795.

Qualis formetur tabella arithmetica ex computatione Ulpiani. n. 20. fol. 795.

Quomodò cum fallitis, bancaruptoribus, & decoctoribus bonorum procedendum. num. 1. fol. 797.

An non nisi ad instantiam creditorum contra tales judex procedere debeat. n. 2. fol. 797.

Utrùm etiam in debitis privatis incarceratio, & detentio locum habeat. n. 3. fol. 797.

An ad carcerem tædiosum, vel pœnalem detrudi debeant. n. 4. fol. 797.

An etiam debitor malitiosus non fugitivus, vel de fuga suspectus possit incarcerari. num. 5. fol. 792.

An non pœna pecuniaria loco carceris possit dictari. n. 6. fol. 798.

Utrùm judex imploratus teneatur bona debitoris sequestrare, obsignare, & in inventarium redigere. n. 7. fol. 798.

Si debitor clandestinè quædam alienaverit, quid judicis officio competat. n. 8. fol. 798.

Utrùm levis culpa, vel negligens administratio debitoris, per quam ad inopiam devenit, eum à beneficio cessionis excludat de Jure Bavarico, & dictæ pœnæ subjaceat. n. 9. fol. 799.

An Novell. 135. per constitutiones Bavaricas sit abrogata. n. 10. fol. 800.

Quid si inopia provenerit partim ex infortunio, & partim ex levi culpa, vel mala administratione. n. 11. fol. 801.

Quid si decimam partem luxuriosè vivendo consumpserit, reliquum verò per infortunium amiserit n. 12. fol. 801.

Quid si autem majorem partem bonorum malitiosè, dolosè, & luxuriosè prodegerit. n. 13. fol. 802.

Debitum Erroneum.

Quomodò Art. 10. ad Tit. 13. cum antiquissimo libro de Anno 1384. & cum jure communi conveniat. n. 1. fol. 809.

Si debitum quodcunque erroneum, illiquidum, vel dubium sit, an dies pro ratiocinijs ineundis à judice peti possit. n. 2. fol. 809.

An exceptio illiquidationis, & compensationis executionem impediat. n. 3. fol. 810.

Reconventio faciliùs per modum exceptionis, quàm actionis proponitur. n. 4. fol. 810.

An idem terminus ad computandum forensi, & hospiti à judice sit constituendus. n. 5. fol. 810.

Utrùm reus contestari debeat, quòd ratiocinij præstationem non malitiosè petat. n. 6. fol. 810.

An ista contestatio debeat esse jurata. num. 7. fol. 810.

An juramentum hoc tam ab actore, quàm reo præstari debeat. n. 8. fol. 811.

Præstitis rationibus parti debitrici pro solvendo reliquo 14. dies dandi. n. 9. fol. 811.

An iste terminus 14. dierum æquè extraneis forensibus, quam subditis sit præfixus. num. 10. fol. 811.

An judex sepositis illiquidis in liquidis executionem facere possit. n. 11. fol. 812.

Si debitor partem liquidam realiter offerat, vel deponat, quam creditor accipere non vult, an à mora purgetur. n. 12. fol. 812.

Debitor induciarius.

Quando, & quot modis aliquis plus petere dicatur. n. 1. fol 818.

Ad hoc, ut aliquis exceptionem tempore plus petentium opponere possit, quis concessionem induciarum probare debeat. n. 2. fol. 819.

An ad istam probationem testimonium unius testis non sufficiat, si debitor simul juret. num. 3. fol. 819.

Quid contra personã testis, & ejus testimonium excipi possit. n. 4. fol. 819.

Quæ sit pœna tempore plus petentium. num. 5. fol. 819.

Cùm pœna sit duplicatio termini, an totus terminus, vel id, quod ex termino decurrit, duplicandum. n. 6. fol. 820.

Ad hoc, ut pœna ista locum habeat, an requiratur judicialis petitio, & quid si creditor ante litem contestatam pœniteat, & desistat. num. 7. fol. 820.

Quid si debitor sua bona dilapidet, teneturné creditor lapsum termini exspectare. num. 8. fol. 820.

Si pœna ista non petatur à parte, an judex ex officio supplere possit. n. 9. fol. 820.

An fiscus hanc pœnam incurrat. num. 10. fol. 821.

Quid si clausula salvo jure superflui, salvo jure pluris, vel minoris, fuerit addita. num. 11. fol. 821.

Quid si creditor minorem, debitor verò majorem terminum malitiosè prætendat. num. 12. fol 821.

Quando testis est absens, vel legitimè impeditus, an debitori ad illum procedendum alius dies juridicus constitui debeat. n. 13 fol. 821.

Delegatio.

Delegatio, & compensatio locum solutionis obtinet. n. 68. fol. 87.

Denunciatio litis.

Quomodò denunciatio litis venditori facienda sit. n. 1. fol. 503.

Quid si autem denunciatio neglecta fuerit. n. 2 fol. 503.

An denunciatio etiam hæredibus facienda sit. n. 3. fol. 503.

Quid si plures sint venditores, vel plures hæredes. n. 4. fol 503.

Quid si hæredes inter se pactum fecerint, ut unus eorum solus de evictione teneatur. num. 5. fol. 503.

Quid si pro evictione statim in limine contractûs pignus datum fuerit, & illud adhuc existat in

In unum ex cohæredibus manibus. num. 6. fol. 504.

Quid si illi, quibus denunciatio litis non fuit facta, litis cognitionem tamen jam habuerint. n. 7. fol. 504.

An etiam acta venditori, & hæredibus ejus communicari possint, aut debeant. num. 8. fol. 504.

An denunciatio fieri debeat, si notoriè de injustitia causæ constet. n. 9. fol. 504.

Vel de dolo, fraude, aut malitia venditoris. n. 10. fol. 505.

An etiam venditori denunciatio fieri debeat, quando ipse sponte ad litem accessit. num. 11. fol. 505.

Quid si res evicta sit utrique, scilicet venditori, & emptori communis. n. 12. fol. 505.

Quid si venditor denunciationem fieri impedivit. n. 13. fol. 505.

Quid si venditor denunciationi litis renunciavit. n. 14. fol. 505.

Quid si venditor juraverit, se emptorem defendere velle. n. 15. fol. 506.

Quæ, aut qualis hac in parte distinctio sit adhibenda. n. 16. fol. 506.

Quo tempore litis denunciatio fieri debeat. n. 17. fol. 506.

Quomodò intelligenda sit lex: si quis, &c. C. in rem actio, &c. n. 18. fol. 507.

Quid si denunciatio litis dilata fuit, donec terminus probatorius effluxerit. n. 19. fol. 507.

An in ordinario adhuc lis denunciari possit. n. 20. fol. 508.

An omnis litis denunciatio in appellatorio suppleri possit. n. 21. fol. 508.

An denunciatio litis necessaria sit, quando res litigiosa fit per modum exceptionis. num. 22. fol. 509.

Quid si emptor per negligentiam possessionem rei amiserit. n. 23. fol. 509.

Quid si venditor denunciationem spernat, & non compareat. n. 24. fol. 509.

An emptor litem prosequi possit, aut debeat. n. 25. fol. 509.

Quid si victoriam emptor obtineat. num. 26. fol. 510.

Quid si expensas litis ab actore recuperaverit. n. 27. fol. 510.

Quid si expensæ litis fuerint compensatæ. n. 28. fol. 510.

An venditor expensas nihilominùs præstare debeat. n. 29. fol. 510.

Quid si emptor denunciationem intermiserit. n. 30. fol. 510.

Quid si emptor pretium retinuerit, an post victoriam debeat illud cum usuris solvere. n. 31. fol. 510.

Depositum.

Quid sit depositum. n. 1. fol. 1083.

An etiam consistat in re immobili, item in re aliena. n. 2. fol. 1083.

Si concedatur, ut quis re deposita uti, frui, possit, an sit depositum. n. 3. fol. 1083.

Annon merces, & salarium contractui depositi repugnet. n. 4. fol. 1083.

Quomodò verbum dare, in definitione depositi sit intelligendum. n. 5. fol. 108.

An ad contractum depositi requiratur traditio rei. n. 6. fol. 1084.

Quid si quis rem in navim, cauponam, stabulum inferat, an nauta, caupona, & stabularij de custodia teneantur. n. 7. fol. 1084.

Quando depositarius re deposita utitur, an furtum usûs committat. n. 8. fol. 1084.

Qualis culpa præstetur in deposito. num. 9. fol. 1085.

Quid si depositarius rebus suis salvis existentibus depositas amisit, an non præsumatur dolus, vel culpa subesse. n. 10. fol. 1085.

An depositarius teneatur restituere rem depositam, quandocunque voluerit deponens, etiam non obstante pacto de restituendo ad certum tempus. n. 11. fol. 1086.

An etiam restitutio debeat fieri cum fructibus. n. 12. fol. 1086.

An eadem res in specie sit restituenda. num. 13. fol. 1087.

Si plures unam eandemque rem deposuerint, an singuli in solidum, vel nullus sine reliquis agere possit. n. 14. fol. 1087.

Quid si unus deponens rem sibi restitui petat oblata cautione, sive satisdatione quoad reliquos consocios. n. 15. fol. 1088.

Qualem securitatem acquirat depositarius, si restitutionem authoritate judicis faciat. num. 16. fol. 1088.

Quid si res apud plures deponatur, an singuli depositarij in solidum teneantur. num. 17. fol. 1088.

Quando pecunia fuit deposita in sacco sigillato, an hoc depositum habeatur pro individuo. n. 18 fol. 1089.

Si unius deponentis plures sint hæredes, an depositarius uni ex illis, si res deposita indivisibilis est, eam restituere possit. n. 19. fol. 1089.

Quid si hæredes inter se litigent, & quilibet se in solidum hæredem asserat. n. 20. fol. 1089.

Quid si unus ex hæredibus litigantibus cautionem offerat de depositario defendendo. num. 21. fol. 1089.

Si unus ex hæredibus partem suam à depositario accepit, reliquæ partes cohæredum postea perierint, an tutus sit, & nihil ampliùs participare teneatur. n. 22. fol. 1090.

An depositarius habeat exceptionem compensationis. n. 23. fol. 1090.

An depositario competat exceptio retentionis propter expensas necessarias in re deposita factas. n. 24. fol. 1090.

Quid dicendum de expensis utilibus. num. 25. fol. 1091.

Si depositum pignori detur, an non competat exceptio retentionis. n. 26. fol. 1091.

An agenti ad restitutionem depositi possit objici exceptio spolij. n. 27. fol. 1092.

An restitutio repetenti sit deneganda, si creditores

tores depositoris prætensionem ad rem depositam faciunt. n. 28. fol. 1093.

Quid si depositarius depositum neget, & restitutionem recuset. n. 29. fol. 1093.

Quæ pœna ipsius perfidiæ maneat, si convincatur. n. 30. fol. 1093.

Quot delicta puniantur, Vicedomisch / de Jur. Bav. n. 31. fol. 1094.

Quando depositarius se ultrò, & non rogatus offert, an non teneatur de culpa levissima. n. 32. fol. 1094.

An depositarius teneatur de casu fortuito. n. 1. fol. 1097.

Cùm casus fortuitus probari debeat, an hoc fieri possit medio juramento. n. 2. fol. 1097.

An in contractu depositi conveniri possit, ne præstetur dolus. n. 3. fol. 1098.

Utrùm conventio valeat, ut præstetur casus fortuitus, & an sub casu fortuito intelligatur casus insolidus. n. 4. fol. 1098.

An depositarius de jure statutario teneatur de culpa levi. n. 1. fol. 1099.

Si depositarius moram restitutionis faciat, an censeatur esse in dolo, & teneatur ad omne periculum. n. 2. fol. 1100.

Quid sit dolus. n. 3. fol. 1100.

Quid sit culpa lata, realis, & præsumptiva. n. 4. fol. 1100.

Quando quis levem culpam committere dicatur. n. 5. fol. 1101.

Si deponens custodiam rei suæ pro arbitrio depositario comittat, an non censeatur omnem culpam per pactum remisisse. n. 6. fol. 1102.

Quando depositarius teneatur de culpa levissima. n. 7. fol. 1102.

Si depositarius rem pro mercede, sive salario custodiendam susceperit, ad quam culpam teneatur. n. 8. fol. 1102.

An depositarius repetenti depositum exceptionem arresti opponere possit. n. 1. fol. 1106.

Quid si ipse depositarius arrestum, vel sequestrum petierit. n. 2. fol. 1107.

An quilibet depositario denunciare possit, ne depositum restituat, vel, an requiratur prohibitio judicialis. n. 3. fol. 1107.

Depositarius.

Depositarius moram restitutionis faciens dicitur in dolo versari. n. 2. fol. 1100.

Divortium.

Quid in casu divortij ad unum, vel alterum ex conjugibus perveniat. n. 1. fol. 72.

Quotuplex sit divortium. n. 2. fol. 72.

Quid si divortium fiat quoad vinculum. matrimonij propter impotentiam conjugalem n. 3. fol. 72.

Quid si impotentia tantùm sit temporalis, & curabilis. n. 4. fol. 72.

Quid si propter impotentiam matrimonium fuit irritum declaratum. n. 5. fol. 72.

Quæ mulier recipiat factò divortiò. num. 6. fol. 73.

In casu, quo liberi mariti ex alio matrimonio supersint. n. 7. 8. 9. fol. 73.

Authoris opinio. n. 10. fol. 73.

An post divortium uxor lucretur morgenaticam. n. 11. fol. 74.

An post divortium uxor lucretur donationes. n. 12. fol. 74.

An maritus uxori post divortium donare possit. n. 13. fol. 74.

An debeatur post divortium usufructus contradotis. n. 14. & 15. fol. 74. & 75.

An dos putativa solutò per divortium matrimoniò habeat privilegia vera dotis. n. 16. fol. 57.

Quare articulus loquatur tantùm de impotentia viri, & non mulieris. n. 17. fol. 75.

An uxori in causa divortij ob arctitudinem facti debeatur morgenatica. n. 18. fol. 75.

Quid mulieri debeatur post divortium de ijs, quæ in pactis dotalibus continentur. n. 19. 20. & 21 fol. 76.

Quid si matrimonium dissolvatur ex alio capite, quam impotentiæ. v. g. ex capite consanguinitatis. n. 22. & 23. fol. 77.

Quid si matrimonium factum fuerit mala fide. n. 24. fol. 77.

An privilegia dotis locum habeant inter conjuges putatitios. n. 25. fol. 77.

Quid operetur divortium quoad mensam, & thorum. n. 1. fol. 78.

Quid si maritus causam dederit. n. 2. fol. 78.

An uxori dos restitui debeat. n. 3. fol 78.

Quid si nullam dotem intulerit, & nulli liberi supersint. n. 4. fol. 78.

An uxor partem filialem, quam locò dotis accipit, accipiat primùm post mortem mariti, vel statim post separationem n. 5. fol. 79.

An maritus propter adulterium proprietatem contradotis amittat. n. 6. fol. 79.

Quid si uxor separationis, sive divortij causa sit. n. 7. fol. 79.

An dos, vel contrados ob adulterium transeat ad fiscum. n. 8. fol 79.

An uxor propter adulterium paraphernalia amitat. n. 9. fol. 80.

Si nec dos, nec contrados ob adulterium amittatur quoad proprietatem, quid de usufructu dicendum n. 10 fol. 80.

An propter bestialitatem vel sodomiam dos, & contrados amittatur. n. 11. fol. 80.

An maritus propter adulterium amittat donationes ab uxore sibi factas. n. 12. fol. 80.

An etiam legata, & alia relicta. n. 13. fol. 80.

Quid si unus conjugum à fide discedat. n. 14. fol. 80.

Quæ sit differentia inter divortium ob adulterium, sævitiem, aut aliam causam factum. n. 16. fol. 81.

An separatio propter hæresin, vel idololatriam facta faciat amittere proprietatem dotis vel contradotis. n. 17. fol. 81.

Recensentur aliquot casus divortij, in quibus nec proprietas dotis, nec contradotis amittitur. n. 18 fol. 82.

Quid si conjuges post adulterium fuerint reconciliati. n. 19. fol. 82.

Quid Juris, si reconciliatio subsecuta sit. n. 20. fol. 82.

Et quid si post reconciliationem altera pars etiam adulterium committat. n. 21. fol. 82.

An & quando per reconciliationem amissio dotis vel contradotis irritetur. n. 22. fol. 83.

Quando maritus propter adulterium uxori ad alimenta teneatur. n. 23. fol. 83.

An divortiô propter adulterium factô lucrum dotis, vel contradotis adulteri conjugis liberis cedat. n. 24. fol. 84.

An pars innocens lucretur proprietatem dotis, vel contradotis, sive liberi adsint, vel non adsint. n. 25. fol. 85.

An antiquitus divortium, & repudium licitè fieri potuerit. n. 26. fol 85.

An maritus lucretur dotem uxoris adulteræ, tametsi illa excedat portionem filijs ex priori matrimonio obtingentem. n. 27 fol. 86.

An uxor propter adulterium quoad thorum & mensam separata de bonis suis liberè disponere possit. n. 28. fol. 87.

An maritus privetur sua maritali potestate in administrandis bonis uxoris. n. 29. fol. 87.

Quid hac de re D. Balthasar sentiat. n. 30. fol. 88.

An uxor adultera dotem repetere possit, si ex postfacto probet, matrimoniũ propter consanguinitatem fuisse nullum. n. 31. fol. 90.

An uxori adulteræ remaneat morgengeba. n. 32. fol. 90.

An debeantur alimenta, & quando. n. 33. fol. 90.

An pro amissione dotis requiratur vera probatio adulterij. n. 34. fol. 90.

An non propinqua, & violenta indicia sufficiant. n. 35. fol. 91.

An actio pro consequenda dote, vel contradote in casu adulterij spectet ad Judicem sæcularem, vel Ecclesiasticum. n. 36. fol. 91.

Domini hominum propriorum.

Quid sit, si duo domini prætendant aliquem pro homine suo proprio, vel unus prætendat, proprius homo verò neget, se talem esse. n. 1. fol. 264.

An sufficiat, quòd quis se ipsum pro homine proprio confiteatur. n. 2. fol. 265.

An saltem tunc, quando de illo lis orta est inter duos dominos. n. 3 fol. 265.

An ad probandam conditionem hominis proprij consanguines admittantur. n. 4. fol. 265.

Et qui. n. 5. fol. 265.

Quomodò in hac probatione gradus consanguineorum computandi sint.

Quare testes requirantur ad hoc ex linea materna. n. 7. fol. 265

An testes conditionem servilem testantes debeant esse jurati. n. 8. fol. 265.

Quæ sit vera causa liberalis. n. 9. fol. 266.

Quare in illa causa quilibet in possessione libertatis relinquendus sit. n. 10. fol. 266.

An in causa liberali quasi possessio relevet ab onere probandi. n. 11. fol. 266.

An in causa liberali admittantur probationes per extraneos facta. n. 12. fol. 266.

An in causa liberali probanda requiratur, ut probentur servitia servilia. n. 13. fol. 267.

An etiam alij modi probationis admittantur. n. 14. fol. 267.

Quo tempore homo proprius libertatem præscribat. n. 15. fol. 267.

Quid si ipsius nomine in absentia annua pensiô soluta fuerit. n. 16. fol. 267.

An quis alterum pro homine proprio præscribere possit. n. 17. fol. 267.

Et quo tempore. n. 18. fol. 267.

An saltem confessio judicialis requiratur. n. 19. fol. 268.

Dominicæ potestatis dissolutio.

Quot modis dominica potestas solvatur. n. 1. fol. 285.

Quomodò per redemptionem. n. 2. fol. 285.

Quomodò per gratuitam dimissionem, aut alienationem. n. 3. fol. 285.

Quomodò per ultimam voluntatem. num. 4. fol. 285.

Quæ ad manumissionem per ultimam voluntatem necessaria sint. n. 5. fol. 285.

An etiam quinque testes requirantur in manumissione inter vivos. n. 6. fol. 286.

Quid si dominus cooperetur, ut proprius homo mulierem liberam ducat. n. 7. fol. 286.

Quid si non cooperetur, sed sciat, & taceat. n. 8. fol. 286.

Quomodò libertas per dimissionem bonorum servilium redeat. n. 9 fol. 286

Quomodò per mutationem domicilij. num. 10. fol. 286.

Quomodò per dignitatẽ aliquis liberetur à statu, & conditione servili. n. 11. fol. 286.

Quænam dignitas esse debeat. num. 12. & 13. fol. 186. & 287.

An dignitas doctoralis sufficiens sit. num. 14. & 15. fol. 287.

An clericalis. n. 16. fol. 288.

Quid si servus domino sciente ordinatus fuerit. n. 17. fol. 288.

Quid si quis duorum, vel plurium dominorum servus sit, & ab uno libertate donetur, an reliquis dominium servi permaneat. n. 18. fol. 289.

Donatio.

Donatio inter virum, & uxorem regulariter an valeat. n. 109 fol 39.

An donatio post divortium innocenti conjugi facta valeat. n. 15. fol. 81.

Quatenus, & in quantum dationes conjugum valeant, si nulli liberi adsint. n. 1. fol. 146.

An inter vivos, vel tantùm mortis causâ. n. 2. fol. 146.

Quomodò differentia inter Art. 15. & 3. hujus loci concordanda sit. n. 3. fol. 146.
Resolutio quòd donationes inter conjuges nullis liberis existentibus invalidæ sint, nisi morte confirmentur. n. 4 fol. 147.
Quid si conjuges post donationem priùs sine liberis factam, ex postfacto liberos acquirant. n. 5. fol. 147.
An ex l. si unquam, &c. revocentur donationes factæ extraneis. n. 6. fol. 147.
Quid si tantùm unus filius superfuit, an l. si unquam &c. in plurali loquenti locus sit. n. 7. fol. 1 8.
An donatio propter supervenientiam liberorum revocetur ipso jure, vel indigeat voluntate revocantis. n. 8. fol. 148.
An revocetur in totum, vel tantùm quoad excessum legitimæ. n. 9. fol. 148.
Quid autem quoad revocationẽ propter supervenientiam liberorum dicendum est, de donationibus mortis causâ, & alijs dispositionibus. n. 10. fol. 149.
An donator beneficio l. si unquam renunciare possit. n. 11 f. l. 150.
An distinctio admittenda sit, utrum donator tunc de suscipiendis liberis cogitaverit, vel non. n. 12. fol. 150.
An propter supervenientiam liberorum modica tamen donatio sustineri possit. n. 13. fol. 151.
An donatio remuneratoria propter supervenientiam liberorum revocetur. n. 14. fol. 151.
An donatione hac resoluta veniant etiam fructus. n. 15 fol. 152.
Quid si donatio facta fuerit liberis existentibus, & subnascantur alij? Remissivè. num. 16. fol. 152.
Quatenus donatio mortis causâ inter conjuges valeat, si alter binubus fiat. n. 17. fol. 152.
Donationibus inter conjuges factus quanam leges obstent. n. 18. fol. 153.
Quid si unus ex liberis propter exhæredationem nihil accipiat à patre, an etiam nihil relinqui possit uxori. n. 19 fol. 153.
Quid si unus ex liberis fortè Religiosus sponte minùs accipiat, quam ex voluntate patris. n. 20. fol. 154.
An filius supplementum legitimæ petere possit, qui ingreditur religionem bonorum capacem. n. 21. fol. 154.
An portio Religiosi, & mulieris renunciatæ impediat, quò minùs uxor plus habere possit quam unus ex his liberis. n. 22. fol. 154.
Donationis excessus conjugi factæ quibus liberis accedat. n. 23. fol. 154.
Quid si pater præter filios Religionem ingressos, & filias renunciatas, nullos alios liberos habeat. n. 24 25. & 26. fol. 155.
Quid si liberi primi matrimonij moriantur ante secundum conjugem, an donatio excessiva valeat. n 27. fol. 155.
Quare hæ pœnæ l. hac Edictali. 6. & l. fœminæ 3. tantùm restringantur ad mulieris accepta titulo gratuito. n. 28. fol. 157.
Donatio inter patrem, & filium est prohibita. n. 16. fol. 527.
Quid de donatis à marito uxori. num. 103. fol. 34.
An talis donatio valeat. n. 109. fol. 34.
Quomodò intelligendum sit in donatione maritali verbum zuſtehen. n. 110. fol. 34.
An ad revocationem donationis matrimonialis requiratur expressa declaratio. n. 111. fol. 35.
Vel an valeant conjecturæ. n. 112. fol. 35.
An traditio requiratur. n. 113. fol. 35.
Quomodò donatio inter conjuges morte confirmetur. n. 114. fol. 36.
Quid si donatio fuerit Juramento firmata. n. 115. fol. 36.
Quid de contractu Juramento firmato inter patrem, & filium. n. 116. fol. 26.
Quid de donationibus inter conjuges in joalibus. n. 117. fol. 37.
Quid si tales donationes excedant mille florenos. n. 118. fol. 37.
Exemplà de donationibus simulatis inter conjuges. n. 119 fol. 37.
Quatenus valeant donationes inter conjuges in præjudicium fisci. n. 120. fol. 38.
Quid Juris de donationibus conjugi factis in casu confiscationis. n. 120. continuatus. fol. 38.
Quid si donatio facta fuerit per simplicem promissionem, vel etiam traditionem. n. 121. fol. 38.
Quid si donatio simplex fuerit Juramento confirmata. n. 122. fol. 38.
An tale Juramentum valeat etiam in præjudicium fisci. n. 123. fol. 38.
An non distinguendũ utrùm jurata renunciatio facta fuerit ante, vel post delictum. n. 124. fol. 39.
Item an crimini, sive delicto publicatio adhæreat, vel non. n. 125. fol. 39.
Quid si delinquens post bona publicata donationem suam revocet. n. 126. fol. 39.
An donatio inter conjuges restringatur ad certam summam. n 127. fol. 40.
Qua utilitate. n. 128. fol. 40.
Quæ sit summa donationis, quæ insinuationem requirit. n. 129 fol. 40.
Quæ distinctio inter florenos Rhenenses, & usuales. n. 130 fol. 40.
Quæ nunc sit depravatio pecuniæ. n. 131. fol. 41.
Insinuatio donationis coram quo Judice fieri debeat. n. 132. fol. 42.
Quæ sit differentia inter insinuationem donationis, & aliarum rerum, scilicet adoptionis, emancipationis &c. n. 133. fol. 42.
An insinuatio donationis etiam locum habeat apud Judices pedaneos. n. 134 fol. 43
An donatio excessiva tantùm nulla sit quoad excessum, vel in totum. n. 135 fol. 43.
An donator in donatione excessiva ipse teneatur coram Judice comparere. n. 136. fol. 43.
An donatio excessiva debeatur uxori post mortem mariti sine liberis. n. 137. fol. 44.

An donationes facta à consanguineis uxori durante matrimonio valeant. n. 138. fol. 44.

An insinuatio fieri possit coram notario, & testibus. n. 139. fol. 44.

Quid si donatio facta sit coram quinque testibus. n. 140. fol. 44.

An hoc etiam intelligendum sit de donatione facta extraneo. n. 141. fol. 45.

An donatio valeat facta uxori in præjudicium matrimonij. n. 14 . fol. 45.

Quod tempus in donatione uxoris excessiva attendendum sit. n. 103. fol. 45.

Quid si excessiva donatio uxoris repetatur. n. 144. fol. 46.

An excessiva donatio vitietur in totum vel quoad excessum n. 145. fol. 46.

An uxor filiorum partes hæreditarias in contradote excedere possit. n. 146. fol. 46.

An vitalitium uxoris possit excedere liberorũ portiones hæreditarias. n. 147. fol. 46.

An quis extraneo plus donare possit, quàm uxori, & ultra portionem filialem. n. 148. fol. 42.

An maritus saltem plus relinquere possit uxori suæ quam uni ex liberis communis matrimonij. n. 149. fol. 46.

Quid si liberi communis matrimonij lædantur in legitima n. 150. fol. 47.

Quid si unus ex liberis fuerit exhæredatus. n. 151. fol. 47.

An maritus excessum, quem tempore matrimonij pro privignis suis accepit, teneatur restituere. n. 152. fol. 48.

Quid uxor acquirere possit, quando adulterium commisit. n. 153. fol. 48.

Excessus donationis conjugalis quomodò inter liberos debeat dividi n. 154. fol. 48.

Dos & contrados.

An articulus 1. tit. 1. agat de successione hæreditaria uxoris in bonis mariti. n. 1. fol. 7.

Quomodo uxor & vir de Jure communi sibi succedant. n. 2 fol. 7.

Qnomodo de Jure Prætorio. n. 3. fol. 8.

An hæc successio viri & uxoris in Patria nostra sublata sit. n. 4. fol. 8.

An consanguinei Conjuges in infinitum excludant. n. 5. fol. 8.

An etiam fiscus succedat deficientibus consanguineis intra decimum gradum. n. 6 fol. 9.

Quid si descendentes sint extra decimum gradum. n. 7. fol. 9.

An pacto conveniri possit, ut soluto matrimonio dos maneat apud maritum. n. 8. fol 9.

An etiam, ut donatio propter nuptias maneat apud sponsam. n. 9. fol. 1 .

Quid si liberi per tale legatum privarentur suâ legitimiâ. n. 10. fol. 10.

Quid de dote profectitia. n. 11. fol. 10.

Quid si Pater in cessionem dotis consenserit. n. 12. fol. 10.

Quot testes tali conventioni interesse debeant. n. 13. fol. 10.

Quo titulo uxor post mortem mariti dotem recipiat. n. 14. fol. 10.

Quales actiones habeat uxor pro paraphernalibus, & morgenaticâ n. 15. fol. 10.

Quænam sit quantitas morgenaticæ. n. 16. fol 11.

An morgenatica debeatur, si quis viduam duxit. n. 17. fol. 11.

An morgengeba vidualis gaudeat privilegio veræ morgenaticæ. n. 18. fol. 11.

Quid si autem consistat in re actualiter tradita. n. 19. fol. 12.

Quid uxori debeatur ex acquæstibus. n. 20. fol. 12.

Quid sint acquæstus. n. 21. fol. 12.

Quænam propriè ad acquæstus pertineant, vel non. n. 22. fol. 12.

Quid si mariti, vel uxoris propria bona fuerint durante matrimonio meliorata. n. 23. fol. 13.

Quid si unus conjugum speciali opificio aliquid superlucratus fuerit. n. 24. fol. 13.

Quo titulo pars acquæstuum veniat ad uxorem. n. 25 fol. 13.

An uxor acquæstus participet titulo successionis maritalis. n. 26. fol. 13.

Rationes pro affirmativa. n. 27. fol. 14.

Contrarium in subsequentibus sustinetur. n. 28. fol. 14.

Refutantur in contrarium adducta. n. 29. fol. 14.

An competat titulus pro socio. num. 30. fol. 15.

Quid si æquales sint conjugum reditus & acquæstus. n. 31. fol. 15.

Quam ergo habeat acquæstionem. num. 32. fol. 15.

Quare uxor cum filijs partem, & sine illis dimidietatem acquæstuum acquirat. num. 33. fol. 15.

Quid de conjugibus commerciabilibus. n. 34. fol. 16.

Condictio ex lege pro acquæstibus competens, an sit actio personalis, vel in rem scripta. n. 35. fol. 16.

Quid si debita contracta sint in communi matrimonio conjugum. n. 36. fol. 18.

An hæc dispositio de acquæstibus lucrandis omnes conjuges concernat, vel tantùm eos, qui communem negotiationem habent. n. 37. 38. & 39. fol. 18.

An non præcisè comprehendat mulieres, quæ ex pacto, nec ex communione negotiationis partẽ de acquæstibus prætendere possunt. n. 40. fol. 18.

Quare hæc dispositio non comprehendat conjuges communis negotiationis. n. 41 fol. 18.

Quomodo uxores communis negotiationis, & uxores reliquæ, quæ nullam communem negotiationem cum maritis habeant, diverso Jure obligentur. n. 42. fol. 18.

Quare statuta nostra Bavarica mulieres moneant, ut sibi de lucris matrimonialibus specificè vigilent. n. 43. & 44. fol. 19.

An

An etiam acquæstus communicandi sint uxoribus nobilium. n. 45. fol. 19.

Et quare non. n. 46. fol. 19.

Rationes in contrarium. n. 47. fol. 19.

Quid de uxoribus Consiliariorum, & Doctorum &c. n. 48. fol. 20.

Exemplum. n. 49. fol. 20.

Quæ requirantur, ut lucrationi acquæstuum locus sit. n. 50. fol. 20.

Quid de Legatis, & Ambasiatoribus, eorúmque donativis dicendum. n. 51. fol. 20.

Quid si Princeps talibus personis donet, illorum tantùm contemplatione, an uxor etiam participet. n. 52. fol. 21.

Quid si. fructus paraphernalium uxoris, & mariti salarium æqualia sint. n. 53. & 54. fol. 21.

Quid si dubium sit, an hoc vel illud pro acquæstu reputetur vel non. n. 55. fol. 21.

Quæ hac in parte distinctio sit adhibenda. n. 56. fol. 22.

Quid si durante matrimonio sub instrumento mariti bonum aliquod comparatum sit. n. 57. fol. 22.

An res alienà pecunià empta cedat ementi. n. 58. fol. 22.

Quid si maritus ex pecunia mulieris aliquid emat. n. 59. fol. 22.

Quid si ex pecunia dotali aliquid emptum sit. n. 60. fol. 22.

Quid si in tali instrumento maritus, & uxor simul inveniantur inserti. n. 61. fol. 23.

Quid si uxoris nomen solum sit insertum & uxori etiam traditio facta. n. 62. fol. 23.

Quid Juris, si res communi mariti, & uxoris nomine empta, sed solâ pecuniâ uxoris soluta ad processum Edictalem deveniat. num. 36. fol. 23.

Quid si durante matrimonio ex acquæstibus aliquid emptum fuerit. n. 64. & 65. fol. 23.

Quid si ex acquæstibus bonum feudale empum fuerit. n. 66. fol. 24.

An uxori ad consequendos acquæstus necessarium sit, ut fuerit dotata. n 67. & 68. fol. 24.

An dos sit fundamentum omnium prætensionum muliebrium. n. 69. fol. 24.

Quid si conjuges ex utraque parte conveniant, & tamen insignes aquæstus habeant. n. 70. fol. 24.

Quid si matrimonium factum fuerit sine dote, & uxor dives tamen marito omnia bona sua crediderit. n. 71. fol. 25.

An talia bona omnia censeantur marito data in dotem vel non n 72. fol. 25.

An acquæstus etiam locum habeant in matrimonio putativo. n. 73. fol. 25.

Quid si fuerit bona fide contractum. n. 74. fol. 26.

Vel fraudulenter, & scienter. num. 75. fol. 26.

Quid si tantùm una pars conjugum fuerit in mala fide. n. 76. fol. 26.

An uxor portionem statutariam acquæstuum amittat, si commiserit adulterium. num. 77. fol. 26.

An hæc portio fisco cedat. n. 78. fol. 26.

An mulier post mortem mariti luxuriosè vivens perdat acquæstus. n. 79. fol. 26.

Quæ distinctio necessaria sit. n. 80 fol. 27.

An uxor per transitum ad secundas nuptias acquæstus amittat. n. 81. fol. 28.

An hæc portio statutaria transmissibilis sit ad hæredes. n. 82. fol. 28.

An etiam Sponsa lucra matrimonialia prætendere possit. n. 83. fol. 28.

An etiam lucra de acquæstibus. n. 84. fol. 28.

An requiratur matrimonium consummatum. n. 85. fol. 28.

Quid sub nomine muliebrium ornamentorum comprehendatur. n. 86. fol. 29.

Quid si mulier habeat ornamenta à marito sibi aliunde delata. n. 87. fol. 29.

Quid si incertum sit, cujus sint ornamenta mariti vel uxoris. n. 88. fol. 29.

An maritus tempore matrimonij talia ornamenta, & jocalia donare possit. n. 89. fol. 29.

De fornicationibus, & scortationibus querela. n. 90. fol. 30.

Quatenus & in quantum valeat donatio inter sponsum, & sponsam. n. 91. fol. 30.

Vestes mulıebres an numerentur inter ornamenta muliebria. n. 92. fol. 30.

Quid de vestimentis, & alijs ornamentis secundo die nuptiarum mulieribus præstitis. n. 93. fol. 13.

Quid de uxoris vestibus priùs præhabitis. n. 94. fol. 31.

Quid de vestimentis communibus & usualibus durante matrimonio uxori subministratis. n. 95. fol. 31.

Quid de vestimentis festivis, & pretiosis dicendum. n. 96. fol. 31.

Quid inter verba contineatur, Was zue deß Weibs Leib gehörig. *n. 97. fol. 31.*

Quid in Patria nostra circa vestimenta muliebria moris sit. n. 98. fol. 31. p. 1.

Supellex communis matrimoniali ad quem pertineat. n. 100 fol. 31.

Maximè permixta. n. 101. fol. 31.

Quid intelligatur sub termino, Der gemeinen Hauß-Fahrnuß. *n. 102. fol. 32.*

Quid si liberi existant, an uxori etiam dimidietas debeatur. n. 03. fol. 33.

An hæc dispositio in favorem uxoris se extendat, quando cum liberis primi matrimonij concurrit, & sine illis. n. 104. fol: 33.

An hæc portio competat Jure successionis maritalis, vel quo alio. n. 105. fol. 33.

Quid si conjux prorsùs nullas supellectiles marito attulerit. n. 106. fol. 34.

Relatio, quænam sub nomine supellectilis contineantur. n. 107. fol. 34.

Quomodo portio uxoris commensurari debeat, si minimi filij portio legitimam non adæquet. n. 155. fol. 48.

Mmmmmmm 3 *Quid*

Quid si conjugis usufructus excedat partem filialem privignorum. n. 156. fol. 49.

An pœna l. hac edictali cesset, si liberi ex primo matrimonio fuerint mortui. n. 157. fol. 49.

Quid si mulier cum consensu mariti ad secunda vota transierit. n. 158. fol. 49.

Nunquid eadem Jura sint in binubo, vel binuba. n. 159. fol. 50.

An mulieres semper habeant jura acquæstuum. n. 160. fol. 50.

Quæ sit differentia inter constitutionem dotis certæ & dotis incertæ. n. 161 fol. 50.

Dotis illatæ, & promissæ. n. 162. fol. 50.

An pro acquæstibus constitutio, & illatio dotis requiratur. n. 163. fol. 50.

An uxor usumfructum contradotis habeat cum ipso acquæstu n. 164. fol. 51.

An dos, & contrados possint esse inæquales. n. 165. fol. 41.

Contradotis commensuratio quomodò fieri debeat. n. 166 fol. 51.

An quoad omnia bona uxoris, vel solummodò quoad dotem. n. 167. fol. 51.

E.

Emptio & venditio.

Quomodò probetur emptio, & venditio. n. 1. 2. fol. 397.

Quomodò probetur per testes, & à quo probatio fieri debeat. n. 3. fol. 398.

An probetur per mediatorem juratum. n. 4. fol. 398.

Quænam sint substantialia hujus contractûs. n. 5. fol. 398.

An sufficiat probare tractatum. num. 6. fol. 398.

Cur res debeat venire in tractatum. num. 7. fol. 398.

Quid si perierit, aut sit incognita. num. 8. fol. 398.

Quomodò testes debeant deponere de pretio. n. 9. fol 399.

Quid si locò pecuniæ pro pretio res alia detur. n. 10. fol. 399.

Quare pretium debeat esse certum. num. 11. fol 399.

Quid si super quantitate lis sit, cui incumbat probatio. n. 12. fol. 399.

An instrumentum emptionale probet emptionem, si certum pretium non contineat. num. 13. fol. 399.

An saltem de consuetudine. n. 14. fol. 400.

Quid si testes de solutione pretij attestentur, sed non certi. n 15. fol 400.

Quid si testes singulares sint, & de diversa quantitate deponant. n. 16. fol 400.

Quid si testes deponant, de certa quantitate pretij conventum fuisse, cujus non ampliùs recordentur. n. 17. fol. 401.

An venditionem negans desuper juramentum præstare debeat n 18. fol. 401.

Quid si emptor in probatione deficiat, quomodò puniatur. n. 19. fol. 401.

Quid si saltem semiplenè per unum testem probaverit. n. 20. fol. 401.

Emptio valida.

An emptio valida sit, & efficax sine scriptura. n. 1. fol. 402.

An etiam inter personas plebejas, & in omnibus bonis. n. 2. fol. 403.

Qui contractus scripturâ indigeant. num. 3. fol. 403.

Quid si conventum sit, ut contractus in scriptis fiat. n. 4. fol. 403.

An in specie hæc conventio debeat fieri sine conditione invaliditatis. n. 5. fol. 403.

An hæc conventio in ipso contractu apponi, vel possit etiam ante, vel post contravenire. num. 6. fol. 404.

Quis probare debeat, contractum ita initum esse, ut sine instrumento neutiquam valere possit, aut debeat. n. 7. fol. 405.

Quid si talis contractus sub certa arrha initus sit. n. 8. fol. 405.

Quid si arrha pluris sit, quàm interesse partis adversæ. n. 9. fol. 406.

Quid si talis contractus non confectô instrumentô nihilominùs consummatus fuerit. n. 10. fol. 406.

Quomodò capacitas personæ sit attendenda. n. 11. fol. 406.

Emptio perfecta.

Quid importent verba, Fertigung / Entantwortung / vnd Gewehrschafft. n. 5. fol. 407.

Quando contractus venditionis verbis, & in scriptis dicatur esse perfectus. n. 2. fol. 407.

An traditio denegari possit non solutô pretiô. n. 3. fol. 408.

Quid si nihilominùs traditio facta fuerit. n. 4. fol. 408.

An is videatur solvisse, qui aliam satisfactionem dedit, quam in pecunia. n. 5. fol. 408.

Quid si venditor emptori fidem de pretio habeat. n 6. fol. 408.

An quis per alium traditionem facere possit. n. 7. fol. 409.

An generale mandatum sufficiat. num. 8. fol. 409.

Quomodò traditio fieri debeat. n. 9. fol. 409.

Quomodò ab emptore solutio pretij facienda. n. 10. fol. 409

Quomodo solutio arrhæ conventæ. num. 11. fol. 409.

An quis à contractu perfecto recedere possit, si arrham præstare paratus sit. num. 12. & 13. fol. 409. & 410.

Quæ ex diversis opinionibus statutis nostris Bavaricis communior sit. n. 14. fol. 410.

Quid nomine arrhæ in lingua Germanica designetur n. 15. fol. 411.

Quid sit propriè arrha pœnalis, der Reu-Kauff. n. 16. fol. 411.

Quid sit propriè, der Leüt-Kauff/ꝛc. num. 17. fol. 411.

An solvendo, den Leüt-Kauff/ liberetur à contractu empti, & venditi. n. 18. fol. 411.

Quid

Quid sit, das Hafftel-Gelt / oder der Dings-Pfenning. *n.* 19 *fol.* 412.

Quid sit, das Wein-Gelt / oder Hand-treue Gelt / oder Mahlzeit-Gelt. *n.* 20. *fol.* 412.

An venditor liberetur a traditione, si interesse præstare paratus sit, n. 21. *fol.* 412.

Quomodò præstanda sit traditionis integritas. n. 22. *fol.* 413.

Quid si res vendatur cum pertinentijs suis. n. 23. *fol.* 413.

Emptæ & venditæ rei interitus.

An in emptione, & venditione res pereat suo domino. n. 1. *fol.* 420.

Quid si perierit culpâ venditoris. n. 2. *fol.* 420.

Quæ culpa requiratur. n. 3. *fol.* 420.

Quid si venditor fuerit morosus in traditione. n. 4. *fol.* 420.

Quid si venditio fuerit conditionalis. num. 5. *fol.* 421.

Quid si res non perierit in totum. num. 4. *fol.* 421.

Quid si venditor promiserit, rem in eodem statu tradere, qua tempore venditionis fuit. n. 7. *fol.* 421.

Quid si venditio fuerit restricta ad certum factum. n. 8. *fol.* 421.

Quid si aliter inter partes specialiter convenerit. n. 9. *fol.* 421.

Quid si animal perierit ex morbo praexistente. n. 10. *fol.* 422.

Quid si venditor illius morbi prorsùs ignarus fuerit. n. 11. *fol.* 422.

Quid si res alternativè vendantur. num. 12. *fol.* 422.

Quid si res ante traditionem confiscetur. n. 13. *fol.* 422.

Quid si contractus non in totum fuerit perfectus. n. 14. *fol.* 422.

Quid si venditio fuerit facta in scriptis. n. 15. *fol.* 422.

Quid si venditio facta fuerit in diem. num. 16. *fol.* 423.

Quid si res pereat furtô, aut incendio, cui incumbat probatio culpæ. n. 17. *fol.* 423.

Evictio.

Evicta tunc censetur res, si ita amittatur per judicem, ut eam emptori habere non liceat, & spes habendi abscissa est. n. 1. *fol.* 493.

Evictionis actio non datur inter scientes. n. 13. *fol.* 527.

Evictio venditionis ex natura contractus inest. n. 24. *fol.* 528.

Evictio non datur in donatione. num. 29. *fol.* 529.

Quid sit evictio, & quando venditor ad eam teneatur. n. 1. *fol.* 493.

An etiam hæres venditoris ad evictionem teneatur. n. 2. *fol.* 494.

An etiam rei pertinentiæ veniant in evictionem. n. 3. *fol.* 494.

Quid si omninò nihil de evictione convenerit. n. 4. *fol.* 494.

Quæ, aut qualis actio pro evictione detur. n. 5. *fol.* 494.

An, & quamdiu emptor de evictione cautionem à venditore petere possit, tametsi in primo tractatu de ea nihil conventum fuerit. num. 6. 7. & 8. *fol.* 494.

Ad quid detur hæc actio. n. 9. *fol.* 495.

An ultra pretium etiam detur ad interesse. n. 10. *fol.* 495.

Quæ hac in parte distinctio observanda sit. n. 11. & 12. *fol.* 495.

Evictionis forum.

Ubi hæc actio de evictione instituenda sit. n. 1. *fol.* 495.

Quid si agatur de re immobili. n. 2. *fol.* 496.

Quare in loco rei sitæ. n. 3. *fol.* 496.

Quid si agatur de re mobili. n. 4. *fol.* 496.

Quare in mobilibus aliud statutum sit. num. 5. *fol.* 496.

Quid requiratur, ut venditor etiam in loco contractûs de evictione conveniri possit. num. 6. *fol.* 496.

An istis requisitis existentibus actio de evictione debeat institui in loco contractûs. num. 7. *fol.* 496.

Evictionis instituendæ tempus.

Quando de evictione actio institui possit. n. 1. *fol.* 498.

Quid si ab initio contractûs nulla promissio de evictione facta fuerit. n. 2. *fol.* 498.

Quæ requirantur, ut res verè possit dici evicta. n. 3. *fol.* 498.

Quid si res litigiosa facta fuerit, antequàm emptor pretium solvit. n. 4. *fol.* 498.

Quid si evictio in limine contractûs eveniat, an nihilominùs sententia sit exspectanda. num. 5. *fol.* 498.

Quando lis dicatur imminere in limine judicij. n. 6. *fol.* 499.

Quid si venditor cautionem fidejussoriam, aut pignoratitiam offerat. n. 7. & 8. *fol.* 499.

Quid si evictio immineat, antequàm emptor quidquam de pretio solverit, an illud retinere possit, tametsi sufficiens cautio a venditore offeratur. n. 9. *fol.* 500.

Quid si pars evincens non rem totam, sed illam tantùm pro parte sibi tradi petat. n. 10. *fol.* 500.

Quid si emptor alium instigaverit, ut sibi litem super re empta movere incipiat. num. 11. *fol.* 501.

Quid si ab initio contractûs expressa promissio de evictione pacta, & conventa sit. num. 12. *fol.* 501.

Quæ sit distinctio, inter promissionem simpliciter factam, & inter promissionem factam cum expressa indemnitatis sponsione. n. 13. *fol.* 501.

An venditor semper se liti adjungere possit. n. 14. *fol.* 501.

Evictio rei, quæ per plures manus transivit.

Quid si res vendita per plures manus transierit,

rit, an omnibus denunciatio litis facienda sit. n. 1. fol. 512.

An ultimus emptor per saltum primum venditorem, vel intermedium convenire possit. num. 2. fol. 512.

Quid si res transiverit cum onere hypotheca. n. 3. fol. 512.

Quid si verò intermedij emptores ultimo cessionum suorum jurium sponte fecerint. num. 4. fol. 513.

Quid si res transiverit non titulô onerosô, sed lucrativô. n. 5. fol. 513.

Quare in titulo lucrativo non præstetur evictio. n. 6. fol. 513.

Quid si semper factæ fuerint cessiones actionũ. n. 7. fol. 513.

Quid juris sit, si res in plures manus devenerit, & ultimo emptori litigiosa reddita fuerit. n. 8. fol. 513.

An de evictione à prioribus venditoribus agi possit, antequam res litigiosa ultimo emptori per finalem sententiam omninò adimatur. num. 9. fol. 514.

An ad hoc, lite solummodò capta, & non finita, necesse sit, prout de jure vostro statutario requiritur, ut alicujus juris reservatio facta fuerit. n. 10. fol. 514.

Quomodò intelligenda sint verba articuli nõstri, &, an vi illorum effectus evictionis lite cœpta, & nondum consummata, vel, an saltem cautio pignoratitiæ, vel fidejussoria peti possit. n. 11. fol. 515.

An tunc de evictione agi possit à prioribus venditoribus, quando ultimo emptori res actualiter evicta est. n. 12. fol. 515.

An necesse sit, ut similiter emptores suo ordine venditoribus litem judicialiter denuncient. n. 13. fol. 515.

Evictionis renunciatio.

Quot sint casus, in quibus evictio nullo modo peti possit. n. 1. fol. 517.

Quid de illo casu dicendum, quo venditor se ab evictione per pactum, vel contractum liberat. n. 2. fol. 517.

Quæ distinctio sit facienda inter res singulariter venditas, vel venditas in hæreditate, vel universitate. n. 3. fol. 517.

Quid si quis universitatem vendat. num. 4. fol. 517.

Quid si quis vendat simpliciter, quod habet in hæreditate, vel in universitate. n. 5. fol. 517.

Quid si quota aliqua hæreditatis vendatur. n. 6. fol. 518.

Quid habeatur pro universitate vendita. n. 7. fol. 518.

Quid si rem particularem vendens pactum fecerit, ne de evictione quoquo modo teneatur. n. 8. fol. 518.

An emptor re evicta tamen teneatur ad restitutionem pretij n. 9. & 10. fol. 519.

Quid si ipse venditor, vel hæres ejus rem evincat. n. 11. fol. 519.

Quid si venditor in dolo fuit, ut res evincatur. n. 12. fol. 519.

Quot casus in hoc articulo figurentur. n. 13. fol. 519.

An in casu, quo venditur hæreditas, rerum singularium præstari debeat evictio. num. 14. fol. 520.

Quare articulus noster tam sollicitè requirat in tali casu renunciationem evictionis. num. 15. fol. 520.

An si venditur res litigiosa, id emptori denunciari debeat. n. 16. fol. 520.

An talis emptor actionem de evictione habeat. n. 17. fol. 520.

Quid si vendatur universitas. n. 18. fol. 520.

Quid dicatur vera universitas. num. 19. fol. 521.

Quæ & qualis inter hæreditatem, & universitatem differentia sit. n. 20. fol. 521.

An hoffmarchiâ venditâ dicatur vendita universitas. n. 21. fol. 521.

Quid si verò venditor, hoffmarchiam vendendo, expressum pactum fecerit, quòd nolit teneri de rebus singulis evictis. n. 22. fol. 521.

Quid si emptorem venditor ad emendum malitiosè, & dolosè induxerit. n. 23. fol. 521.

Quid si tota hæreditas evicta fuerit, an renunciatio impediat proprij repetitionem. num. 24. fol. 521.

Quid si pars alicujus hæreditatis fuerit evicta. n. 25. fol. 521.

Quid si tota aliqua universitas fuerit evicta, an pactum de renunciatione evictionis tollat pretij repetitionem. n. 26. fol. 521.

An re in particulari vendita cum tali pacto renunciatorio debeatur nihilominùs pretium. n. 27. fol. 522.

Quid si quis res hæreditatis, & universitatis vendat, ut singulas. n. 28. fol. 522.

Quid si renunciatio evictionis facta fuerit tantùm ratione certa causa, vel certa persona. num. 29. fol. 523.

Evictio aliorum contractuum.

An evictio locum habeat in alijs contractibus, quam in contractibus emptionis, & venditionis. n. 1. fol. 524.

An in permutatione. n. 2. fol. 524.

An in contractibus innominatis. n. 3. fol. 524.

Quæ sit inter contractus nominatos, & innominatos hac in parte differentia. n. 4. fol. 5 4

An etiam præstetur evictio, in Wechßlen / & quid significet verbum, cambiare. num. 5. fol. 525.

An evictio præstetur in datione in solutum. n. 6. fol. 525.

An detur etiam evictio in cessione nominis. n. 7. fol. 526.

Quid si verò nomen inidoneum cessum fuerit. n. 8. & 9. fol. 526.

An, & quando evictio detur in jure patronatûs. n. 10. fol. 526.

Quando in judicio familiæ herciscundæ. n. 11. fol. 526.

Quid si

Quid si hæredes inter se, vel judicialiter divisionem fecerint. n. 12. fol. 526.

An, & quibus casibus in hæreditatis divisione, non debeatur evictio. n. 13. fol. 527.

Quid si evictio facta fuerit ab ipso testatore. n. 14. fol. 527.

Quid si ex paterna divisione liberi lædantur in legitima. n. 15. fol. 527.

Quid si pater inter vivos divisionem fecerit. n. 16. fol. 527.

Quomodò intelligenda sit hæc regula, quòd non debeatur evictio, quando hæredes sunt in pari periculo. n. 17. fol. 527.

Quid si inter partes convenerit, ne præstetur evictio. n. 18. fol. 527.

An evictioni locus sit in contractu dotali. n. 19. fol. 527.

Quid si obligatus ad dotandum dotem dederit. n. 20. fol. 527.

Quid si extraneus dederit. n. 21. fol. 527.

Quid si dos data fuerit æstimatò. n. 22. & 28. fol. 528.

Quid si extraneus de dotando præviam promissionem fecerit. n. 24. fol. 528.

An evictio etiam in transactione locum habeat. n. 25. fol. 528.

Quid si quis rem litigiosam acceperit. n. 26. fol. 528.

Quid si alter aliquid loco dimissionis acceperit. n. 27. fol. 528.

An evictio in donatione locum habere possit, vel etiam in contractibus lucrativis. num. 28. fol. 529.

Quid si in donatione. n. 29. fol. 529.

Quid si mihi res aliena scienter donata fuerit, in quam magnos sumptus, & expensas feci. n. 30. fol. 529.

Quid si donator evictionem promiserit. n. 31. fol. 529.

Quid si talis promissio facta fuerit nudô pactô. n. 32. fol. 529.

Quid si donatio nec per nudum pactum, nec per stipulationem, aut promissionem, sed per traditionem inceperit. n. 33. fol. 529.

Quæ, aut qualis hac in parte differentia inter dotationem, & inter donationem. num. 34. fol. 530.

An præstetur evictio in donatione remuneratoria. n. 35. fol. 530.

An in donatione facta ob causam, detur evictio. n. 36. fol. 530.

Quæ sit, & dicatur vera donatio ob causam. n. 37. fol. 530.

Quid si alicui res legata evicta fuerit. n. 38. fol. 530.

Quid si alicui res quædam legata fuerit in genere, sed præstita fuerit in specie. num. 39. fol. 530.

Quid si res aliena scienter legetur. num. 40. fol. 531.

Quid si tale legatum factum fuerit in personam conjunctam. n. 41. fol. 531.

Quid si quis alteri rem sibi cum ea communem legaverit. n. 42. fol. 541.

Quid si quis rem hæredis alteri legaverit. n. 43. fol. 531.

An evictionis denunciatio debeat etiam in alijs contractibus fieri. n. 44. fol. 531.

An pretium rei, etiam in alijs contractibus evictæ, iterum refundi debeat, vel potiùs res invicem reciprocè dari. n. 45. & 46. fol. 532.

An idem in divisione locum habere possit. n. 47. fol. 532.

Quare in divisione non præstetur evictio quoad damnum, & interesse. n. 48. fol. 533.

Evictio, quando non locum habeat.

De casibus, in quibus evictio locum habere non possit. n. 1. fol. 535.

Quid si emptor evictioni renunciaverit. n. 2. fol. 535.

Quid si à sententia non apellaverit. num. 3. fol. 536.

An emptor appellationem venditori denunciare, & illam deinde prosequi teneatur. num. 4. fol. 536.

Quæ, aut qualis hac in parte sit differentia inter emptorem, & inter actorem, & procuratorem. n. 5. fol. 536.

Quomodò distinguendum, an in prima instantia litis denunciatio facta fuerit, vel non. n 6. fol. 536.

An emptor appellare debeat, si causa sit dubia, & ambigua. n. 7. fol. 537.

Quid si in causa dubia venditor instantiæ interfuerit, & non appellaverit. n. 8. fol. 537.

Quid si manifestè de injustitia causæ constet. n. 9. fol. 537.

An denunciatio litis fieri possit intra, & extrajudicialiter. n. 10. fol. 537.

Quid si sententia lata fuerit contra emptorem per imperitiam, aut iniquitatem judicis. n. 11. fol. 538.

Quid si id actum fuerit cum, vel sine culpa emptoris. n. 12. fol. 538.

Quare in fidejussore requiratur culpa, & non in emptore. n. 13. fol. 538.

Quid si injusta sententia lata fuerit in odium venditoris. n. 14. fol. 538.

Quid si venditor productionem necessariarum probationum omiserit. n. 15. fol. 538.

Quid si res evicta sit per compromissum. n. 16. fol. 538.

Quid si ipse venditor fuerit compromissarius. n. 17. fol. 539.

Quid si statuto cautum sit, ut compromissum fieri debeat. n. 18. fol. 539.

Quid si quis evictionem promiserit, quomodocunque, aut qualitercunque fiat. num. 19. fol. 539.

Quid si emptor transegerit. n. 20. fol. 539.

Quid si evincenti juramentum litis decisorium detulerit. n. 21. fol. 539.

Quot de Jure nostro Bavarico sint modi compromittendi. n. 22. fol. 539.

Quid si compromissum factum fuerit sub metu pœnæ. n. 23. fol. 540.

Quid si compromissum factum fuerit, ut stetur laudo. n. 2 & 25. fol. 540.

An à laudo detur appellatio. n. 26. fol. 540.

An à Jure nostro Statutario in appellatione à compromisso novæ probationes adduci possint. n. 27. fol. 541.

An judex in appellatorio possit ea æquitate uti, quâ ut compromissarius. n. 28. fol. 542.

Quid si res evicta fuerit ex jure retractûs. n. 29. fol. 542.

Quare non præstetur evictio. n. 30. fol. 542.

An generalis obligatio de evictione trahatur ad casum retractûs. n. 31. fol. 542.

Quid si emptor de evictione in casu retractûs caverit. n. 32. fol. 542.

Quid si venditor emptori persuaserit, rem venditam non esse obnoxiam evictioni. num. 33. fol. 542.

Quid si verus dominus rem retractam vindicet. n. 34. fol. 543.

Quid si venditor cum emptore convenerit, ut nullo modo obligatus esse possit, an venditor nihilominùs obligatus sit in casu retractûs. n. 35. fol. 543.

An retrahens rei retractæ pretium emptori restituere teneatur cum omni interesse. num. 36. fol. 543.

Quid si quis ad venditionem rei sitæ contra voluntatem suam necessitetur, aut compellatur. n. 37. fol. 544.

Quid si id fiat à supremo illius terræ Principe. n. 38. fol. 544.

Quid si in tali casu etiam tertius evincens superveniat. n. 39. fol. 544.

Quid si Princeps alteri rem suam per injuriam abstulerit. n. 40. fol. 545.

Quid si necessitas fuerit illata à Principe. n. 41. fol. 545.

Quid si verus dominus rem suam propriam per potentiorem quendam ablatam vindicet. n. 42. fol. 545.

Quid si alia extrinseca necessitas superveniat. n. 43. fol. 545.

Quid si ex necessitate officij alienatio facta fuerit, ut exemplificatur in executore testamentario. n. 44. fol. 545.

Et in tutore, vel curatore. n. 45. fol. 546.

Et in procuratore. n. 46. fol. 546.

Quid si tales personæ evictionem promiserint. n. 47. fol. 546.

Quid si talis necessitas dolo, & fraude, & malitiosè causetur. n. 48. fol. 546.

Quid si res evincatur remediô restitutionis privilegiatô. n. 49. fol. 546.

Quid si evincatur res remediô restitutionis ex edicto majorum. n. 50. fol. 547.

Quid si aliquis ad revocationem boni sui venditi alio speciali jure admissus fuerit. num. 51. fol. 548.

Quid si aliquis rem alienam scienter emerit. n. 52 fol. 548.

Quæ hujus rei ratio sit, quòd, qui rem alienam scienter emit, non habeat repetitionem pretij, sed is habeat, qui rem fideicommissariam emit. n. 53. fol. 549.

Quid si pretium nondum fuerit solutum. n. 54. fol. 550.

Quid si uterque tam venditor, quàm emptor in mala fide fuerit. n. 55. fol. 550.

An emptor in conscientia tutus sit, si pretium non repetat. n. 56. fol. 550.

Quid de illo dicendum, qui rem fideicommissariam scienter emit. n. 57. fol. 550.

An emptor debeat specificè scire, ad quem res aliena pertineat. n. 58. fol. 550.

An meliorationes à vero domino repeti possint. n. 59. fol 551.

In quibus casibus scienter emens rem alienam, repetitionem pretij habeat. n. 60. fol. 551.

Cur in casu, quo scientia supervenit post contractum. n. 61 fol. 551.

An, si venditor evictionem promisit. num. 62. fol. 551.

Quid si pretium fuerit versum in utilitatem venditoris. n. 63. fol. 551.

Sensus l. emptor de rei vind. n. 64. fol. 551.

Exemplum. n. 65. fol. 552.

Aliud Exemplum. n. 66. fol. 552.

Quid si alicui bonum de facto, & cum violentia ablatum fuerit. n. 67. fol. 553.

An saltem repetitionem pretij habeat. n. 68. fol. 553.

Quid si venditor emptori in omni casu defensionem promiserit. n. 69. fol. 553.

Quomodò venditor emptorem defendere debeat adversùs omnem molestiam. num. 70. fol. 553.

Quid si molestatio originem sumpsit ex causa subsequente. n 71 fol. 553.

Quomodò præstetur evictio hæreditatis venditæ. n 72. fol. 554.

An præstetur evictio ob servitutem rei venditæ inhærentem. n. 73. fol. 554.

Quid juris in servitute ususfructûs. num 74. & 75. fol. 554.

Quid in servitute usûs, & habitationis. n. 76. fol. 554.

Quid juris sit in servitutibus prædialibus. n. 77. fol. 554.

Quid si servitus venditori fuerit cognita. n. 78. fol. 555.

Quid si venditor expressè dixerit, fundum venditum servitute carere. n. 79. fol. 555.

An saltem emptor habeat actionem quanti minoris. n. 80. fol. 555.

Quid si ipse emptor ratione prædij sui empti servitutem prætendat, & jure cadat. num. 81. fol. 555.

An nihilominùs teneat promissio de evictione, licèt contractus fuerit nullus. n. 82. fol. 556.

Quid si sit nullus ex capite personæ privilegiatæ. n. 83. fol. 556.

Augmentum, vel decrementum pretij tempore evictionis, an sit periculo venditoris, vel emptoris. n. 84. fol. 556.

Quo-

Quomodò distinguendum inter actionẽ ex empto, quæ datur ad damnum, & interesse. n. 85. 86. & 87. fol. 556. & 557.

Quis statuatur modus actioni ad interesse. n. 88. fol. 557.

Quid si evincens jus suum emptori donaverit. n. 89. fol. 557.

Quæ hac in parte differentia, inter emptorem, & alios contractus. n. 90. fol. 559.

Quid si venditor fuerit Ecclesia, vel Clericus, an debeat emptorem defendere coram judice sæculari. n. 91. fol. 558.

Emptio, & venditio non debet fieri clandestinè.

Quomodò contractus emptionis, & venditionis celebrari debeant. n. 1. fol. 668.

Quæ pœna statuatur, si plebei homines, & rurales tales contractus clandestinè celebrent. n. 2. fol. 668.

An erectio instrumentorum apud plebejos sit de substantia actus. n. 3. fol. 668.

An de jure nostro statutario instrumenta non nisi coram ordinario magistratu erigi possint. n. 4. fol. 668.

Quid si erectio instrumentorum non substantiæ, sed probationis causâ petatur. n. 5. fol. 668.

An sit in libertate contrahentium, in contractibus nudo consensu subsistentibus erectionem instrumentorum desiderare, vel non. n. 6. fol. 669.

An non erectio instrumenti sit necessitatis in contractu pignoris, vel hypothecæ. n. 7. fol. 669.

Quando, & quotuplex sit necessitas erigendi instrumenta. n. 8. fol. 669.

An etiam cives teneantur coram magistratu ordinario erectionem instrumentorum facere. n. 9. fol. 669.

Utrùm hæc necessitas sit intelligenda ad hoc, ut tantùm evitetur pœna, vel quoad nullitatem actûs. n. 10. fol. 669.

Utrùm tam venditor, quàm emptor pœnæ subjaceat. n. 11. fol. 669.

Quid si plures venditores, & emptores fuerint. n. 12. fol. 669.

Quid si inter ipsos partes fuerint inæquales. n. 13. fol. 670.

An dictam pœnam incurrant cives, & oppidani aquè, ac rurales. n. 14. fol. 670.

Quid dicendum de nobilibus. n. 15. fol. 670.

Affirmativa defenditur. n. 16. fol. 670.

Argumenta in contrarium solvuntur. n. 17. fol. 671.

Expensæ instrumentales ne sint excessivæ. n. 18. fol. 671.

An erectio instrumentorum etiam fieri debeat coram dominis feudalibus, & emphyteuticis. n. 19. fol. 671.

Exceptio.

Exceptio firmat regulam in contrarium. n. 4. fol. 1051.

Exceptio ordinis est dilatoria, exceptio verò divisionis peremptoria. n. 35. fol. 866.

Exceptio non numeratæ dotis.

Quæ sit differentia inter exceptionem non numeratæ dotis, quæ opponitur creditoribus, & quæ opponitur uxori. n. 1. fol. 187.

Quando uxor illationem dotis probare debeat. n. 2. fol. 188.

Quot annis oppositio non numeratæ dotis duret. n. 3. fol. 188.

Quæ sit distinctio inter dotem confessam, & constitutam. n. 4. fol. 188.

Quibus casibus exceptio non numeratæ dotis deficiat. n. 5. fol. 189.

In quibus casibus apocha mariti fidem faciat. n. 6. fol. 189.

An geminata confessio illationem probet. n. 7. fol. 190.

Quid si confessio illatæ dotis instrumento dotali simul accedat. n 8. fol. 190.

Quatenus mariti confessio præjudicet creditoribus, & in quibus circumstantijs. n 9. fol. 190.

Quid si mariti confessioni de dote recepta renunciatio exceptionis non numeratæ dotis accedat. n. 10. fol. 191.

Quid si renunciatio esset jurata. num. 11. fol. 191.

An talis jurata renunciatio etiam præjudicet creditoribus. n. 12. fol. 191.

An subscriptio contestis, quæ requiritur cum apocha mariti, per alias præsumptiones possit suppleri. n. 13. fol. 192.

Quid si maritus docere possit, se tantùm super renunciatione simulatè juràsse. n. 14. fol. 192.

Quid si fecerit renunciationem donandi animo. n. 15. fol. 192.

Expromissor.

Expromissor est, qui pro alio novandi animo se obligat. n. 63. fol. 850.

F.

Favor.

Favori pro se introducto quilibet renunciare potest. n. 14. fol. 505.

Fidejussio.

Quid sit fidejussio. n. 1. fol. 832.

An principalis ante fidejussorem conveniri debeat. n. 2. fol. 832.

An etiam ante constitutorem, sponsorem, & mandatorem. n. 3. fol. 833.

Quando autem fidejussoria obligatio cum juramento firmatur, an non impediat exceptionem ordinis. n. 4. fol. 833.

Si quis promittat, se soluturum, quod alter debet, an sit fidejussio, vel novatio. n. 5. fol. 833.

An etiam correi debendi priùs sint excutiendi, & quid si fidejussor pro uno ex correis tantùm intercesserit. n. 6. & 9. fol. 833. & 834.

An etiam hæres debitoris principalis, vel hæredes correorũ priùs conveniri debeant. n. 7. f. 833.

In quibus bonis fiat excussio in ijs, quæ ex hæreditate ad hæredes devenerunt, vel etiam proprijs. n. 8. fol. 833.

An ista excussio sit facienda, ita ut nihil relinquatur principali debitori. n. 10. fol. 834.

Si fidejussor exceptionem ordinis non opposuerit, an rectè condemnetur. n. 11. fol. 834.

Quando autem judex hanc exceptionem oppositam non attenderit, an judicium sit nullum. n. 12. fol. 834.

In qua parte judicij exceptio ordinis opponi debeat. n. 13. fol. 835.

An fidejussor condemnatus non habeat regressum adversùs debitorem principalem, quando ad pinguiorem fortunam pervenerit. n. 14. fol. 835.

Quid si fidejussor ideò non opposuerit exceptionem excussionis, quia putavit, principalem solvendo non esse. n. 15. fol. 835.

An exceptio ordinis omissa in prima instantia, in appellatorio produci possit. n. 16. fol. 835.

An fidejussor subalternus, ein Ruck-Borg / ante primarium fidejussorem conveniri possit. n. 17. fol. 835.

Quando, & quomodò fidejussor indemnitatis, ein Schadloß-Borg / conveniatur. num. 18. fol. 836.

An fidejussor indemnitatis creditori ad solutionem obligetur pro primario fidejussore inope. n. 19. fol. 836.

Quando fidejussor indemnitatis securitatem creditori promittit, an non habeatur pro subalterno, & succedaneo. n. 20. fol. 836.

An talis contra fidejussorem habeat beneficium excussionis. n. 21. fol. 837.

Quid si fidejussor se simul, ut principalem debitorem constituit, an non censeatur renunciâsse beneficio ordinis, & excussionis. num. 22. & 24. fol. 837.

An in hoc casu sit in arbitrio creditoris, vel ipsum principalem, vel fidejussorem priùs convenire. n. 23. fol. 837.

An, qui se, ut principalem obstrinxit, obligetur ad omne damnum, interesse, & litis expensas. n. 25. fol. 838.

Quid si debitor bonis cesserit, vel alius jam priùs excussionem fecerit, an fidejussor uti possit beneficio ordinis, & excussionis. n. 26. fol. 838.

Quid si notorium sit, principalem debitorem non esse solvendo. n. 27. fol. 838.

An non longinqua absentia, & extra Provinciam faciat, ut fidejussor conveniri possit non excusso principali. n. 28. fol. 838.

An debitor principalis Bavarus domicilium in Palatinatum superiorem transferens, habendus sit pro absente extra Provinciâ. n. 29. fol. 839.

Quæ de absente dicta sunt, an etiam intelligantur de debitore fugitivo, & latitante. num. 30. fol. 840.

Quid si fugitivus, vel latitans debitor durante judicio revertatur, an excussioni locus sit. n. 31. fol. 840.

An non fidejussor per litis contestationem censeatur cum creditore quasi contrahere. num. 32. fol. 840.

Si debitores principales sint potentes, rixosi, vel Ecclesia, minor, &c. an fidejussor gaudeat beneficio excussionis. n. 33. fol. 840.

Quid si fidejussor beneficio ordinis, & excussionis renunciaverit, & utrùm in generali renunciatione beneficiorum etiam ista comprehendatur. n. 34. fol. 841.

Quæ verba, & clausulæ specialem renunciationem importent. n. 35. fol. 842.

Quid si quis pro fisco, vel Principe, aut civitate, &c. fidejusserit. n. 36. fol. 842.

Quid si fidejussor dolosè interpositionem fidei neget, & mendacij convincatur. n. 37. fol. 842.

Quid si fidejussor pœnitentiâ ductus negationem revocaverit. n. 38. fol. 843.

Quando autem non fidejussionem, sed renunciationem beneficij ordinis negaverit, an idem dicendum. n. 39. fol. 843.

Quæ pœna tali fidejussori neganti de Jure Bavarico maneat. n. 40. fol. 843.

Quot sint adhuc casus, in quibus fidejussor ante principalem debitorem conveniri debeat. n. 41. fol. 844.

Quid si pater pro filio in Patria potestate existente fidejusserit. n. 42. fol. 844.

An fidejussor in causa criminali de judicio sisti, & judicatum solvi datus, gaudeat beneficio ordinis, & excussionis. n. 43. fol. 844.

An hoc beneficium locum habeat in causa, quæ de plano, ex æquo, & bono sine strepitu judicij determinatur, uti in foris mercatorum. n. 44. fol. 845.

Summarius processus debet fieri de plano, sine strepitu judicij, an ergò exceptio excussionis, & ordinis in eo non sit attendenda. n. 45. fol. 845.

An exceptio excussionis non sit à Jure Canonico improbata. n. 46. fol. 845.

An fidejussor excludatur ab hoc beneficio excussionis, si pro judicato faciendo imploretur officium judicis, & an actio judicati intentetur. n. 47. fol. 846.

Utrùm exceptio excussionis coram arbitris, compromissarijs, &c. opponi possit. num. 48. fol. 846.

An coram commissarijs principum. num. 49. fol. 847.

Quid si fidejussor principali debitori succedit, an non cesset excussio. n. 50. fol. 847.

An tam in hæreditarijs, quam proprijs bonis conveniri possit. n. 51. fol. 847.

Quid si fidejussor hæres adiverit hæreditatem cum beneficio inventarij, an teneatur ultra vires hæreditarias, & ex proprijs solvere. num. 52. fol. 847.

An non cesset beneficium excussionis, si pro prodigo, furioso, pupillo, &c. intercesserit. num. 53. fol. 848.

Si fidejussor bona quædam principalis titulo commodati, vel depositi in manibus habet, an excussionem petere possit. n. 54. fol. 848.

Si creditor est debitor fidejussoris, an eum ad compensationẽ cogere, & beneficio excussionis privare possit. n. 55. fol. 848.

An principalis excuti queat, qui non nisi bona feudalia primogenituræ, & majoratui subjecta, &c. possideat. n. 56. fol. 848.

An

An fidejussor ludi gaudeat hoc beneficio excussionis. n. 57. fol. 849.

Item fidejussor ad obstagia obligatus. n. 58. fol. 849.

Quid si principalis debitor fuerit in mora solvendi constitutus, utpote monitus, & decesserit, an fidejussor non excussis hæredibus conveniri possit, n. 59. fol. 849.

Quid dicendum de fidejussore facti. num. 60. fol. 849.

An inter plures Principis officiales substitutos beneficium excussionis locum habeat. num. 61. fol. 849.

An possim convenire debitorem debitoris mei non excusso prius principali. n. 62. fol. 850.

Utrùm expromissor habeat beneficium ordinis, & excussionis, & quomodò differat à fidejussore. n. 63. fol. 850.

Fidejussio, stipulatio sive promissio est, qua quis fidem suam ad debiti alterius solutionem in subsidium obstringit. n. 1. fol. 832.

Fidejussor, si neget fidejussionem, propter mendacium perdit beneficium excussionis. num. 43. fol. 868.

Fidejussor necessarius solvendo pro debitore nihil repetit, n. 65. fol. 873.

Fidejussor fidejussoris non datur. num. 19. fol. 901.

Fidejussor simpliciter datus censetur datus ad omnem causam, & casum obligari, donec creditori plenè satisfiat. n. 2. fol. 909.

Fidejussor, quando ad solutionem compelli possit.

Quando fidejussor conveniri, & ad solutionem compelli possit. n. 1. fol. 851.

An principali nondum excusso. n. 2. fol. 851.

Et utrùm ad totum debitum solvendum, vel deducto eo, quod creditor à principali debitore jam est consecutus. n. 3. fol. 851.

Quomodò fidejussio sit probanda. n. 4. fol. 851.

Qualiter hominibus plebeis, & ruralibus fidejubere permittitur. n. 5. fol. 851.

An non fidejussori terminus 14. dierum ad solutionem faciendam indulgeatur. n. 6. fol. 851.

Utrùm iste terminus sit legalis, & à judice prorogari possit. n. 7. fol. 852.

An fidejussor inficiationem suam juramento confirmare teneatur. n. 8. fol. 852.

An non hæc, & similia juramenta in desuetudinem abierint. n. 9. fol. 852.

Fidejussores plures, quomodò conveniantur.

An plures fidejussores in solidum conveniri possint. n. 1. fol. 853.

An etiam de Jure Statutario in solidum sint obligati. n. 2. fol. 854.

Utrùm beneficium divisionis etiam competat sponsoribus, mandatoribus, tutoribus, sive curatoribus, &c. n. 3. fol. 854.

Item, an fidejussoribus indemnitatis, vel correis debendi. n. 4. fol. 854.

Quid si ex pluribus fidejussoribus unus purè, alius in diem, & tertius sub conditione sit obligatus. n. 5. fol. 854.

Quid dicendum de duobus correis, quorum unus purè, & alter conditionatè, vel in diem est obligatus. n. 6. fol. 855.

Si duo fidejussores se, ut principales obligârunt, an ex regulis correorum judicandi sint, & consequenter absque beneficio divisionis in solidum obligentur. n. 7. fol. 855.

An non de Jure Bavar: denegetur beneficium divisionis fidejussori, qui se specialiter pro toto debito obligavit. n. 8. fol. 856.

Et qualis hæc sit differentia notabilis à jure communi. n. 9. fol. 856.

Cur fidejussor, qui se simpliciter, ut principalem obligavit, careat beneficio excussionis, & non etiam divisionis. n. 10. fol. 856.

An non ipso Jure inter confidejussores obligatio, & actio dividatur. n. 11. fol. 857.

An beneficium divisionis locum habeat in fidejussoribus, quorum unus se hodie, alter alio die se obligavit. n. 12. fol. 857.

Quid de correis se diversis temporibus obligantibus dicendum. n. 13. fol. 857.

An non fidejussores, quorum unus hodie, alter post mensem fidem suam interposuit, & se, ut principalem constituit, ut correi habendi, & judicandi sint. n. 14. fol. 858.

An fidejussore uno, vel altero non existente solvendo cæteri maneant in solidum obligati. n. 15. fol. 859.

Sed quid si unus specialiter totius debiti solutionem in se recepit, & solvendo non existat, an cæteri liberentur. n. 16. fol. 859.

Utrùm fidejussores se simpliciter, ut principales obligantes excussionem petere possint sui confidejussoris specialiter totius debiti solutionem in se recipientis. n. 17. fol. 859.

Solvitur quædam objectio. n. 18. fol. 859.

Plures adhuc clausulæ sunt, quibus fidejussores se efficaciùs obligant, illæ tamen beneficium divisionis non adimunt. n. 19. fol. 860.

An etiam hæredibus fidejussorum competat beneficium divisionis. n. 20 fol. 860.

Quando ex tribus hæredibus duo facti fuerunt non solvendo, an tertius in solidum, vel pro parte conveniri possit. n. 21. fol. 861.

In quibus casibus hæredes fidejussoris non teneantur. n. 22. fol. 861.

An fiscus successor in bonis damnatorum habeat beneficium divisionis uti hæres. num. 23. fol. 861.

Quibus beneficium hoc non competat, an ijs, qui pro veris correis habentur. n. 24. fol. 862.

Quid si plures fidejussores se in partes æquales, & non pro toto debito obligaverint. num. 25. fol. 862.

Quid si duo fidejussores se quidem pro uno debitore, sed super diversis debitis obligent. n. 26. fol. 862.

Quando confidejussores solvendo non sunt, an ille solus, qui solvendo existit, in solidum teneatur. n. 27. fol. 862.

Sed quid si unus, vel alter ex confidejussoribus primùm post litem contestatam desierit esse solvendo. n. 28 fol. 862.

Si hæres suo, & suorum cohæredum nomine solidum solverit, an non habeat repetitionem. n. 29. fol. 863.

Quando autem cohæredes non sunt solvendo, an non habeat condictionem indebiti adversùs creditorem. n. 30 fol. 863.

Quid si talis hæres etiam solidum solverit pro defuncti debitoris confidejussoribus non opposita divisionis exceptione, an ab illis quoque solutionem repetere possit. n. 31. fol. 863.

Quid si fidejussor prædefunctus se sub hypotheca omnium bonorum obligavit, an hæres dimittendo bona oppignorata ab ulteriori solutione liberetur. n. 32. fol. 864.

Quando debitor pignora, vel hypothecam constituit, an etiam fidejussores realiter sint obligati. n. 33. fol. 864.

Si creditor pignus, & fidejussores habeat, an omisso pignore fidejussorem convenire possit. n. 34. fol. 865.

An exceptio divisionis sit peremptoria, & in quacunque parte Judicij opponi possit. num. 35. fol. 866.

An etiam in appellatorio, & in executione. n. 36. fol. 866.

Cùm sit exceptio Juris, an non à Judice suppleri possit, licèt non opponatur. n. 37. fol. 866.

Quando omnes confidejussores fuerunt simultaneè conventi, & in solidum condemnati, an non in executione divisionem petere possint. num. 38. fol. 867.

An non in ordinario processu hæc exceptio usque ad conclusionem in causa admittatur. n. 39. fol. 867.

Utrùm cesset beneficium divisionis, si ei fidejussores renunciaverint. n. 40 fol. 867.

An requiratur specialis renunciatio, vel sufficiat generalis. n. 41. fol. 867.

An non censeatur renunciâsse saltem ipso facto, qui se principalem constituit, & ad solutionem solidi indivisim obligat n. 42. fol. 867.

Si quis neget fidejussionem, an dignus sit hoc beneficio. n. 43. fol. 868.

An cesset hoc beneficium propter accessum minorennis, vel pupilli, n. 44. fol. 868.

An non deficiat in pluribus fidejussoribus, qui pro uno tutore spoponderunt, rem pupilli salvam fore. n. 45. fol. 868.

Utrùm ad renunciationem beneficij excussionis, & divisionis requiratur certioratio. n. 46. fol. 868.

Quid sit beneficium cedendarum actionum. n. 47. fol 869.

An cessio actionum fidejussori solventi de Jure statutario necessaria sit. n. 48. fol. 869.

Quando necessitas incumbit, an creditor ante, & in ipsa solutione, quotiescunque à fidejussore solvente petitur, cessionem facere debeat. n. 49. & 56. fol. 870. & 871.

Et an non tantùm contra confidejussores, sed etiam adversùs debitorē principalē. n. 50. fol. 870.

Quid si confidejussores solvendo non sint. n. 51. fol. 870.

An omnium actionum personalium, & realium cessio fieri oporteat. n. 52. fol. 870.

An post litem contestatam, & in ipsa executione opponi possit. n. 53. fol. 870.

Cur actio non videatur cedi per solam extraditionem documentorum, sed hoc debeat fieri verbis claris, & expressis n. 54. fol. 870.

Qualis sit effectus hujus cessionis, & an fidejussor solvens contra confidejussores in solidum agere possit, vel tantùm in partes viriles. num. 55. fol. 870.

Quid si autem fidejussor huic beneficio cedendarum actionum renunciaverit. n. 57. fol. 871.

Quid operetur ista renunciatio saltem de Jure communi n. 58. fol. 871.

An per istam renunciationem confidejussores à repetitione, quod eorum nomine solutum est, liberentur. n. 59 fol. 871.

Quid si autem specialissimè ad hunc effectum liberandi renunciatio facta fuerit. num. 60. fol. 872.

An non sit aliquid speciale de Jure Bavarico, quòd cessioni huic post solutionem, vel renunciationem factam locus sit. n. 61 fol. 872.

An non propter dolum, & malitiam hoc beneficio quis indignus reddatur. n. 62. fol. 872.

Item propter malitiosam inficiationem fidejussionis n. 63. fol. 872.

Quid si quis pro alio donandi animo fidejussit, an non perdat hoc beneficium. n. 64. fol. 872.

Aut, si quis pro alio intercessit, qui se obligare non potuit, ut pater pro filio. n. 65. fol. 873.

Quando non habeat locum ob favorem dotis. n. 66. fol. 873.

An creditor compelli possit ad extradenda pignora, & cedendas actiones, antequam ipsi integra satisfactio contigerit. n. 67. fol. 873.

Quid si debitum non solutione, sed sententia absolutoriâ, pacto, acceptilatione, &c fuerit sublatum, an non cesset hoc beneficium. num. 68. fol. 873.

Si creditor factus est hæres confidejussorum, an teneatur fidejussori solventi cedere actiones contra se. n. 69. fol. 874.

An primus fidejussor in solidum conventus, & condemnatus, cui secundus accessit, sed a creditore dimissus, possit adversùs hunc posteriorem cessionem actionum petere. n. 70. fol. 874.

Fidejussori quænam competat actio contra Principalem.

Fidejussor damnum passus, si id probet, an non habeat actionem mandati contrariam ad se indemnem servandum. n. 1. fol. 875.

An hæc actio sit bonæ fidei, & omne damnum, & interesse includat. n. 2. fol. 876.

An fidejussor repetitionem habeat pecuniæ solutæ, damni, & interesse, quando extrajudicialiter solvit, nec conventus, nec condemnatus. n. 3. fol. 875.

Qui pro absente, & ignorante fidejussit, an non habeat actionem negotiorū gestorū. n. 4 fol. 875.

Et

Et quid de Jure nostro Bavarico sentiendum. n. 5. fol. 877.

Quando autem debitor absens, & ignorans ratihabet fidejussionem, an non etiam detur actio mandati directa, & contraria. n. 6. fol. 877.

Utrùm competat actio mandati, si debitor principalis jus mandandi non habet, ut filiusfamiliâs, Monachus, &c. n. 7. fol. 878.

Quid si quis fidejussionem pro re turpi interposuerit. n. 8. fol. 878.

Aut pro invito, & dissentiente fidejusserit. n. 9. fol. 878.

Vel fidejusserit donandi animo, an non deficiat actio mandati. n. 10. fol. 878.

Quid si fidejussor pro principali debitore inutiliter solverit, cùm V. G. debitor ipse jam solvit, an non habiturus sit condictionem indebiti, & non actionem mandati. n. 11. fol. 879.

An etiam solutio inutilis sit, quam fidejussor facit pro pupillo, furioso, prodigo, &c. n. 12. fol. 879.

Quid si fidejussor exceptionem peremptoriam, quâ ipse, & principalis debitor se tueri poterant, scienter opponere intermittat. n. 13. fol. 879.

Quid si autem talem exceptionem opposuerit, sed nihilominùs injuriâ Judicis fuerit condemnatus. n. 14. fol. 879.

Quid si solverit ante diei, vel conditionis existentiam, an habeat actionem mandati ad repetendum solutum. n. 15. fol. 880.

Quid si expressè actum fuerit, ut fidejussor adversùs principalem non habeat regressum. n. 16. fol. 880.

Quid si fidejussor solverit falso creditoris procuratori. n. 17. fol. 880.

An in omnibus casibus, in quibus creditor compelli non potest ad cedendas actiones, etiam fidejussori actio mandati contraria contra debitorem non detur. n. 18. fol. 880.

Fidejussio quomodò fiat.

An adhuc hodie, sicut de Jure antiquo, solemnis stipulatio in fidejussione intervenire debeat. n. 1. fol. 881.

An fidejussor teneatur, suam personam obligare, & ad factum proprium promittere. num. 2. fol. 882.

Si quis contractum suasit, consuluit, aut, ut mediator intervenit, an sit habendus pro fidejussore. n. 3. fol. 882.

Quid autem, si quis alterius decipiendi, aut sui lucri causâ consuluisset, & alterum commendâsset. n. 4. fol. 882.

Qui promittit, se curaturum, ut creditori solvatur, an habeatur pro fidejussore. num. 5. fol. 882.

Si taliter promittens non omnem diligentiam adhibeat, an teneatur ad interesse. num. 6. fol. 883.

Quid si promittat, se cum effectu curaturum, solutio autem omni adhibita diligentia tamen non fuerit secuta. n. 7. fol. 883.

An non formulæ suasoriæ dentur, quæ non nudam curationem, sed potiùs promissionem indemnitatis importent. n. 8. fol. 884.

Quid si talis promissor suæ obligationi Juramentum, vel pœnam adjunxerit. num. 9. & 10. fol. 884.

Fidejussor ante solutionem debitorem principalem compellare, & citationem petere potest.

An fidejussor ante debitorem principalem conventus, hunc ad Judicium vocare possit, ut eum contra creditorem defendat. n. 1. fol. 885.

An omnes exceptiones reales debitori principali competentes etiam competant fidejussoribus. n. 2. fol. 886.

Quæ exceptiones dicantur reales. num. 3. fol. 886.

Quando fidejussor se, ut principalem constituit, an nihilominùs citationem debitoris ad assistendũ in lite petere possit. n. 4. fol. 887.

Quid si autem principalis debitor sub eodem Judicio, ubi fidejussor convenitur, domicilium non habeat. n. 5. fol. 887.

Quid si domicilium non extra Provinciam, sed tantùm in alia Jurisdictione Bavarici territorij habeat. n. 6. fol. 888.

Quare articulus iste duo requirat, ut se tanquam principalem constituat, & debitor alienæ Jurisdictioni subsit. n. 7. fol. 888.

An fidejussor, qui se, ut principalem obligat, & condemnatus solvit, nihilominùs actionem mandati contrariam habeat. n. 8. fol 888.

Quæ sit differentia inter fidejussorem, qui se, ut principalem constituit, & novatorem, seu expromissorem. n. 9. fol. 888.

An fidejussor exceptiones reales etiam invito debitore principali opponere possit. num. 10. fol. 889.

Quid dicendum de exceptionibus personalibus, & quales sint. n. 11. fol. 889.

Quando fidejussori non datur actio mandati, an ei etiam denegetur exceptio realis, ut, si animo donandi intercesserit. n. 12. fol. 889.

Fidejussio mulierum, colonorum, vulgarium civium, & plebejorum, &c.

An mulieres fidejubere possint. n. 1. fol. 891.

An coloni, & vulgares cives, sive plebei. n. 2. fol. 891.

Quare isti in fidejussionibus ad certas solemnitates adstringantur, & non in emptione, & venditione. n. 3. fol. 892.

Quæ sit differentia inter intercessiones mulierum, & plebejorum hominum, sive rusticorum. n. 4. fol. 892.

Quinam vocentur rustici, & utrùm dentur rustici, qui simul sunt cives. n. 5. fol. 892.

Quinam cives pro vulgaribus, & vilibus personis habendi. n. 6. fol. 892.

An fidejussio rusticorum, & vulgarium civium debeat fieri judicialiter, & super ea instrumentum erigi, si summa notabilis sit. n. 7. fol. 893.

Quæ sũma dicatur considerabilis. n. 8 fol. 893.

Coram quo Judice instrumentorum erectio, & insinuatio fidejussionis ad prothocollum facienda. n. 9. fol. 893.

An

An sint actus meræ facultatis, & qui dicantur actus liberæ voluntatis. n. 10. fol. 893.

Cùm plebei homines certiorandi sint, utrùm hoc à Judice, & magistratu, vel alio fieri debeat. n. 11. fol. 894.

Quæ in hanc certiorationem veniant. n. 12. fol. 895.

An sit eadem certioratio, quæ necessaria est ad renunciationem beneficiorum fidejussoribus competentium. n. 13. fol. 895.

Si non constet de certioratione ex prothocollo, aut instrumento publico, an fidejussio sit invalida. n. 14. fol. 895.

An bona emphyteutica sine consensu domini in contractu fidejussorio obligari, & utile dominium in executionem deduci possit. n. 15. fol. 896.

Utrùm plebei homines dispositioni, & solemnitatibus Juris in favorem ipsorum introductis renunciare possint. n. 16 fol. 896.

Quid si tali renunciationi Juramentum accedat. n. 17. fol. 897.

An non de Jure Bavarico creditor puniatur, si exigat in tantum, quanta est summa fidejussionis cum renunciatione factæ. n. 18. & 21. fol. 897. & 898.

Cui cedat hæc pœna, fidejussori, vel fisco. n. 19. fol. 897.

An non creditor fidejussorem nihilominùs vi Juramenti ad solutionem compellere possit, licèt inde sibi nihil, sed fisco acquirat. n. 20. fol. 898.

Quot adhuc sint casus, in quibus hæc dispositio Juris extra renunciationem locum non habeat. n. 22 & 24. fol. 898. & 899.

Fidejussio plebejorum hominum est ipso Jure nulla, mulieris verò tantùm ope exceptionis, unde nec per geminationem corroborari potest. n. 23. fol. 899.

An hæc dispositio etiam extendatur ad fidejussiones, quæ fiunt à plebeis. n. 25. fol. 899.

Si pro rustico, vel plebejo extrajudicialiter fidejubente nobilis persona subfidejubeat, an gaudeat beneficio hujus constitutionis. n. 26. fol. 899.

Quid dicendum de fidejussore indemnitatis. n. 27. fol. 900.

Quid de subalterno? opinio D. Rath impugnatur. n. 28. fol. 900.

Solvuntur objectiones. n. 29. fol. 901.

An tali nobili fidejussori, & subalterno detur actio mandati contraria. n. 30. fol. 902.

Subfidejussori mulieris datur actio mandati contraria, cur non etiam subfidejussori plebei hominis. n. 31 fol. 902.

Fidejussionis finis.

Quando fidejussio ipso Jure exspiret, & quid si de certo tempore conventum, vel fidejussio sub conditione, aut ad diem inita fuerit. n. 1. & 10. fol. 903. & 906.

Quid si nullum tempus præfixum sit, quamdiu duret. n 2. fol. 903.

Qui diu stat in fidejussione, an possit petere liberationem. n. 3. fol. 904.

An non aliud sit, diu stetisse in promissione, & diu stetisse in obligatione. n. 4. fol. 904.

An fidejussores officialis Electoralis teneantur, in fidejussione tamdiu stare, donec officialis moriatur, vel officio decedat. n. 5 fol. 904.

Quid si debitor bona sua incipiat dilapidare, ita ut fidejussori periculum immineat. num. 6. fol. 905.

Vel ex quibus adhuc aliis causis fidejussor liberationem à fidejussione petere possit. num. 7. fol. 905.

Quid si fidejussor peregrè proficisci velit. n. 8. fol. 906.

An inter illum, & debitorem inimicitiæ capitales oriantur. n. 9. fol. 906.

Utrùm fidejussori necessaria sit actio ad liberationem, quando obligatio fidejussoria per solutionem, compensationem, delegationem, vel successionem fuerit sublata. n. 11. fol. 906.

An fidejussor ad se liberandum, necesse habeat, ut debitor principalis ipsi pecuniam subministret. n. 12. fol. 907.

Si plures sint fidejussores, an liberatio ab uno petita etiam prosit reliquis. n. 13 fol. 907.

Si fidejussor intercessit pro duobus correis, an possit agere ad liberationem contra utrumque, quando unus incipit bona sua dilapidare. n. 14. fol. 907.

Fidejussor an, & quando à fidejussione liberetur, si principalis prorogationem termini obtineat.

An fidejussores à fidejussione liberentur per prorogationem termini ad solutionem constituti à creditore factam sine illorum consensu. n 1. fol. 908.

Quid de Jure Bavarico circa istam quæstionem statuatur. n. 2. fol 909.

Si creditor debitori expressè denunciet, quod illi ulteriorem fidem habere nolit, postea novam dilationem concedat, an non censeatur facta novatio. n 3. fol. 909.

An fidejussor etiam teneatur ad usuras in termino prorogato decursas. n. 4. fol. 910.

Si quis pro officiali Principis ad certum tempus fidejusserit, an liberetur ab obligatione elapso termino, licèt administratio officii in plures annos prorogata fuerit. n. 5. fol. 910.

Quid dicendum, si quis fidejusserit pro publicanis, sive octavariis. n. 6. fol 911.

Quid si pro conductore privato. n. 7. fol. 911.

Quando fidejussor novæ prorogationi præsens est, & non contradicit, licèt antea protestatus fuerit, se post lapsum termini ampliùs obligatum esse nolle, an non censeatur refidejussisse. num. 8. fol. 911.

Fidejussio mulieris pro extraneo.

Quid dicendum de mulieris intercessione pro extraneo. n. 1. fol. 136.

Quando mulier renunciare Vellejano possit in fidejussione pro extraneo. n. 2. fol. 136.

Quid si pecunia, pro qua mulier fidejussit, in ipsius utilitatem conversa sit. num. 3. fol. 137.

An hoc tantùm extendatur ad mutuum, vel ad omne dubium. n. 4. fol. 137.

Quid si mulier ad interventionem pecuniam, sive munera acceperit. n. 5. fol. 137.

Quæ quantitas requiratur. n. 6. fol. 137.

An mulier Vellejano gaudeat, si bis pro uno debito fidejusserit. n. 7. & 8. fol. 138.

Quantum temporis interstitium inter repetitas intercessiones requiratur. n. 9. fol. 138.

An intervallum biennij sufficiens sit. num. 10. fol. 138.

A quo tempore geminata intercessio vires suas requirat. n. 11. fol. 138.

Ad quid hoc scire prosit. n. 12. fol. 139.

An exceptio Vellejani detur etiam mulieris hæredibus, & fidejussoribus. n. 13. & 14. fol. 139.

Quid si mulier se obliget ut correa cum marito in eodem instrumento. n. 15. fol. 140.

Quatenus hæc mulieris prætensio se extendat. n. 16. fol. 140.

Quid si nihil utilitatis ad mulierem pervenit. n. 17. fol. 140.

Quæ ad versionem probatio requiratur. n. 18. fol. 141.

Quid si maritus pro contractu mutui ab uxore celebrati fidejubeat. n. 19. fol. 141.

An uxor cum mariti voluntate validè intercedere possit. n. 20. fol. 141.

Quæ differentia sit, si mulier se obliget pro marito per intercessionem, vel cum eo tanquam correa. n. 21. fol. 142.

Quid certiorari incumbat, si mulier se tanquam correa constituit cum marito. num. 22. fol. 142.

An renunciatio Auth: si qua, &c. præjudicet privilegio beneficij prælationis. n. 23. fol. 142.

Quid si mulier Auth: si qua, &c. non renunciaverit, sed privilegiis tacitæ hypothecæ, & prælationis. n. 24. fol. 143.

Quæ solemnitates requirantur ad renunciationem mulieris, quam solùm facit Auth. si qua, &c. n. 25. fol. 143.

An saltem mulieris certioratio requiratur. n. 26. fol. 144.

Quatenus mulier causam dotis deteriorem facere possit. n. 27. fol. 144.

Forum.

Cum quibus titulis Juris communis iste titulus conveniat. n. 1. fol. 698.

Quomodò jurisdictionalia in Patria nostra sint subordinata. n. 2. fol. 698.

Quæ jurisdictio vocetur maxima, medioxima, & minima. n. 3. fol. 698.

Jurisdictio bassa etiam civitatibus, & oppidis concessa est, sed non ita plenariè, uti nobilibus. n. 4. fol. 698.

Quando plenaria bassa jurisdictio nobilibus fuit impertita. n. 5. fol. 699.

Quibus competat jurisdictio bassa. num. 6. fol. 699.

Quæ differentia Jurisdictionis inter bona hoffmarchialia, & separata. n. 7. fol. 699.

Quæ sit Jurisdictio minima, & an in usu. n. 8. fol. 699.

An actio realis institui debeat in loco rei sitæ. n. 9. fol. 699.

Quid si actio realis instituitur super re mobili. n. 10. fol. 700.

An quod statuitur de rei vindicatione, etiam de aliis actionibus realibus sit intelligendum. n. 11. fol 700.

An verbum, Gericht / *sumatur materialiter pro loco, vel formaliter pro Jurisdictione. n. 12. fol. 700.*

An etiam in causa feudali ibi actio realis intentari debeat, ubi res sita sit, n. 13. fol 700.

Quid si vasalli sint clerici. n. 14. fol 701.

Inter duos convasallos litigantes Jurisdictio ad curiam feudalem pertinet. n. 15. fol. 701.

Quid si is, qui convenitur, ipsemet in loco rei sitæ Jurisdictionem habeat. n. 16. fol. 701

An clerici in realibus, & ratione bonorum suorum coram Judice laico conveniri possint. n. 17. fol. 701.

Quid si consuetudo sit, clericos coram judice sæculari conveniendi in realibus. n. 18 fol 702.

An non in arbitrio actoris consistat, clericum etiam in realibus coram Judice Ecclesiastico convenire. n. 19. fol. 702.

Furtiva res.

An etiam furtum vitium sit, quod redhibitioni locum faciat. n. 1. fol. 430.

An res furtiva sit domino sine pretii refusione restituenda. n. 2. fol. 430.

Quid si quis scienter rem furtivam emat. n. 3. fol. 431.

An tamen vindicans dominiũ probare debeat. n. 4. fol. 431.

Quid si res furtiva ematur palàm, & in publico. n. 5. fol. 431.

Quid si in nundinis hebdomadalibus, aut à proxenetis. n. 6. & 7. fol. 431.

Quomodò hæc constitutio de proxenetis intelligenda sit. n. 8. fol. 431.

An probatio actionis Publicianæ sufficiat ad rem repetendam sine refusione pretii. num. 9. fol. 432.

Quomodò probatio rei furtivæ fiat. num. 10. fol. 432.

Quomodò antiquitus probatio fuerit admissa. n. 11. fol. 432.

Quomodò feripetæ puniantur. n. 12. fol. 433.

Quare articulus noster loquatur etiam, von den verlohrnen Sachen. *n. 13. fol. 433.*

Quid si res furtiva pereat apud tertium possessorem. n. 15. fol. 433.

Quid si apud bonæ fidei emptorem pereat, sed ex ipsius culpâ. n. 16. fol. 433.

Quid si emptor dolo desièrit possidere. n. 17. fol. 434.

An competat domino adversùs culposum emptorem actio legis Aquiliæ. n. 18. fol. 434.

An non actio in factũ subsidiaria. n. 19. fol. 434.

Quid si res fuerit empta à militibus amicis. n. 20. fol. 434.

Quid si rem non suo, sed domini nomine emat. n. 21. fol. 434.
An talis pretii repetitionem habeat. num. 22. fol. 434.
Quid si quis rem furtivam bona fide emptam consumpserit. n. 23. fol. 435.
Quid si fur, vel raptor adhuc in vivis, & solvendo sit. n. 24. fol. 435.
Quid si bonæ fidei possessor talem rem iterum alienaverit. n. 25. fol. 435.
Quid si res furtiva apud bonæ fidei emptorem fructificaverit. n. 26. fol. 435.

Feudum.

Olim feudalium æquè, quàm allodialium bonorum alienatio permissa fuit. n. 1. fol. 706.
Quid si dominus, feudo legitimè alienato, illi, in quem alienatio facta est, investituram neget. n. 2. & 13. fol. 706. & 708.
Ad alienationem feudi olim instrumentatio domini requirebatur, &, ut sic consensus domini, nihil ergo hodie speciale habet. n. 3. fol. 606.
Utrùm, & instrumenti erectio, & consensus domini hodie requiratur. n. 4. fol. 606.
Consensus est necessarius de necessitate pura, & absoluta, item, & erectio instrumenti, dominus tamen consensum præstare non tenetur. n. 5. 6. 7. & 8. fol. 707.
An domino feudali erectio instrumenti in omni casu competat. n. 9. fol. 707.
In emphyteuticis dominus emphyteuticus non habet Jus sigillandi, sed ordinarius judex, ergo neque in feudalibus. n. 10. fol. 707.
Sigillatio domino in Jure suo nihil præjudicat, sive clausula salvo Jure, &c. adjecta sit, sive non. n. 11. fol. 708.
Talis alienatio neque qualitatem feudi immutat, neque ejus naturam tollit. n. 12. fol. 708.
An in feudo antiquo consensus domini sufficiat, vel etiam requiratur consensus omnium agnatorum. n. 14. fol. 709.
Utrùm deficiente consensu omnium agnatorũ alienatio sit nulla. n. 15 fol. 709.
Si feudum antiquum a patre alienatum à filio revocatur, filius tenetur ad restitutionem pretij, non item agnati. n. 16. fol. 709.

Feuda bursatica.

Quæ feuda bursatica dicantur, & quæ censitica. n. 1. & 3. fol. 710.
Qualis sit differentia inter relevium, & laudemium. n. 2. fol. 711.
An feuda bursatica post mortem vasalli transeant ad hæredes. n. 4. fol. 711.
An intra annum, & diem requiri, & recognosci debeant. n. 5. fol. 711.
An sine præscitu, & consensu domini in extraneum alienari possint. n. 6. fol. 711.
Utrùm alienatio sine consensu sit nulla. n. 7. fol. 711.
An non dominus consensum ex justa causa denegare possit. n. 8. fol. 711.
Quid si sine legitima causa eum deneget. n. 9. fol. 711.
An in recognitionem horum feudorum relevium aliquod solvendum. n. 10. fol. 712.
Quanā sint feuda hæreditaria, & à quo à bursaticis differant. n. 11. fol. 712.
An per admissionem fœminarum ad successionem feudalem feudum evincatur hæreditarium. n. 12. fol. 712.
An feuda quædam fœminea rectè feuda ex pacto, & providentia dici possint. n. 13. fol. 712.
An in tali feudo fœmineo, ex pacto, ex providentia consensus agnatorum ad alienationem requiratur. n. 14. fol. 712.
An in feudo bursatico consensus domini non solùm requiri, sed etiam obtineri debeat, uti in feudo hæreditario. n. 15. fol. 713.
An hoc tantùm intelligendum sit de feudo fœmineo antiquo ex pacto, & providentia. n. 16. fol. 713.

Feuda emptitia.

An fœminæ in feudis emptitiis ad successionem admittantur. n. 1. fol. 714.
An idem Jus sit, sive feudum à domino, vel à vasallo fuerit emptum. n. 2. & 8. fol. 714. & 716.
Quid si feudum alio titulo oneroso, quàm empti, & venditi fuerit acquisitum. n. 3. fol. 715.
Quid si in nova investitura expressè conveniatur, ut feudum emptitium ad solos masculos transeat n. 4. fol. 715.
Cui in feudo emptitio præstatio servitiorũ personalium incumbat. n. 5. fol. 715.
Quid si res feudalis vendita fuerit non pro condigno, sed minori pretio. n. 6. fol. 715.
An fœminæ in feudo emptitio simultaneè, & promiscuè cum masculis succedant. num. 7. fol. 716.
Quid si de hoc expressè in investitura mentio fiat. n. 9. fol. 716.
An fœmina semel exclusa masculo mortuo ad feudum regressum habeat. n. 10. fol. 717.
An in feudis emptitijs clerici uti fœminæ ad successionem admittantur. n. 11. fol. 717.
Si fœmina cum clerico concurrat, an clericus eam excludat. n. 12. fol. 718.
An Religiosi Societatis JESU feudorum capaces sint. n. 13. fol. 718.

Feuda familiæ.

An fœminæ etiam feudum dare, & alium investire possint. n. 1. fol. 718.
De quibus bonis receptitijs tantùm, vel etiam paraphernalibus, & dotalibus. n. 2. fol. 719.
Quid de feudo antiquo. n. 3. fol. 719.
An fœminæ etiam in feuda familiæ investire possint. n. 4. fol. 719.
Quæ dicantur feuda familiæ, & quæ communia, Schloß-Lehen. n. 5. fol. 719.
In quo hic articulus ab antiquis statutis Bavaricis discrepet. n. 6. fol. 719.
Quotuplicia sint feuda. n. 7. fol. 720.
An non saltem fœminæ in defectum masculorum etiam Jus in feuda familiæ investiendi habeant. n. 8. fol. 720.

Vel,

Vel, an non Principi terræ tanquam bonum vacans cedat. n. 9. fol. 720.

Quæ observantia, & quasi possessio antiquissima curiæ nostræ feudalis. n. 10. fol. 721.

Cur hoc Jus vocetur Regium. n. 11. fol. 721.

Feudum non potest vendi sine consensu domini directi.

Alienatio feudi sine consensu domini est ipso Jure nulla. n. 1. fol. 722.

Ita quidem, ut dominus propria authoritate illud occupare possit. n. 2. fol. 722.

An hoc de omnibus feudis sit intelligendum. n. 3. fol. 722.

An etiam in feudo ad lubitum alienabili. n. 4. fol 723.

Tale feudum non detur. n. 5. fol. 723.

An consensus expressus requiratur, vel, an non sufficiat tacitus. n. 6. fol. 723.

Utrùm in omni alienatione feudi, imò, & subinfeudatione consensus domini necessarius sit. n. 7. fol. 723.

An consensus datus debeat esse stricti Juris. n. 8. fol. 724.

Utrùm sub consensu ad alienandum præstito etiam hypothecatio comprehendatur. num. 9. fol. 724.

Quid si vasallus se tantùm personaliter obligaverit. n. 10. fol. 724.

Quid si feudum alienatum, sed non traditum fuerit. n. 11. fol. 724.

An confessio alienandi ad hæredes transeat. n. 12. fol. 724.

An dominus invito vasallo proprietatem feudi alienare, & in alium transferre possit. n. 13. fol. 725.

An non in feudis antiquis præter consensum domini etiam consensus agnatorum requiratur. n. 14. fol. 725.

Quæ feuda vocantur, umbgehende Lehen / *sive ex pacto, & providentia. n. 15. fol. 725.*

Feudi investitura.

Quando vasallus, si intra annum, & diem feudi investituram non petierit, feudum amittat. n. 41. fol. 726.

Quid si jus investiendi inter duos, vel plures dominos sit litigiosum. n. 2. fol. 726.

An post litigium vasallo primùm incipiat currere annus, & dies. n. 3. fol. 726.

Utrùm vasalli in singulis mutationibus feudi ad recognoscendum necessariò citari debeant. n. 4. fol. 726.

Feudi dominum, si nesciat vasallus, quid debet facere.

An annus, & dies petendi renovationem currat ignoranti, vel incipiat à tempore notitiæ. n. 1. fol. 728.

Quid si vasallus nesciat, bonum feudale esse, vel ignoret dominum, aut non sciat, ubi degat. n. 2. fol. 728.

An articulus loquatur de casu mutationis ex parte vasalli, vel domini contingentis. n. 3. f. 728.

Si dominus est absens, quomodò vasallus se gubernare debeat, ne feloniam incurrat. num. 4. fol. 728.

An dies, & annus à tempore mortis vasalli computetur, vel à decursu termini Judicialis pro ulteriori indagatione domini dati. n. 5. fol. 729.

An in absentia domini subfeudatarii investitura coram Principe terræ, vel subfeudatarii domino directo fieri debeat. n 6. fol. 729.

Quid ipse dominus post reditum ad supplendam à se neglectam investituram agere debeat. n. 7. fol. 730.

Quomodò absentia probanda sit. n. 8. fol. 730.

An hæc omnia solummodò intelligenda sint de feudis privatorum, vel etiam de feudis a Principe concessis. n. 9. fol. 730.

An Principis in casum absentiæ suppletiva investitura post reditum domini fiat ipso Jure nulla. n. 10. fol. 730.

An Principi, qui supplet investituram, solvendæ sint expensæ instrumentales, an verò domino suo tempore restituendæ, vel à vasallo duplicandæ. n. 11. fol. 731.

Quid dicendum de relevio, an etiam solvendum, posteà restituendum, vel duplicandum. n. 12. fol. 731.

Feudæ apertura, vel felonia.

Quando feudum revertatur ad dominum. n. 1. fol. 732.

Quæ differentia inter aperturam, & feloniam. n. 2. fol. 733.

An in hoc duplici casu dominus vasallum propria authoritate possessione rei feudalis destituere possit. n. 3. fol. 733.

Quid si felonia, vel apertura sit notoria, & non dubia, vel litigiosa. n. 4. fol. 733.

An non dominus feudum vacuum propria authoritate occupare possit. n. 5. fol. 733.

An possessio ipso Jure à vasallo defuncto transeat in hæredem, vel opus sit naturali apprehensione. n. 6. fol. 734.

Quid si statuto cautum, ut possessio in hæredem sine apprehensione ipso Jure transeat, an locum habeat in feudalibus. n. 7. fol. 734.

Quid si dominus possessionem vacantem apprehendat, & intra annum, & diem nullus feudum prætendat. n. 8. fol. 734.

An iste annus sit utilis, vel continuus. n. 9. fol. 734.

An omnes exceptiones admittantur in vasallo putatitio, quæ in vero successore feudali intra annum, & diem feudum non recognoscente. n. 10. fol. 734.

An dicta annalis præscriptio præjudicet absenti. n. 11. fol 734.

Si per plures annos absens sit, an non in feudalibus, sicut in allodialibus, tempus præscriptionis duplicetur. n. 12. fol. 735.

Solvitur objectio, & explicatur Art. 1. Tit. 9. n. 13. fol. 735.

An iste decursus anni, & diei sit vera præscriptio, vel potiùs jus caducitatis. n. 14. fol. 735.

Si vasallus delictum committat, & abit peregrè, an possessio vacua dici possit. n. 15. fol. 736.

Quid si vasallus absens occupationem à domino factam sciverit, & intra annum, & diem acquieverit, an per hoc Juri suo non renunciaverit. n. 16. fol. 736.

Quid si vasallus malefactor super spolio egerit, dominus autem exceptionem caducitatis opposuerit, & oppositioni huic vasallus tacitè consenserit. n. 17. fol. 736.

An vasallus vim domini spoliantis sine felonia vi repellere possit. n. 18. fol. 737.

Feudalis investituræ subscriptio, & sigillatio.

An subscriptio, & sigillatio à domino feudi alteri committi possit. n. 1. fol. 738.

Utrùm alienationes feudi inscijs dominis, & sine erectione instrumentorũ sint nullæ, & quidem sub pœna privationis. n. 2. fol. 738. (fol. 738.

An idem de oppignoratione sit dicendum. n. 3.

Quid, si oppignoratio facta fuerit pro conservatione feudi, in extrema necessitate belli, famis, &c. n. 4. fol. 738.

An privatio feudi obtineat, si alienatio per traditionem nondum fuit consummata n. 5. fol. 739.

An ficta traditio per constitutum sufficiat. n. 6. fol. 739.

An etiam feudum oppignoratum actualiter, sive realiter debeat esse traditum. n. 7. fol. 739.

An privatio feudi sit pœna, quæ pertinet ad fiscum, vel dominum. n. 8. fol. 739.

Si alienatio notoria est, potestne dominus sine Judicis sententia declaratoria vasallum privare. n. 9. fol. 739.

Si emptor est in bona fide, ignorans rem esse feudalem, potestne dominus ad caducitatem agere. n. 10. fol. 739.

An etiam alienatio feudi bursatici sine consensu domini sit ipso Jure nulla, & caducitatem importet. n. 11. fol. 740.

Feudum sine consensu domini in testamento relictum, & apprehensum non redditur caducum, sed transit ad hæredes, ad quos jure successionis ab intestato pertinet. n. 12. fol. 740.

An inter species alienationis etiam numeretur contractus emphyteuticus, &c. n. 13. fol. 740.

Feudale relevium.

An dominus novam investituram gratis concedere debeat. n. 1. fol. 742.

Quæ sit quantitas hujus præstationis, &, an eadem tam in feudis bursaticis, quàm equestribus. n. 2. fol. 742.

Qualis præstatio, sive quantitas in curia nostra feudali observetur. n. 3. fol. 743.

An in feudis bursaticis relevium commensuretur pretio rei alienæ, vel veræ ejus æstimationi. n. 4. fol. 743.

Utrùm pro relevio certa, & uniformis, major, vel minor præstatio, quam vigesima pars præscribi possit. n. 5. fol. 743.

Quale tempus ad hanc præscriptionem requiratur. n. 6. fol. 744.

Quid si intra triginta annos casus relevij non evenerit, an per hoc præscriptum sit actioni. n. 7. fol. 744.

In quibus casibus renovatio feudi fieri, & relevium solvi debeat. n. 8. fol. 745.

An liceat, in aliqua familia pactum facere, ut semper senior investituras faciat, & relevia recipiat. n. 9. fol. 745.

Si plures sint vasalli, an uno mortuo totum, & integrum relevium debeatur, vel inter illos dividatur. n. 10. fol. 745.

An hæc divisio relevij intelligenda etiam sit de feudis equestribus. n. 11. fol. 746.

Quando eveniat recognitio universalis, oder ein Haubt-Fall. *n. 12. fol. 746.*

Quinam dicantur casus, sive mutationes particulares. n. 13. fol. 746.

An etiam filius, qui cum patre est una eadémque persona, ad relevium teneatur. n. 14. fol. 746.

Quid si filius cum patre in solidum simultaneè sit investitus. n. 15. fol. 746.

An filius succedens patri in emphyteusi ad novum laudemium teneatur. n. 16. fol. 746.

Utrùm laudemium, sive relevium ex quolibet contractu, & mutatione debeatur. n. 17. fol. 746.

Quid si dominus filio suo in vivis resignet. n. 18. fol 747.

Si vasallus feudum filio suo cedens tenetur ad recognitionem, cur non etiam, si dominus feudi jus directi dominij in filium cedit. n. 19. fol 747.

Quid si vasalli persona per spontaneã resignationem mutatur, uti fit subinde in Prœlatis, &c. n. 20. fol. 747.

Quando superiores alicujus ordinis triennio mutantur, quis modus in curia feudali observetur per constitutionem curatoris. n. 21. & 43. fol. 747.

Intra quod tempus relevium sit solvendum. n. 22. fol. 748.

An sub comminatione, & pœna caducitatis contra non solventem relevium procedi possit. n. 23. & 24. fol. 748.

Quænam actio detur domino ad consequendum relevium, & coram quo judice illa sit instituenda. n. 25. fol. 748.

An etiam relevium inter præstationes dominicales referatur, & hypothecâ tacitâ cum prælatione gaudeat. n. 26. fol. 749.

An mortuo vasallo dominus feudi justè possit duplex relevium exigere, unum pro morte vasalli, & alterum pro admissione hæredum ad successionem feudi. n. 27. fol. 749.

Quid si divisio feudi inter cohæredes fiat, an non sit nova mutatio. n. 28. fol. 749.

Quid si longo tempore in communione maneant, & post multos annos ad divisionem provocent. n. 29. fol. 749.

Quando autem plures cohæredes uni ex ipsis feudum in solidum cedunt, an integrum relevium solvi debeat. n. 30. fol. 749.

An unicum tantùm relevium debeatur, vel duplex, uti in laudemio, &, an non etiam duplex per consuetudinem introduci possit. n. 31. fol. 750.

Quan-

Quantum tempus ad præscribendam talem observantiam requiratur. n. 32. fol. 751.
In quo casu triennalis præscriptio duplicis relevij sufficiat. n. 33. fol. 751.
Cur statuta solummodò prohibitionem duplicis relevij fecerint in casum mortis, & non etiam in alienatione, vel alijs contractibus inter vivos. n. 34. fol. 751.
Utrùm etiam duplex laudemium non debeatur in casum mortis emphyteutæ, nisi ex observantia hoc introductum sit. n. 35. fol. 751.
Consuetudo majoris efficaciæ est, quàm præscriptio. n. 36. fol. 752.
Quot modi sint simplicis, vel duplicis relevij probandi, & qualis per præscriptionem, vel consuetudinem. n. 37. fol. 752.
Quis modus probationis per litteras concessionis. n. 38. fol. 752.
Vel per reversales. n. 39. fol. 753.
Aut libros feudales dominorum. n. 40. fol. 753.
An relevium sit solvendum ad mortem principalis, vel curatoris constituti. n. 41. fol. 753.
Quid dicendum ad mortem tutorum. n. 42. fol. 753.
An in locum mortui curatoris non sit alius substituendus. n. 44. fol. 753.
Si feuda in manus mortuas deveniant, aut etiam casus mortis à persona curatoris dependeat. n. 45. fol. 754.
Si in uno anno dominus, & vasallus moriantur, vel plures mutationes contingant, an plus, quàm unum relevium debeatur. n. 46. fol. 754.
Si post mortem domini recognitio facta fuerit, postmodùm cohæredes domini inter se dividant, vel uni soli cedant, an nova requiratur recognitio. n. 47. fol. 754.
Si feuda equestria masculina in subfeuda dentur, interim autem aperiantur, vel fiant caduca, an subvasalli ad nova relevia teneantur. n. 48. fol. 755.
An hæres domini mediati à subvasallis relevia exigere possit, si dominus superior investiens adhuc vivat. n. 49. fol. 755.
An relevium debeatur ex alienatione necessaria, sive sub hasta facta. n. 50. fol. 756.

H.

Hypotheca.

Quæ sit differentia inter pignus, & hypothecam. n. 1. fol. 932.
An ad constituendam hypothecam de Jure Bavar: pro forma, & solemnitate actûs requiratur scriptura. n. 2. fol. 932.
Quæ scripturæ, & litteræ dicantur authenticæ. n. 3. fol. 932.
Si quis ante longum tempus hypothecam constituit, sed primùm hodie instrumentum erigi curavit, an cedere debeat omnibus hypothecis intermedio tempore constitutis. n. 4. fol. 933.
An præferantur hypothecarii creditores intermedij à domino constituti primo tantùm constituto à procuratore, & mandatario, etsi subsequatur ratihabitio domini. n. 5. fol. 933.
Utrùm in hypothecatione feudi, vel emphyteusis requiratur præter consensum etiam domini directi instrumentatio. n. 6. fol. 934.
An hypotheca sine scriptura ante constitutiones Bavaricas constituta valeat. n. 7. fol. 934.
Quando maritus sub hypotheca suorum bonorum dotem assecurat, an dotalitium pro valore hypothecæ sufficiens instrumentum sit. n. 8. fol. 934.
An hypothecatio civium in pactis dotalibus facta cedere debeat hypothecarijs instrumentis judicialiter erectis. n. 9. fol. 935.
Utrùm instrumentum æquè requiratur in hypotheca generali, sicut speciali. n. 10. & 20. fol. 935. & 938.
Debitor potest vendere hypothecam, ita tamen, ut res transeat cum onere, sive creditor alienationi consentiat, vel non, & hoc de Jure communi. n. 11. fol. 936.
An non de Jure Bavarico aliud sit statutum, & quid. n. 12. fol. 936.
Si debitor creditori non denunciaverit alienationem, an alienatio sit nulla. n. 13. fol. 936.
In quam pœnam incidat debitor, si denunciationem negligat. n. 14. fol. 936.
Quid si debitor rem hypothecâ nexam pro libera vendat. n. 15. fol. 937.
Quando sine præscitu creditoris alienatio rei specialiter hypothecatæ fit, an novo possessori beneficium excussionis, & ordinis denegetur. n. 16. fol. 937.
Sed quid si creditor consentiat ad alienationem, & quidem formaliter. n. 17. & 18. fol. 937. & 938.
An in alienatione hypothecæ generalis etiam creditoris denunciatio, & consensus requiratur, ad hoc, ut novus possessor exceptionem ordinis opponere possit. n. 19. fol. 938.

I.

Immissio.

Quomodò jus immissionis probetur per instrumenta, durch die Einsatz-Brieff. *n. 1. fol. 1025.*
An probatio prioris immissionis etiam per testes fieri possit, & quomodò. n. 2. fol. 1026.
Si unus ex creditoribus pignus judiciale documento probet, alter verò per judicem, vel testes, qui erit potior. n. 3. fol. 1026.
An judicis attestatio de posteriori immissione prævaleat instrumento extrajudiciali, per quod notoriè de priori immissione constat. n. 4 fol. 1026.
Quæ sit distinctio facienda inter instrumentum constitutivum, & probativum pignoris. num. 5. fol. 1026.
Utrùm, & quando creditor conventionalis, qui rei oppignoratæ traditionem accepit, creditori posteriori ex causa judicati immisso præferatur. n. 6. fol. 1027.
Quodnam sit discrimen inter dispositionem hujus articuli, & Art. 21. Tit. 2. deß Gandt-Proceß. *n. 7. fol. 1028.*
Solvuntur duæ difficultates ex Art. 4. Tit. 29. Reform. de Anno 1588. n. 8. fol. 1029.

An ea, quæ dicta sunt de jure pignorum immobilium, etiam locum habeant in pignoribus rerum mobilium n. 1. fol. 1030.
Qualis casus ponatur in hoc articulo, n. 2. fol. 1031.
Si duo certent de re mobili in pignus data, quid vi hujus articuli observari debeat. n. 3. fol. 1032.
An reus conventus debeat jurare, quòd sibi non primùm post litem captam in eadem re pignus malitiosè procuraverit, & , an sit juramentum purgatorium, vel probatorium. n. 4. fol. 1032.
Utrùm præcisè obligetur ad juramentum, vel etiam alijs probationibus uti possit. n. 5 fol. 1032.
Quid si lis capta sit, sed non contestata. n. 6. fol. 1033.
Annon actor debeat probare, sibi priùs pignus fuisse constitutum, & , àn ista probatio debeat æquè fieri per juramentum. n. 7. fol. 1033.
An etiam reo convento injungi possit probatio temporis constituti pignoris. n. 8. fol. 1033.

L.

Læsio.

Quomodò dissolvatur contractus emptionis, & venditionis per remedium legis. 2. Cod. de rescindenda venditione. n. 1 & 2. fol. 458.
Quomodò hoc beneficium emptori, & venditori commune sit. n. 3. fol. 458.
Quomodo ex parte emptoris læsio computanda sit. n. 4. fol. 458.
Exempla tam in venditore, quàm in emptore computandæ læsionis. n. 5. 6. & 7. fol. 459.
Cujus sit electio, si venditor fuerit læsus ultra dimidium. n. 8. fol. 459.
Quid si læsus sit emptor, an resarcitio possit fieri in alia re, vel, an fieri debeat in pecunia. n. 9. fol. 459.
Quomodò debeat fieri æqualitas in resarcienda læsione, inter venditorem, & inter emptorem. n. 10. fol. 459.
Quid dicendum de læsione enormissimâ. n. 11. fol. 460.
Quare in læsione enormissima detur actio de dolo. n. 12. fol. 460.
Quid si etiam minor læsio ex proposito dolo fiat. n. 13. fol. 460.
Quæ, & qualis distinctio sit inter dolum dantem causam contractui, & inter dolum incidentem in contractum. n. 14. fol. 460.
Quid si alter contrahens dolum sciverit. n. 15. fol. 460.
An actio de dolo, & actio rescissoria ex l. 2. Cod. de rescind: vendit: simul concurrere possint. n. 16. fol. 461.
Quid si aliquis egit de dolo, sed dolum non probavit, probavit autem enormem læsionem, an judex super ea judicare possit, ac debeat. num. 17. fol. 461.
Quid si læsio contigerit, vi, aut metu. num. 18. fol. 461.
Quis sit justus metus. n. 19. fol. 461.
An actio, quòd metus causâ, &c. & actio ex l. 2. Cod. &c. cumulari possint. n. 20. fol. 461.
Quænam sit actio hæc ex l. 2. Cod. de rescind: vendit: n. 21. fol. 461.
An hæc lex. 2. dict. Cod. non solùm in contractibus emptionis, & venditionis, sed etiam in alijs locum habeat. n. 22. fol. 462.
An illa etiam ad transactionem adhiberi possit. n. 23. fol. 462.
Quid si enormissima sit. n. 24. fol. 462.
An res debeat restitui cum fructibus. n. 25. fol. 463.
An re restituta cum fructibus debeat etiam pretium restitui cum usuris. n. 26. fol. 463.
Quid si fructus adhuc pendentes sint. n. 27. fol. 463.
An fructus compensentur cum expensis necessarijs, aut utilibus. n. 28. fol. 463.
Quid si res apud emptorem pereat culpâ, vel casu fortuito. n. 29. fol. 463.
Quid si res pereat apud tertium possessorem sine culpa emptoris. n. 30. fol. 464.
Quid si emptor fuerit læsus à venditore, & res pereat. n. 31. fol. 464.
An hæc lex 2. dict. Cod. etiam locum habere possit in rebus mobilibus. n. 32. fol. 464.
An partes beneficio hujus legis renunciare possint. n. 33. fol. 465.
Quid si specialis renunciatio hujus legis facta fuerit inter partes. n. 34. fol. 465.
Quid si speciali renunciationi Juramentum accesserit. n. 35. fol. 465.
An ab hoc Juramento absolutio peti possit. n. 36. fol. 465.
Quid si juramentum solummodò ipsi contractui in genere accessit. n. 37. fol. 465.
Quid si quis ad renunciandum dolô inductus fuerit. n. 38. fol. 466.
Quanto tempore actio ex hac leg. 2. dict. Cod. præscribatur. n. 39. fol. 466.
An remedium hujus. 2. legis. Cod. dict. etiam locum habere possit in venditione. NB. cum pacto de retrovenditione, & quomodò. num. 40. fol. 466.
Quid si in venditione facta cum pacto de retrovendendo non tantùm enormis aliqua, sed enormissima læsio inter emptorem, vel venditorem dolo, culpa, vel casu fortuito intervenerit. n. 41. fol. 467.
An non potiùs talis contractus cum enormissima læsione sit usurarius, quàm omninò nullus. n. 42. fol. 468.
Quæ, aut qualis sit causa, quòd emptor in enormi læsione habeat electionem, & non etiam in enormissima. n. 43. fol. 468.
An non in conscientia oriatur obligatio, quando quis infra dimidium læsus est. n. 44. fol. 468.
An remedium hujus l. 2. Cod. de rescind. vend. in læsione hastali locum habeat. n. 1. fol. 477.
Quid si læsio fuerit enormissima, an nihilominùs locum habeat. n. 2. fol. 477.
In quibus casibus Jura nostra Bavarica Provincialia beneficium hujus l. 2. c. omninò excludant n. 3. fol. 478.
An etiam hi casus in enormissima læsione sint exclusi. n. 4. fol. 478.

Quare in his casibus præsumptio doli locum non habeat. n. 5. fol. 478.
An etiam verus dolus in istis casibus sit exclusus. n. 6. fol. 478.
Quid si verò res non fuerit sub hasta vendita, vnter dem Glockenstreich/ *sed solummodò à curatoribus cum approbatione judicis ordinarij. n. 7. fol. 478.*

Lex. 2. Cod. de rescind. vend. in oppignoratione.

An emptor rem sibi venditam oppignorare possit, antequàm venditor ex hac l. 2. ad rescissionem agit. n. 1. fol. 480.
Quid in casu ibi specificè expresso. n. 2. fol. 480.
Quid si venditor ante oppignorationem rescissionem jam petierit. n. 3. fol. 481.
Quid si emptor rem talem prorsùs alienaverit. n. 4. fol. 481.
An rescissa venditione resolvatur etiam pignus. n. 5. fol. 481.
Quid si emptor conqueratur de læsione ultra dimidium justi valoris. n. 6. fol. 482.
Quomodò intelligendum sit, quòd is, qui ultra dimidium læsus est, non habeat alternativam actionem. n. 7. 8. 9. 10. & 11. fol. 482. & 483.
Exponitur hæc materia per aliquod exemplũ. n. 12 & 13 fol. 483.
Explicantur doctorum de hac materia opiniones. n. 14. & 15. fol. 484.

Legitima.

Legitimæ quæstio, si movetur, inspiciendum est tempus mortis. n. 143 fol. 46.

Lex.

Legi prohibitivæ, & aliquam solemnitatem pro forma inducenti renunciari non potest. n. 136. fol. 43.

Liberi.

Liberorum appellatione unus quoque comprehenditur, & sine liberis decessisse non dicitur, qui unum reliquit. n. 7. fol. 148.

Libertas.

Quomodò per præscriptionem libertas aquiratur. n. 1. fol. 289.
Quæ conditiones requirantur. n. 2. fol. 289.
An homo liber pro servo præscribi possit. n. 3. fol. 290.
An jus agricolationis præscribi possit. n. 4. fol. 290.
Quæ præscriptio requiratur, ut quis servilis conditionis ex possessione boni fiat. n. 5. fol. 290.
Quanto tempore libertas præscribatur. n. 6. fol. 290.
Quid si homo proprius alienus venditus fuerit. n. 7. fol. 290.
Quid si ejus status sit controversus. num. 8. fol. 290.
Quomodò privilegia de proprijs hominibus in civitatibus receptis intelligenda sint. n. 9. fol. 290.
Quomodò servus libertatem consequatur propter sævitiem, & inclementiam domini. n. 10. fol. 290.
An dominus debeat priùs moneri. num. 11. fol. 291.
Quibus ex causis libertatẽ accipiat in præmium fidelitatis. n. 12. fol. 291.

Litteræ moratoriæ.

Quotuplicis generis sint litteræ moratoriæ. n. 1. fol. 822.
Si major pars creditorum inducias concesserit, an minor etiam eas admittere debeat. n. 2. & 4. fol. 823.
An induciæ tempus quinquenij excedere possint. n. 3. fol. 823.
Utrùm major pars debeat computari secundum numerum personarum, vel debitorum. n. 5. fol. 824.
Quid si numerus debitorum sit æqualis, an non postea præponderet numerus personarum. n. 6. fol. 824.
Quid si uterque numerus sit æqualis, an non ij præferendi, qui dignitate alios præcellunt. n. 7. fol. 824.
Quando autem omnimoda æqualitas adest, quid tunc faciendum. n. 8. fol. 824.
An unius pupilli plures tutores, vel curatores, item & correi constituant diversas personas in numero. n. 9. fol. 824.
Si unus debitor plura instrumenta obligationis pro debito habeat, an nihilominùs habeatur pro unica persona. n. 10. fol. 824.
An etiam in remissione, uti in concedendis inducijs, major, vel minor pars creditorum spectari debeat. n. 11. fol. 824.
Utrùm in dilatione à majori parte creditorum concessa nulla sit differentia inter hypothecarios. n. 12. fol. 825.
An non ista differentia facienda in creditoribus remissionem in debito facientibus. num. 13. fol. 825.
Quid si omnes creditores sint hypothecarij, an non saltem tunc major pars remissionem facere possit. n. 14. fol. 826.
An non major pars hypothecariorum potius, & antiquius jus habentium minori parti minùs privilegiatorum præferatur. n. 15. fol 826.
An dilatio, & remissio debitori concedenda, qui suâ culpâ solvendo esse desijt, & qui fortunæ vitio ad inopiam devenit. n. 16. fol. 826.
An de Jure Statutario hypothecarijs concessio remissionis, vel dilationis à majori parte facta præjudicet. n. 17. fol. 826.
Quid si major pars debitori totum debitum remittat, an ad hoc etiam minor teneatur. n. 18. fol. 826.
Quid si minor pars probet, majorem iniquè consensum dedisse. n. 19. fol. 827.
Quid si probet, debitũ unum, vel alterũ ex creditoribus majoris partis esse fictitiũ. n. 20 fol. 827.
An minor pars teneatur sequi judicium majoris, loquendo de creditoribus chyrographarijs privilegiatis. n. 21. fol. 827.

Quid si minor pars debita jurata habeat. n. 22. fol. 827.

Quid si debitor solvendo sit, teneturne adhuc minor pars, quæ debita jurata habet, consentire. n. 23. fol. 828.

Quando debitor obæratus de recenti merces emit, an etiam novus creditor majori parti assentire debeat. n. 24. fol. 828.

An requiratur, ut omnes creditores conveniant, vel extrajudicialiter, vel judicialiter citati. n. 25 fol. 828.

In quo conventio judicialis sit melior, & utilior. (n. 26. fol. 828.

Si creditores extrajudicialiter convenerunt, ut desuper decretum Judicis sit necessarium. n. 27. fol. 829.

An requiratur, ut debitor paratus sit bonis cedere, quando dilationem, vel remissionem non impetrat. n. 28. fol 829.

Et in cujus electione consistat, debitoris, vel creditorum cessionem admittere, vel dilationem, & remissionem indulgere. n. 29. fol. 829.

Utrùm falliti, & decoctores, &c. digni sint beneficio majoris partis creditorum dilationem, vel remissionem facientium. n. 30. fol. 829.

An creditor dissentiens saltem non possit convenire in solidum fidejussorem. n. 31. fol. 830.

An debitum remissum tam à consentientibus, quam dissentientibus repeti possit, postquam debitor ad pinguiorem fortunam devenerit. n. 32. fol. 830.

Locatio, & conductio.

Quid sit locatio prædiorum urbanorum, & an sit annalis, si nullum tempus præfixum est. n. 1. fol. 1057.

An locator non possit ante tempus conductorem expellere, si necessitas est domum reficiendi. n. 2. fol. 1058.

Vel, si dominus ipse pro usu proprio domum necessariam habeat. n. 3. fol. 1058.

Sed quid si locator conductori pactum fecerit de non expellendo, quamdiu pensionem conventam solvat. n. 4. & 6 fol. 1058. & 1059.

Aut, si post necessitatem supervenientem à conductore mercedem receperit. n. 5. fol. 1059.

In quantum propria necessitas extendi, & utrùm probari debeat. n 7. fol. 1059.

An non possit expelli inquilinus, si malè versetur in re locata, & quando quis dicatur malè versari. n. 8. fol. 1060.

An inquilinus expelli possit ob pensionem legitimo tempore non solutam. n. 9. fol. 1060.

Quantum temporis ad cessationem solutionis requiratur. n. 10. fol. 1061.

An locator conductorem ex dictis causis propria authoritate expellere possit, vel opus sit authoritate judicis. n. 11. fol. 1061.

An modo dicta de locatione prædiorum urbanorum etiam locum habeant in locatione prædiorum rusticorum. n. 12. fol. 1062.

Si dominus ipse ob propriam necessitatem prædium rusticum inhabitare velit, an possit conductorem expellere ante lapsum temporis constituti. n. 13. fol. 1062.

An etiam locator operarum à locatione discedere possit, si suis operis ipse indigeat. num. 14. fol. 1062.

Quando locator vult vendere domum, an debeat specialiter emptorem obligare, ne expellat inquilinum, &, si hoc omittat, an non teneatur, conductori omne damnum, & interesse præstare. n. 15. fol. 1063.

An hoc etiam intelligatur de omni alio contractu, permutationis, donationis, &c n. 16. fol. 1064.

Quando locator pro securitate contractûs conductori, domum hypothecavit, an conductor nihilominus à successore singulari expelli possit. n. 17. fol. 1064.

An requiratur specialis hypotheca, vel sufficiat generalis. n. 18. fol. 1064.

Utrùm super ista hypotheca etiam requiratur erectio instrumenti judicialis. n. 19 fol. 1065.

An non præter hypothecam specialem, vel generalem cautio, sive pactum de non alienando sit necessarium. n. 20. fol. 1065.

Quænam sit differentia inter hypothecam specialem, & generalem quoad effectũ, ne conductor expelli, vel ne res alienari possit. n. 21. fol. 1066.

Quid si conductor sibi solummodò de pacto, ne expelli, vel ne res alienari possit, providit, omissa hypotheca speciali, vel generali. n. 22. fol. 1066.

Annon dentur aliæ formulæ, quibus locator cum emptore uti potest, ne conductor expelli possit. n. 23. fol. 1068.

Quid si singularis successor conductori omne damnum, & interesse offerat, an cedere debeat conductor, licet sibi de hypotheca providerit. n. 24. fol. 1068.

An non excipiantur duo casus, in quibus conductor expelli potest, non obstante hypotheca sibi constituta. n. 25. fol. 1068.

An ex dictis casibus non solùm locatori, sed, & hæredibus, imò, & successori singulari jus expellendi conductorem competat. n. 26. fol. 1069.

Synopsis quædam totius hujus articuli, & materiæ. n. 27. fol. 1070.

Quando domus adeò ampla est, ut locator, & conductor, simul in ea habitare possint non obstante refectione, vel reparatione, an conductor emigrare teneatur. n. 28. fol. 1071.

An locator conductori ob malam grassationem expulso, partem mercedis remittere debeat, pro eo tempore, quo usum domûs non habet. num. 29. fol. 1071.

Si successor singularis pensionem conventam annuatim recipiat, an non tacitè censeatur ratihabere conductionem. n. 30. fol. 1071.

Successor singularis voluntarius non tenetur ad locationem antecessoris, an etiam necessarius. n. 31. fol. 1072.

Quid sit juris in eo, qui rem fisci conduxit? remissivè. n. 32. fol. 1072.

Quid si mulier alicui feudum locavit, quem postmodùm sponso suo in dotem dat, an maritus obligetur ad servandã locationẽ. n. 33. fol. 1072.

An locatio uxoris in bonis paraphernalibus facta sine præscitu mariti sit ipso Jure nulla. n. 34. fol. 1073.

An

An finito contractu locationis melioramenta, & expensæ in re conducta factæ repeti possint. n. 35. fol. 1073.

Locatarum rerum se moventium deterioratio.

Si V. G. equus locatoris damnum passus fuerit, an ei detur jus repetendi omne damnum, & interesse. n. 1. fol. 1074.

Quæ sit differentia inter actionem ex locato, & ex lege Aquilia. n. 2. fol. 1074.

An non conductor jurare debeat, pecus conductum, nec ex multo onere, aut agitatione damnum passum fuisse. n. 3. fol. 1075.

An hoc juramentum sit litis decisivū, vel tantùm juramentum calumniæ. n. 4. fol. 1075.

Præstito juramento calumniæ, an non locator probare debeat, pecus culpâ conductoris deterioratum fuisse. n. 5. fol. 1075.

An non interitus, vel damnificatio potiùs ex contingenti, quam ex malitia, & culpa conductoris facta præsumatur. n. 6. fol. 1075.

Quid locatori probandum incumbat. num. 7. fol. 1076.

Si interitus rei per casum fortuitum non est publicus, annon à conductore probari debeat. num. 8. fol. 1076.

Quæ sit differentia inter precarium, & commodatum. n. 9. fol. 1077.

An constitutio hujus tituli de cōmodato ad precarium sit extendenda. n. 10. fol. 1077.

Utrùm commodatarius rem cōmodatam propter expensas in ea factas retinere possit, donec refundantur. n. 11. fol. 1078.

Quid si in re commodata à tertio, & non commodatario damnum datum fuerit, an hic de illo teneatur. n. 12. fol. 1078.

Quando culpa commissa à mandatario, nuntio, vel famulo, cui res ad dominum referenda concredita fuit, noceat commodatario, precario, vel possessori. n. 13. fol. 1078.

Quid si tali committatur res domino perferenda, in quo non sunt præsumptiones particulares, sed tantùm generalis opinio, quòd sit bonus homo. n. 14. fol. 1079.

Si res commodata ad tertium possessorem deveniat, an contra illum commodator habeat actionem commodati. n. 15. fol. 1079.

Quatenùs, & in quantū conductor teneatur ex incendio in domo locata exorto. n. 16. fol. 1079.

An non obligetur ad resarcitionem damni propter culpam à famulitio suo commissam. n. 17. fol. 1080.

Si quis opificibus, & artificibus res suas reficiendas concredat, an sit contractus locationis, & conductionis, vel depositi. n. 1. fol. 1103.

Qualis culpa in tali contractu præstetur. n. 2. fol. 1104.

Quando res immobilis alteri reficienda committitur, ex qua culpa talis operarius obligetur. n. 3. fol. 1104.

Si quis opificibus, & artificibus res de novo conficiendas concredat, an sit contractus emptionis, ac venditionis, & non locationis. n. 4. fol. 1105.

An isti operarij teneantur etiā domino ad pretium deteriorationis. n. 5. fol. 1105.

Quando teneantur de casu fortuito, & ad omne damnum ex ipsorum mora. n. 6. fol. 1105.

An obligentur ad resarcitionem rerum reficiendarum, vel conficiendarum furto ablatarum. n. 8. fol. 1106.

M.

Maritus.

Quæ competant defuncta muliere marito, relictis liberis uxoris. n. 1. fol. 60.

An non recurrendum sit ad pacta dotalia. n. 2. fol. 60.

Quid si nulla erecta sint, quæ debeantur marito. n. 3. fol. 60.

Quomodò distinctio facienda inter privignos, & proprios. n. 4. fol. 61.

An morgengeba etiam non promissa debeatur uxori, & quomodò eam ad hæredes transmittat. n. 5. & 6. fol. 61.

Quomodò hic articulus disponat de morgengeba restituenda liberis primæ uxoris ex alio matrimonio genitis. n. 7. fol. 61.

An non de sola vidua, adeóque non de vera morgengeba. n. 8. fol. 62.

Hæredes uxoris quale jus habeant in vestimentis, & ornamentis muliebribus. n 9. fol. 62.

Quid marito cedat præmortua uxore. n. 10. fol. 62.

An cedant etiam dona nuptialia. n. 11. fol. 62.

Et quæ. n. 12. & 13. fol. 62. & 63.

Quid de lucris nuptialibus uxoris, an etiam illa marito cedant. n. 14. fol. 63.

An marito debeatur usufructus dotis ad dies vitæ. n. 15. fol. 64.

Etiam solummodò promissæ. n. 16. fol. 64.

An donationes matrimoniales factæ cedant ejus hæredibus. n. 17. fol. 64.

Quid si maritus per infortunium ad inopiam vergat. n. 1. fol. 99.

Quomodò distinguendum, an dos consistat in re certa, vel in pecuniâ. n. 2. fol. 99.

Quomodò in hoc casu, quo maritus ob infortunium ad inopiam vergit, etiam consanguinei repetitionem dotis facere possint. n. 3. fol. 100.

An mariti administratio in hoc casu requirat præscitum uxoris. n. 4. fol. 101.

Quid si vel mariti, vel mulieris bona intereà ad Edictalem Processum devenerint. num. 5. fol. 101.

An maritus ad pinguiorem fortunam deveniens dotem jam repetitam iterum recipiat. n. 6. fol. 101.

An maritus subhastatus contra uxorem dotem repetentem habeat exceptionem competentiæ. n. 7. fol. 101.

Quid maritus tali in casu habeat de casibus futuris. n. 8. fol. 101.

An maritus obæratus post lucrū dotis ad pinguiorē fortunā deveniens, debeat præstare creditoribus uxoris satisfactionem, & in quantum. n. 9. fol. 102.

Quomodò ejusmodi obligationes mariti, & uxoris eludi possint. n. 10. fol. 102.
An uxor in repetitione dotis cedere debeat creditoribus priorem hypothecam expressam habentibus. n. 11. fol. 102.
Quid si dos in re certa constituta fuerit. n. 12. fol. 102.
An hoc sit intelligendũ de ipsa dote, vel tantum de excessu dotis. n. 13. fol. 103.
Quid si in patris dotalibus de lucranda dote, vel contradote pactum factum fuerit, an, uno conjugum ad inopiam vergente, creditores melius jus habeant, quam ille. n. 14. fol. 103.
Distinctio hac in re. n. 15. 16. & 17. fol. 103.
Quomodò vergentia mariti ad inopiam probanda sit. n. 18. fol. 103
Marito, si mulier debet, & simul extraneus alius, acceptilatio mulieri facta inutilis est. n. 119. fol. 37.
Maritus dicitur habere titulum onerosum in dote, ex parte mulieris verò dicitur lucrativus. n. 20. fol. 527.
Maritus consequitur dominium dotis civiliter. n. 5. fol. 159.
An hic articulus de solis prodigis maritis sit intelligendus. n. 1. fol. 169.
An maritus cum consensu uxoris res dotales alienare, aut oppignorare possit. n. 2. fol. 169.
Quid de Jure nostro Statutario. num. 3. & 4. fol. 170.
Quid si dos consistat in re mobili. n. 5. fol. 170.
Quid si in pecunia numerata. n. 6. fol. 170.
Quid si maritus ex pecunia dotali rem immobilem comparet, vel ex pecunia ex mobilibus in dotem datis redacta. n. 7. fol 171.
An maritus rem dotalem à se alienatam revocare possit. n. 8 fol. 171.
Quid si alienatio rei dotalis geminata facta fuerit. n. 9. fol. 172.
Quid si fundus dotalis cum alio communis sit. n. 10. fol. 172.
An talis alienatio rei communis sit voluntaria. n. 11. fol. 172.
Quid si uxor marito alienanti cum juramento consenserit. n. 12. fol. 172.
An res dotalis propter delictum mariti alienari possit. n. 13. fol. 173.
An saltem fructus rei dotalis. n. 14. fol. 173.
An sponsus rem dotalem alienare possit. n. 15. fol. 173.
Quid si alienatio sit conditionalis in tempus soluti matrimonij collata. n. 16. fol. 173.
An emptor propter dotis alienatæ revocationem de evictione agere possit. n. 17. fol. 173.
Quid si rem dotalem esse sciverit, nihilominùs tamen sibi de evictione caverit. n. 18. fol. 173.
Quid intersit, an maritus alienationem fecerit cum consensu uxoris, vel uxor cum consensu mariti. n. 19. fol. 173.
An mulier contra juratam alienationem rerum dotalium habeat restitutionem in integrum. n. 20. fol. 174.
An litteræ censuales in dotem datæ habeantur pro re mobili, vel immobili. n. 21. fol. 174.
Quid dicendum de litteris perpetui census. n. 22. fol. 174.
Quid si mulier nudum chyrographum in dotem dederit. n. 23. fol. 175.
An res dotalis alienata cum fructibus repeti possit. n. 24. fol. 175.
Quid si maritus repetat. n. 25. fol. 175.
Quid si uxor repetat. n. 26. fol. 175.
An leges, quæ faciunt fundum dotalem inalienabilem, in Patria nostra sint abrogatæ. n. 27. fol. 176.
An maritus bona paraphernalia uxoris sine consensu uxoris alienare possit. n. 28. fol. 176.
Quid si uxor consentiat. n. 29. fol. 176.
Quid si alienentur bona receptitia uxoris. n. 30. fol. 176.
Quid si alienetur contrados. n. 31. fol. 177.
Quid si illa in re specifica consistat. n. 32. fol. 177.
An saltem alienatio quoad maritum. n. 33. fol. 177.
An geminatus consensus mulieris pro alienatione contradotis datus convalidet actum alienationis. n. 34. fol. 177.
Quæ præscriptio in rebus dotalibus, & paraphernalibus alienatis locum habeat. num. 35. fol. 177.
Et quæ in rebus contradotalibus. num. 36. fol. 178.

Morgengeba.

Quid sit morgengeba. n. 1. fol. 193.
Quot modis possit constitui. n. 2. fol. 193.
Quid si fuerit constituta in re certa, an impediat alienationem. n. 3. fol. 194.
Quid si fuerit in genere tantùm constituta. n. 4. fol. 194.
An uxor pro morgengeba tacitam hypothecam habeat. n. 5. fol. 194.
A quo die hypotheca incipiat. num. 6. & 7. fol. 194.
Quid si res pro morgengeba fuerit proprietariè assignata. n. 8. fol. 195.
An morgengebâ in re certa constitutâ extinquatur Jus tacitæ hypothecæ. n. 9. & 10. fol. 195. & 196.
Quid de morgengeba viduæ dicendum. n. 11. fol. 196.
An determinatio morgengebæ primùm post matrimonium consummatum fieri debeat. n. 12. fol. 196.
An sponsus minor rem immobilem in morgengebam dare possit. n. 13. fol. 196.
An morgengeba in feudis constitui possit. n. 1. fol. 197.
An hæredes uxoris saltem in fructibus feudi pro morgengeba actionem habeant. n. 2. fol. 197.
Quid si maritus mortuus fuerit, an uxor in fructibus actionem habeat. n. 3. fol. 197.
Quid dicendum in feudis bursatitijs. n. 4. & 5. fol. 198.
An tacita hypotheca mulieris in feudis bursatitijs locum habeat. n. 6. fol. 198.
An uxor morgengebæ renunciare possit. n. 1. fol. 199.

An

An mariti sigillum, & subscriptio quoque requiratur. n. 2. fol. 199.
Quot consigillatores requirantur. n. 3. fol. 199.
Quid si nullus testis subscriptus sit, sed renunciatio per duos testes oretenus probari possit. n. 4. fol. 199.
Quid dicendum de plebeis hominibus. n. 5. fol. 199.
An maritus jus habeat alienandi fundum, aut aliam rem quamcunque morgenaticâ affectam. n. 1. fol. 201.
Quid si morgengeba in re certa sit constituta, an marito adimat potestatem. n. 2. fol. 201.
Quid si morgengeba prius in omnibus bonis obligata, transferatur postmodum in rem certam. n. 3. fol. 201.
An præstatio consensus in scriptis fieri debeat. n. 4. fol. 201.
Quid si maritus rem pro morgenatica obligatam sine consensu uxoris alienaverit, & uxor per annale spatium tacuerit, an hic annus currat à tempore scientiæ. n. 5. & 6. fol. 202.
Cur marito detur tempus quinquennij, & uxori solùm anni. n. 7. fol. 202.
An pro præstando consensu uxoris requiratur consigillator pro solemnitate, & non tantùm pro probatione. n. 8. fol. 202.
An mulieris consensus tacitus sufficiat. n. 9. fol. 202.
Quid si uxor ad alienandam rem morgenaticam consensum suum repetitis vicibus dederit. n. 10. fol. 203.
An ad alienandam contradotem mulieris in scriptis consensus requiratur. n. 11. fol. 203.
Quomodò dos, contrados, & morgengeba alienabiles sint. n. 12. fol. 203.
Re morgenali alienata tenetur maritus aliam substituere. n. 13. fol. 204.
Quid si autem maritus nihil aliud amplius habeat. n. 14. fol. 204.
Quid uxor Juris habeat in bono morgenatico. n. 1. fol. 204.
Quid si proprietariè data fuerit. n. 2. fol. 205.
An marito remaneat ususfructus. n. 3. fol. 205.
An ad constitutionem morgenaticæ scripturâ opus sit. n. 1. fol. 205.
An mulier, quæ in possessione morgengebæ est, deturbari possit. n. 2. fol. 206.
Quid si res morgenatica non sit allodialis, sed feudalis. n. 3. fol. 206.
Quid si possessio mulieris sit litigiosa. num. 4. fol. 206.
Si maritus adhuc vivat, an hæredes mulierem deturbare possint. n. 5. fol. 206.
Quid si alij rem morgenaticam, ut alienam, prætendant. n. 6. fol. 206.
Quid si in re feudali consensus domini deficiat. n. 7. fol. 206.
Quid si morgenatica non proprietariè data sit, sed solummodò pro securitate. n. 8. fol. 206.
Quid si talis res fuerit aliena. n. 9. fol. 206.
Quid si à marito jam præscripta. n. 10. fol. 206.
An uxor præscriptionem cæptam complere possit. n. 11. fol. 206.
Quæ circa morgengebam in novis nostris statutis mutata sint. n. 12. fol. 206.
An antiquitus probatio morgengebæ fieri potuerit per Juramentum. n. 13. fol. 207.
Quid si mulier per annum, & diem in possessione morgenaticæ fuerit. n. 14 fol. 207.
Quare hoc moderno Jure correctum sit. n. 15. fol. 207.
An uxor morgengebam suam mortis causâ relinquere possit. n. 1. fol. 208.
An etiam de morgengeba inter vivos disponere. n. 2. fol. 208.
Quid si morgenaticam acceperit proprietariè, & quid si acceperit in certa quantitate pecuniæ assignatam. n. 3. fol. 208.
An maritus teneatur ad interesse moræ, si morgenaticam in certa pecunia assignatam non solvat. n. 4. fol. 208.
Quid si non fuerit petita. n. 5. fol. 209.
An maritus alienationem morgengebæ impedire possit. n. 6. fol. 209.
Et quare non. n. 7. 8. 9. 10. & 11. fol. 209. & 210.
Quam hæc controversia utilitatem habeat. n. 12. fol. 210.
Quid si mulier de morgenatica in vivis nihil disposuerit. n. 13. fol. 210.
An morgengeba redeat ad maritum, vel ad hæredes uxoris. n. 14. fol. 210.
An uxor minorennis ad alienandam rem morgenaticâ affectam indigeat decreto judicis. n. 15. fol. 210.

Mortuarium.

Intra quale tempus mortuariorum exactio fieri debeat. n. 1. fol. 291.
An hic terminus locum habeat, sive quis in statu libertatis, sive in statu, & conditione servili mortuus fuerit. n. 2. fol. 292.
An omissa exactio mortuarij eximat liberos à servili statu. n. 3. fol. 292.
Quid si verò aliquis tempore mortis pro libero habitus fuerit. n. 4. fol. 292.
Quid ad hoc requiratur, ut libertas per quinquennium præscribatur. n. 5. fol. 292.
Casus proponitur de proprijs hominibus mixtis cum multis circumstantijs. n. 6. fol. 293.
Ex quibus deducitur, quod ejusmodi homines partim personaliter, & partim realiter servilis conditionis, & status sint. n. 7. fol. 293.

Mulier.

An mulier jure communi inspecto de rebus suis pro libitu disponere possit. n. 1. fol. 158.
Quid de Jure nostro Bavarico. n. 2. fol. 158.
An statutum nostrum prohibens uxori alienationem, sit introductum in favorem mariti, & uxoris. n. 3. fol. 159.
An saltem disponere possit de receptitijs. n. 4. 6. & 19. fol. 159. 160. & 162.
Quid de bonis paraphernalibus dicendum. n. 5. fol. 159.
An mulier possit distractum facere sine consensu mariti. n. 7. & 8. fol. 160.

An saltem contrahere possit cum pia causa. n. 9. fol. 160.
An medio Juramento. n. 10. fol. 160.
An ex voto. n. 11. fol. 161.
An mulier donationem inscio marito possit accipere. n. 12. fol. 161.
Quid si mulier huic articulo renunciaverit. n. 13. fol. 161.
An mulier alteri rem suam alienanti consentire possit. n. 14. fol. 161.
An se meretricem agnoscere. n. 15. fol. 161.
An aliquid lusu perdere. n. 16. fol. 162.
An hæc constitutio etiam se extendat ad bona mulieris alibi sita. n. 17. fol. 162.
An mulier extranea, ubi tale statutum non viget, de bonis in Patria sitis sine consensu mariti disponere possit. n. 18. fol. 162.
Quid si in pactis dotalibus contrarium fuerit inventum. n. 20. fol. 162.
Quid si mulieris contractus sit conditionalis in causam dissoluti matrimonij. n. 21. fol. 163.
An tanquam procuratrix sine consensu mariti in rebus alienis contrahere possit. n. 22. fol. 163.
An possit renunciationem remuneratoriam facere. n. 23. fol. 163.
An bona retrovenditionis onere affecta sine mariti consensu revendere possit. num. 24. fol. 163.
Quid si maritus ex postfacto consentiat. n. 25. fol. 164.
Quid si maritus totô quinquenniô alienationi uxoris acquieverit. n. 26. fol. 164.
Quid de præscriptione longiore dicendum. n. 27. fol. 165.
An mariti præsumptus consensus sufficiat. n. 28. & 29. fol. 165.
Quid si uxor contraxerit cum patre, vel proprijs liberis. n. 30. fol. 166.
An maritus uxoris obligationem impedire possit, quæ oritur ex delicto, vel quasi. num. 31. fol. 166.
An mulier jus præsentandi sine mariti consensu exercere possit. n. 32. fol. 166.
An fidejussor mulieris teneatur ex contractu sine consensu mariti inito, &c. n. 33. fol. 166.
An contractus mulieris teneat, si traditione fuerit consummatus. n. 34. fol. 166.
An mulier de rebus suis mortis causâ disponere possit. n. 35. fol. 167.
An mulier minorennis cum consensu mariti sine decreto Judiciali alienationem facere possit. n. 36. fol. 167.
An quis clandestinè cum uxore contrahens exceptionem nullitatis opponere possit. num. 37. fol. 167.
An contrahenti cum marito in rebus uxori obligatis exceptio nullitatis competat. num. 38. fol. 168.
Quæ si ratio differentiæ. n. 39. fol. 168.
An contractus uxoris cum ipso marito factus teneat. n. 40. fol. 168.
Quid si maritus, & uxor simul cum tertio contrahant. n. 41. fol. 168.

Mutuum.

Quomodò iste articulus cum Jure comuni conveniat. n. 1. fol. 758.
Mutuans non tantùm obligatur ad reddendum mutuum, sed etiam ad damnum refutandum ex lite mota. n. 2. fol. 758.
Intra quem terminum pecunia credita sit restituenda. n. 3. fol. 758.
Si non reddatur, quæ remedia creditori competant. n. 4. fol. 758. *(patiatur.* n. 5. fol. 759.
Quid si creditor damnum ex mora debitoris
An etiam lucrum cessans, & omne damnum emergens sit refundendum. n. 6. fol. 759.
An debitor tunc tantùm teneatur ad omne damnum, quando se ad hoc specialiter obligavit. n. 7. fol. 759.
In quo casu damnum emergens, & lucrum cessans probari debeat. n. 8. fol 760.
Si debitor exceptionem solutionis opponat, an eam verificare oporteat. n. 9. fol. 760.
An actor hodie, sicut olim negationem suam juramento confirmare teneatur. n. 10. fol. 761.
Solutio probatur per documenta litteraria publica, vel privata. n. 11. fol. 761.
An instrumentum, & quietantia publica coram notario, & testibus erecta probet, vel requiratur erectio corã magistratu ordinario. n. 12. f. 761.
Quid probet quietantia, sive scriptura privata. n. 13. fol. 761.
Quare exceptio non factæ numerationis in dote, & mutuo biennio, contra apocham verò duret tantùm 30. diebus. n. 14. fol. 762.
An ista exceptio intra 30. dies etiam contra instrumentum a magistratu ordinario erectum proponi posit. n. 15. fol 762.
Si in instrumento solummodò generalis confessio solutionis fiat, an solutio per hoc sit probata. n. 16 fol. 762.
Quæ sit probatio solutionis per testes, & an admittenda. n 17. fol. 762.
An testes deponere debeant, ex qua causa solutio facta fuerit. n. 18. fol. 763.
Quot testes requirantur ad probationem solutionis, & liberationis. n. 19. fol. 763.
Quid si instrumentũ obligationis sit cancellatum in manibus debitoris existens, an præsumatur solutio, vel remissio facta. n. 20. fol. 763.
Sed quid si creditor probet, instrumentum deperditum fuisse tempore belli, incendij, vel debitorem habuisse occasionem illud occupandi tanquam domesticus. n. 21. fol. 764.
Quid si debitor juramento confirmet, instrumentũ ad eum bono titulo devenisse. n. 22. f. 764.
An non probetur solutio facta, si sæpiùs calculatis rationibus sine compensatione fuerit solutũ. n. 23. fol. 764.
Quid si in rationibus publicis scriptum sit, solutum esse, & quid transcriptio probet, die Umbschreibung der Capitalien. n. 24. fol 764.
Quomodò probatio solutionis fiat per conjecturas, & præsumptiones. n. 25. fol. 765.
Quatenus taciturnitas, & intermissa exactio censuum, & debiti relevet debitorem ab onere solvendi. n. 26. fol. 765.

Qua-

Qualiter probetur solutio per Juramentum litis decisivum. n. 27. fol. 765.
An debitor semiplenè probans solutionem admittendus sit ad Juramentum suppletorium. n. 28. fol. 765.
Probationem solutionis in se recipiens, & in ea deficiens, tenetur parti victrici in expensas, & judici in pœnam. n. 29. fol. 766.
An solutio probetur per præscriptionem. n. 30. fol. 766.
Si debitor deperditâ apochâ adhuc semel solvat, postmodùm autem apocham inveniat, an habeat repetitionem. n. 31. fol. 766.
Quid si pecunia soluta per infidelitatem deferentis, vel casum fortuitum in via perierit. n. 32. fol. 766.
An in quolibet debito terminus 14. dierum ad solutionem sit præfixus. n. 1. fol. 813.
An idem terminus pro debito pecuniario ex mutuo constituatur. n. 2. fol. 813.
Quando currat iste terminus, à tempore mutui dati, vel repetiti. n. 3. fol. 813.
Utrùm hic terminus sit legalis, & currat ipso jure, vel requirat factum hominis, & implorationem mutuantis. n. 4. fol. 814.
Qualiter ista imploratio, vel interpellatio fieri debeat, judicialiter, vel extra judicialiter. n. 5. fol. 814.
An morosus mutuatarius teneatur ad omne damnum, & interesse. n. 6. fol. 814.
Utrùm tantùm intelligantur expensæ occasione litis factæ, vel etiam damnum extra Judicium ex morosa solutionis dilatione proveniens. n. 7. fol. 814.
Quid si debitor in casum succumbentiæ se specialiter ad expensas litis obligaverit. num. 8. fol. 815.
Quando quis dicatur in mora esse, & quid ad hoc requiratur. n. 9. fol. 815.
An morosus mutuatarius damnum, & interesse probare debeat. n. 10. fol. 815.
Quid si mutuans plus, quàm quinque per centum petat, an non ab illo probatio requirenda sit, quòd plus lucrari potuerit. n. 11. fol. 815.
Ad quid teneatur debitor pecuniam debitam malitiosè negans, sed posteà convictus, & condemnatus. n. 1. fol. 816.
An non pœna arbitrio judicis de jure statutario relinquatur. n. 2. fol. 816.
An talis abnegans non incidat in crimen stellionatûs, & quomodò in Bavaria sistatur quæstoribus, & fiat infamis. n. 3. fol. 817.
Quid si hæres debitoris debitum abneget, an ab hac pœna excusetur. n. 4. fol. 817.
Quid si hæredi instrumentum obligationis exhibeatur, & sic in mala fide constituatur. n. 5. fol. 817.
Quando hæres per testes fuit convictus, an non rectè in expensas condemnetur, quæ post didicita testimonia factæ fuerunt. n. 6. fol. 817.
Cùm de Jure communi abnegans in duplum condemnetur, an hæc pœna adhuc in usu esse possit. n. 7. fol. 817.

N.

Novatio.

Novatio hodierno Jure non inducitur, nisi hoc expresè actum sit, & de animo novandi certè constet. n. 5. fol. 833.

P.

Pactum.

Pacta dant legem contractibus. n. 7. fol. 421.
Pacta contractuum ante omnia sunt servanda, quia legem, & formam contractibus tribuunt. n. 14. fol. 1087.

Pacta dotalia.

An pacta dotalia possint fieri sine scriptura. n. 1. fol. 179.
Quid in Patria nostra Juris sit. n. 2. fol. 179.
Quid si pacta dotalia in civitatibus, & oppidis fuerint erecta. n. 3. fol 179.
Quid si inter personas nobiles. n. 4. fol. 179.
Quæ quantitas dicatur magna, vel parva. n. 5. fol. 179.
Quomodò summa, ut dicatur magna, vel parva, determinanda sit. n. 6. fol. 180.
Quis dicatur magistratus ordinarius quoad pacta dotalia. n. 7 fol. 180.
Quid si matrimonium fiat hoc loco, conjuges autem postmodùm domicilium in alio loco habeant. n. 8. fol. 180.
Quid si matrimonium ineatur inter personas diversæ jurisdictionis vicinæ. n. 9. fol. 180.
Quæ dicantur personæ spectabiles. num. 10. fol. 181.
An pacta dotalia valeant, quæ disponunt in vim ultimæ voluntatis. n. 1. fol. 182.
Quot testes requirantur in pactis dotalibus, ut in omnem casum subsistant. n. 2. fol. 182.
Quid si pacta dotalia celebrentur per merum actum inter vivos. n. 3. fol. 182.
Quid si in speciem ultimæ voluntatis degenerent. n. 4. fol. 182.
Quando in pactis dotalibus censeatur celebratus actus inter vivos, vel mortis causâ. num. 5. fol. 182.
Et quibus verbis. n. 6. fol. 183.
Quid si sint dubia. n. 7. fol. 183.
An non etiam actus inter vivos in casum mortis celebrari possit. n. 8. 10. 11. & 12. fol. 183. & 184.
An valeat pactum mutuum de successione. n. 9. fol. 183.
An constitutio vidualitij sit actus inter vivos, & mortis causâ. n. 13. fol. 184.
An pacta dotalia inter conjuges una, vel altera parte invita tolli possint. n. 14. fol. 186.

Patria potestas.

Quid sit Patria potestas. n. 1. fol. 212.
An etiam illa competat avo, vel proavo. n. 2. fol. 212.
Cur tantùm civibus Romani Imperij Patria potestas competat. n. 3. fol. 213.

An etiam Judæi, & Saraceni in Sacro Imperio habitantes Patriæ potestatis capaces sint. n. 4. fol. 213.

An Patria potestas etiam se extendat ad liberos illegitimos. n. 5. & 6. fol. 213.

Quid dicendum de liberis adoptivis. num. 7. fol. 213.

Quid de liberis legitimatis. n. 8. fol. 214.

Per subsequens matrimonium. n. 9. fol. 214.

Quinam sunt effectus Patriæ potestatis. n. 10. fol. 214.

An filiusfamiliâs mutuum accipere possit. n. 11. fol. 214.

Quid contineat mandatum S. C. Macedoniani. n. 12. fol. 214.

An filiusfamiliâs contrahere possit extra causam mutui. n. 13. fol. 214.

An S. C. Macedonianum tantùm comprehendat pecuniam mutuò datam, vel etiam alias res mutuò datas contineat. n. 14. fol. 214.

Quid si quis S. C. fraudem facere velit. n. 15. fol. 214.

Quid si filijfamiliâs contractus in mutuum abierit. n. 16. fol. 215.

Quid si filiofamiliâs res mutuò data fuerit, ut illam venderet. n. 17. fol. 215.

An res filiofamiliâs mutuò dari possit etiam de Jure Bavarico n. 18 fol. 215.

An contractus mutui cum filiofamiliâs celebratus sit ipso jure nullus. n. 19. fol. 215.

An exceptio S.C. Macedoniani etiam alijs personis competat. n. 20. fol. 215.

Quid si aliquis pro filiofamiliâs invito fidejusserit. n. 21. fol. 215.

Quid si filiusfamiliâs se patremfamiliâs simulaverit. n. 22. fol. 215.

Quid si filius in talem causam rem mutuam acceperit, quæ parenti incumbit. n. 23. & 24. fol. 215.

Vel quæ in Patris causam impensa est. n. 25. fol. 216.

Quid si filiusfamiliâs paterfamiliâs factus, aliquid de mutuò solverit. n. 26. fol. 216.

Quid si patris consensus accesserit. num. 27. fol. 216.

An etiam tacitus patris consensus ad hoc sufficiat. n. 28. fol. 216.

Quid si filiusfamiliâs non pro se, sed pro alio mutuum accipiat. n. 29. fol. 216.

An filiusfamiliâs alteri filiofamiliâs mutuum dare possit. n. 30 fol. 216.

An talis pecuniam mutuò datam vindicare possit. n. 31. fol. 216.

Quid si pecunia consumpta fuerit. num. 32. fol. 217.

An filiusfamiliâs exceptioni S.C. Macedoniani renunciare possit. n. 33. fol. 217.

Quid si talis cum Juramento renunciationem fecerit. n. 34. fol. 217.

An tale Juramentum etiam fidejussori, & patrifamiliâs præjudicet. n. 35. fol. 217.

Quot sint peculiorum genera. n. 36. fol. 217.

An filius teneatur ex mutuò in peculio castrensi, vel quasi. n. 37. fol. 217.

An in adventitio. n. 38. fol. 217.

Quid si juramentum accesserit. n. 39. fol. 217.

An in bonis profectitijs accedente renunciatione jurata. n. 40. fol. 217.

Quid si filiusfamiliâs cum minorenni contraxerit, & econtra minorennis cum filiofamiliâs contractum fecerit. n. 41. fol. 218.

An filiusfamiliâs sine patris consensu in judicio comparare possit. n. 42. fol. 218.

An requiratur consensus expressus. num. 43. fol. 219.

Qui sint casus, in quibus filius consensu patris non opus habeat. n. 44. fol. 219.

Quomodò filius cum, vel sine consensu hæreditatem adire possit. n. 45. fol. 219.

An filiusfamiliâs testamentum facere possit. n. 46. fol. 219.

Et quare non. n. 47. fol. 219.

An, si patris consensus accedat. n. 48. fol. 219.

An saltem cum consensu parentis ad pias causas testari possit. n. 49. fol. 220.

Quid si filiusfamiliâs de bonis adventitijs cum patris expresso consensu ad pias causas testamentum fecerit. n. 50. fol. 220.

An testamentum filij confirmetur, si posteà paterfamiliâs efficiatur. n. 51. fol. 221.

An donationem mortis causâ facere possit cum consensu patris. n. 52. fol. 221.

Quid si filius tale codicillum relinquens, tempore mortis paterfamiliâs sit. n. 53. fol. 222.

An filiusfamiliâs legatum facere possit. n. 54. fol. 222.

An paterfamiliâs filium suum ad actum testandi emancipare. n. 55. fol. 222.

An supremus territorij Princeps filiumfamiliâs in præjudicium patris, facere possit testabilem. n. 56. fol. 222.

Quid in re testamentaria nomine peculij castrensis, vel quasi comprehendatur. n. 57. & 58. fol. 222. & 223.

An clerici, & sacerdotes, aut aliæ personæ Ecclesiasticæ filijfamiliâs peculium castrense, vel quasi habeant. n. 59. fol. 223.

An clerici, & sacerdotes de bonis Ecclesiæ testari possint. n. 60. fol. 224.

An pater in bonis filij à Principe aquisitis usumfructum acquirat. n. 61. fol. 224.

An filiusfamiliâs testari possit de bonis ab uxore sua prædefuncta acquisitis. n. 62. fol. 224.

Bona adventitia filijfamiliâs, an acquirantur patri. n. 63. fol. 224.

Quæ excipiantur. n. 64. 67. & 68. fol. 224. & 225.

Quid si pater cum alijs liberis in unius defuncti hæreditate succedat. n. 65. fol. 225.

Quid si pater divortium fecerit. num. 66. fol. 225.

Quid si filiusfamiliâs aliquam hæreditatem invito patre adierit. n. 69. fol. 225.

Quid si servus filio acquiratur ad hunc finem, ut eum manumittat. n. 70. fol. 225.

Quid si filiofamiliâs legatur usufructus, vel aliud Jus personale. n. 71. fol. 225.

An

An patri in feudis filijsfamiliâs aquiratur usufructus. n. 72. & 73. fol. 225. & 226.

An pater coërcitionem in liberos habeat. n. 74. fol. 226.

An illos in domum disciplinarum, ins Zucht-Hauß/ mittere possit. n. 75. fol. 226.

An filius sine consensu parentis uxorem ducere possit. n. 76. fol. 226.

An pater injuriam filio factam remittere possit. n. 77. fol. 227.

Quomodò pater in bonis filij administrationem habeat. n. 78. fol. 227.

An pater ad administrationem bonorum filij speciale decretum Judicis, aut ordinarij magistratus necessariò habere debeat. n. 79. fol. 227.

Quid si filio aliquid relictum sit hac expressa conditione, ut pater ad illud nullam omninò administrationem habeat. n. 80. fol. 227.

An filiusfamiliâs hæreditatem in quoscunque hæredes transmittat. n. 81. fol. 227.

Quæ, & qualis sit differentia inter filium suum, & inter filium emancipatum quoad successionem. n. 82. & 83. fol. 227. & 228.

Quomodò verum sit, quòd inter filium, & patrem non oriatur obligatio. n. 84. fol. 228.

Quid si juramentum accesserit. n. 85. fol. 228.

Quomodò pater filijs tutores, & curatores dare possit. n. 86. fol. 228.

Quomodò leges quædam antiquæ de Patria potestate abolitæ sint. n. 87. fol. 228.

Quomodò solvatur Patria potestas per mortem patris. n. 1. fol. 230.

Quid si avus superfit. n. 2. fol. 230.

An filius recidat in potestatem patris ab avo emancipati. n. 3. fol. 230.

Quid si pater emancipatus se avo iterum in adoptionem dederit. n. 4. fol. 230.

Quid si pater per dignitatem, potestatem avi exiverit. n. 5. fol. 231.

Quomodò fiat emancipatio. n. 6. fol. 231.

An judicialiter fieri debeat. n. 7. fol. 231.

Et coram magistratu ordinario. n. 8. fol. 231.

An pater, ipsemet Judex, cum voluntate avi se emancipare possit. n. 9. fol. 231.

An, & ex quibus causis pater etiam invitus filium emancipare teneatur. n. 10. fol. 232.

An ex ijsdem causis filius teneatur admittere emancipationem. n. 11. fol. 232.

Quæ olim in emancipatione liberorm fuerint inutiles observationes. n. 12. fol. 232.

Quomodò per matrimonium solvatur Patria potestas. n. 13. fol. 233.

An hæc consuetudo solummodò concernat mulieres. n. 14. fol. 233.

An simul requiratur, ut separatim habitent, & distinctam familiam erigant. n. 15. fol. 233.

Quid si liberi cælibes sint, & separatam familiam instituerint. n. 16. fol. 233.

Quid si matrimonium iterum fuerit dissolutum. n. 17. fol. 234.

Quare avi, vel patris consensus ad separatam œconomiam requiratur. n. 18. fol. 234.

Quare filij legitima, & majorennis ætas necessaria sit. n. 19. fol. 234.

An pater filiofamiliâs post vigesimum quintum ætatis annum ad separationem familiæ consensum suum denegare possit. n. 20. fol. 234.

An per deportationem solvatur Patria potestas. n. 21. fol. 245.

Qui hodie dicantur deportati. n. 22. fol. 235.

Quæ pœna hodie in locum deportationis succedat. n. 23. fol. 235.

Quid si filius deportetur. n. 24. fol. 235.

Quid si deportati delicti gratiam impetrent. n. 25. fol. 235.

An Patria potestas reviviscat. n. 26. fol. 235.

Quid de relegatione dicendum. n. 27. fol. 236.

Quid si relegatio fuerit perpetua. num. 28. fol. 236.

Quomodò pœna proxima mortis æquiparetur deportationi. n. 29. fol. 236.

Quid de missis in exilium. n. 30. fol. 236.

Quid de bannitis dicendum. n. 31. fol. 237.

An per dignitatem solvatur Patria potestas. n. 32. fol. 237.

Et per quam. n. 33. fol. 237.

Qui nomine patritiorum hic loci contineantur. n. 34. fol. 237.

Quare Episcopi à Patria potestate liberentur. n. 35. fol. 237.

Quænam aliæ dignitates. n. 36. fol. 237.

An omnes Consiliarij Principum à Patria potestate exempti. n. 37. fol. 237.

An doctoratus eximat. n. 38. fol. 238.

An clericatus, & status Ecclesiasticus. n. 39. fol. 238.

Quid dicendum de clerici bonis, quæ ante, & post sacros ordines acquisivit. n. 40. fol. 238.

An non hodierno jure clericatus solvat omnem Patriam potestatem, sicut solvit matrimonium. n. 41. fol. 239.

An Monachatus Patriam potestatem tollat. n. 42. fol. 239.

An non distinguendum sit inter bona post ingressum religionis primùm obvenientia, vel jam anteà acquisita. n. 43. fol. 239.

An captivitate solvatur Patria potestas. n. 44. fol. 240.

Quomodò postliminio Patria potestas iterum recipiatur. n. 45. fol. 240.

Quomodò præscriptione Patria potestas amitti possit. n. 46. fol. 240.

Quale tempus requiratur. n. 47. fol. 240.

Peculium.

Quot sint genera peculiorum. n. 1. fol. 241.

Quomodò ad patrem bonorum maternorum filij usufructus pertineat. n. 2. fol. 242.

Quid post emancipationem filij ad patrem deveniat. n. 3. fol. 242.

Quid si filiusfamiliâs non per talem emancipationem, sed per dignitatem egrediatur Patriam potestatem. n. 4. fol. 242.

Quid si filiusfamiliâss per matrimonium Patria potestate solvatur. n. 5. fol. 242.

Quid in Statutis Bavaricis nostris hac in parte Juris, & moris sit. n. 6. fol. 242.

An

An plebei homines liberis suis à Patria potestate liberatis omnia sua bona restituere teneantur. n. 7. fol. 243.

An nobiles personæ retineant usumfructum, & quidem plenarium. n. 8. fol. 243.

An pater nobilis in bonis filio suo post emancipationem primùm obvenientibus aliquid acquirat. n. 9. & 10. fol. 243.

Quomodò hac in parte distinguendum. n. 11. fol. 244.

An pater aliquid petere possit pro consensu filijfamiliàs ad emancipationem præstito, si ad secundas nuptias transiverit. n. 12. fol. 244.

Quid de alijs personis dicendum, quæ nobilibus æquiparantur. n. 13. fol 244.

Quid de bullatis doctoribus. n. 14. fol. 244.

Quinam in materia ususfructus pro plebeis habeantur. n. 15. fol. 244.

Quid de nobilibus recentibus dicendum. n. 16. fol. 245.

Quomodò verba parenthesis in hoc articulo intelligenda. n. 17. fol. 245.

Quæ, & qualis sit differentia inter liberorum bona materna, & aliunde advenientia, & an illa, quæ litigantur de linea materna, etiam extendi possint ad lineam collateralem. n. 18. fol. 245.

Ponitur casus notabilis. n. 19. fol. 245.

An pater religionē ingrediens retineat usumfructum bonorum maternorum. n. 20. fol. 246.

An paterfamiliàs usumfructum remittere possit. n. 21. fol. 246.

An tacita remissio patris filiofamiliàs facta valeat. n. 22. fol. 247.

Quid si pater patiatur filium suum gaudere usufructu. n. 23 fol. 247.

Quid si filiusfamiliàs patri usumfructum permiserit in debitum. n. 24. fol. 247.

Quid si patris officium in bonis maternis. n. 25. fol. 247.

An illa alienare possit. n. 26. fol. 247.

Quid si filius alienaverit. n. 27. fol. 248.

An pater ipse alienans, alienationem à se factam, revocare possit. n. 28. fol. 248.

An restitutione in integrum opus habeat. n. 29. fol. 248.

Quare filij alienatio bonorum maternorum nulla, & invalida sit. n. 30. fol. 248.

Quid si filius alienationem suam juramentô confirmaverit. n. 31. fol. 248.

Quid si filij bona publicentur, an etiam publicentur adventitia, in quibus pater habeat usumfructum. n. 32. fol. 248.

Quid si pater alienationem suam cum juramento fecerit. n. 33. fol. 248.

Quæ præscriptio in ejusmodi alienationibus sufficiat. n. 34. fol. 248.

Pignoratio.

Qualis sit constitutio Imperialis pignorationis. n. 1. fol. 912.

Quotuplex sit species pignorationis usitatæ in Patria nostra. n. 2. fol. 912.

Quotuplicis generis sint subditi. n. 3. fol. 913.

Qualis differentia sit inter pignorationem, quæ fit à judice pro executione, & illam, quæ fit à privato pro tuitione juris sui. n. 4. fol. 913.

An pro debito confessato, liquido & notorio detur pignoratio Judicialis de Jure Bavarico. n. 5. fol. 913.

An detur ante litem motam. n. 6. fol. 914.

In quo differant pignoratio, & arrestum. n. 7. fol. 914.

An hæc pignoratio jus reale, & hypothecam tribuat. n. 8. fol. 914.

Utrùm servi judiciarij possint pignorationem facere propria auctoritate, vel tantùm ad jussum judicis. n. 9. fol. 914.

Si judex pignorationem injustam faciat, annon committat spolium. n. 10. fol. 915.

An pignoratio tantùm possit fieri in debito confessato, & notorio, vel etiam in alijs. num. 11. fol. 915.

Quale privilegium sit, quod Otto Ungariæ Rex statibus Bavariæ, & Civitatibus de jure pignorationis dedit. n. 1. fol. 915.

Quid civitas Monacensis speciale habeat circa hanc pignorationem. n. 2. fol. 916.

Utrùm hoc privilegium tantùm intelligatur de pignoratione in debito liquido, confessato, & notorio. n. 3. fol. 917.

An hoc privilegium civitatibus pro civibus tantùm datum sit, vel etiam pro incolis, aut extraneis. n 4. fol. 917.

An Nobiles, Landsassij, & officiales Principis ab hac pignoratione non eximantur. num. 5. fol. 917.

Quibus jus pignorationis concedatur, ân domino directo, dem Grund-Herrn. n. 1. fol. 919.

An clerici sæculares, Ecclesiæ, Hospitalia, &c. qui status Provinciales non sunt, privilegium pignorationis habeant. n. 2. fol. 919.

An nobiles, qui privilegijs nobilitatis, den 60. gisten Frey-Brieffs / capaces non sunt. num. 3. fol. 919.

An civitates, & oppida, welche keine Ban-Märckt/ oder Ban-Stätt seynd. n. 4. fol. 919.

Quid si per legitimam consuetudinem, & observantiam jus pignorationis acquisiverint. n. 5. fol. 920.

An singuli cives pro dominicalibus suis præstationibus hoc jure gaudeant. n. 6. fol. 920.

An pignoratio locum habeat pro solo canone, vel omnibus alijs dominicalibus prætensionibus. n. 7. fol. 920.

Quid sub nomine, deß Guets Gerichts / contineatur. n. 8. fol. 921.

Debent autem ista prætensiones esse liquidæ. n. 9. fol. 921.

An hæc pignoratio privilegiata competat solummodò pro canone unius anni, vel plurium annorum. n. 10. fol. 921.

Debet talis pignoratio commensurari debito. n. 11. fol. 921.

An dominus directus, qui jurisdictionem non habet, possit pignorationem facere per servos domesticos. vel, an debeat fieri per ministros judicis. n. 12. fol. 922.

An pignus captum possit super alterius districtum jurisdictionis transferre. n. 13. fol. 922.

Utrùm non sit in libertate, & facultate domini directi, an velit uti pignoratione, vel Judicem ordinarium implorare. n. 14. fol. 922.

Quid si viam judiciarij processûs elegerit, an post litis contestationem possit pœnitere. num. 15. fol. 922.

An dominus directus per non usum amittat hoc privilegium. n. 16. fol. 922.

Annon pignoratio sit species executionis. n. 1. fol. 923.

Quotuplicis generis subditi sint, & qui dicantur, Bau-Männer/Freysassen/und Schutz-und Schirms-Verwandte. *n. 2. fol. 923.*

Cur domini, qui jure pignorationis utuntur, ad tria teneantur. n. 3. fol. 924.

Qualis sit differentia inter pignorationem domini jurisdictionalis, & emphyteuticarij. num. 4. fol. 924.

An dominus emphyteuticarius teneatur, pignus captum ad magistratum ordinarium deferre, ut æstimetur, & plus licitanti vendatur. n. 5. fol. 924.

Quid de domino Jurisdictionali dicendum. n. 6. fol. 925.

Utrùm dominus jurisdictionalis uti emphyteuticarius tantùm frumenti in solutum capere possit sine venditione publicà, quantum ipsi debetur pro canone jurisdictionali, für den Vogteyhabern. *n. 7. fol. 925.*

Quid si ambo domini concurrant, quis alteri cedere debeat. n. 8. fol. 925.

Si quis rem litigiosam probet pignus esse, an non obstante oppositione alterius cum pignore procedere possit, prout juris est. n. 1. fol. 927.

Debet ergo constare de titulo pignoris per testes, vel instrumenta, licèt de jure communi pignus solo consensu constituatur. n. 2. fol. 927.

Testes autem, & instrumenta non requiruntur ad substantiam pignoris, sed tantùm ad ejus probationem. n. 3. fol. 927.

Si quis eandem rem duobus pignori dederit, an posteriori creditori liberum sit, priori debitum offerre, & rem pignoratam ad se recipere, & , an teneatur prior creditor quantitatem debiti specificare. n. 4. fol. 928.

Quando primus creditor solutionem recusat, an non posterior pecuniam deponere, & sic sibi pignus acquirere possit. n. 5. fol. 928.

Quid si antem prior in possessione pignoris sit. n. 6. fol. 928.

An quilibet extraneus possessor creditorem hypothecarium repellere possit, si ei realem, & actualem satisfactionem offerat. n. 7. fol. 928.

Quid si eadem res duobus uno, eódemque tempore, & non diversis temporibus fuerit obligata. n. 8. fol. 929.

Quid si autem unus ex simultaneis creditoribus rem totam possideat, an non offerendo solutionem rem a pignore liberet. n. 9. fol. 929.

Quando cuilibet creditori res in solidum est obligata, an non ille potior sit, qui priùs egerit, & pignus consecutus fuerit. n. 10. fol. 929.

In quo jus pignoris firmius sit, quàm hypothecæ. n. 11. fol. 929.

An solummodò posterior creditor pignoratitius, vel quicunque alius, qui jus aliquod in tali re prætendit, offerendo solutionem præferatur. n. 12. fol. 929.

Utrùm etiam nudus creditor chyrographarius hoc jus habeat. n. 13. fol. 930.

Si dominus feudalis, vel emphyteuticarius directum dominium jure pignoris, & hypothecæ obligat, an vasallus, vel emphyteuta offerendo solutionem creditorem hypothecarium expellere possit. n. 14. fol. 930.

Et quid dicendum de usufructuario, vel usuario. n. 15. fol. 930.

An creditor rem jure pignoris, vel hypothecæ nexam vendere, & sibi satisfacere possit. num. 1. fol. 940.

Si creditor pignora pluris, vel minoris vendiderit, quàm ei deberetur, an teneatur restituere superfluum, vel possit agere ad id, quod ipsi deest. n. 2. fol. 941.

Quando creditori plures res simul sunt oppignoratæ, an ei liberum sit, omnes collectivè, vel unam tantùm ex illis vendere. n. 3. fol. 941.

An commoditas ususfructus, item res Ecclesiæ, vel minorum legitimè oppignoratæ liberè vendi queant. n. 4. fol. 941.

Quodnam dicatur pignus conventionale, & quod judiciale. n. 5. fol. 942.

Quid si in constitutione pignoris tempus præfixum sit, quamdiu pignus durare debeat. n. 6. fol. 942.

An idem sit, si conveniatur, quòd intra annum pignus vendi non debeat, vel, si debitor promittat, quòd intra annum luere velit. n. 7. fol. 942.

Utrùm conventio valeat, ut creditori nunquam pignus distrahere liceat. n. 8. fol. 942.

Quando autem in conventione pignoris nullum tempus determinatum fuerit, quale Jura nostra Bavarica indulgeant. n. 9. fol. 942.

An ad distinctionem pignoris requiratur, ut debitor sit in mora luendi. n. 10. fol. 943.

An ad constituendum debitorem in mora requiratur denunciatio, & interpellatio. num. 11. fol. 943.

Quid si creditori à debitore licentia data fuerit, pro lubitu pignus distrahendi, an nihilominùs teneatur ad denunciationē, vel interpellationem. n. 12. fol. 943.

An denunciatio sit necessaria, si debitor non fuerit in eodem jurisdictionis districtu, in quo de venditione pignoris agitur. n. 13. fol. 944.

An denunciatio non saltem debeat fieri ad locum domicilij, ubi debitor absens priùs habitare consuevit. n. 14. fol. 945.

Si debitor absens sit, an non longior terminus creditori constituatur ad distrahendum pignus. n. 15. fol. 945.

An ab isto longiori termino non excipiantur comestibilia. n. 16. fol. 945

Utrùm comestibilia passivè, vel activè sumi debeant. n. 17. fol. 945.

Quare in processu edictali ad venditionem comesti-

mestibilium tres dies requirantur, hic autem 14. an non sit antinomia. n. 18. fol. 945.

Quantum tempus requiratur, ut res immobilis oppignorata, vel hypothecata a creditore vendi possit. n. 19. fol. 946.

An annale tempus intelligatur de casu, quo debitor absens est, vel præsens n. 20. fol. 946.

Utrùm omnia pignora debeant sub hasta publica vendi. n. 21. fol. 946.

An creditor sibi ipsi venditionem pignoris facere possit. n. 22. fol. 947.

Oppugnatur distinctio facta inter pignus conventionale, & judiciale. n. 23. fol. 947.

Si in venditione non inveniatur emptor, vel licitator, qui plus offerat quam ipse creditor, an non possit impetrare adjudicationem dominij. n. 24 fol. 947.

Quando creditor uti possit remedio immissionis ex primo, vel secundo decreto. n. 25. fol. 947.

An non pactum legis commissoriæ sit prohibitum. n. 26. fol 948.

Quomodò, & quibus verbis pactum legis commissoriæ contrahatur n. 27. & 29. fol 948. & 949.

Cur valeat pactum commissorium, si conveniatur, quando pretium ad diem certum non fuerit solutum, res sit inempta. n. 29 fol. 948.

An valeat pactum, ut si quis intra certum tempus pecuniam mutuò datam non solvat, creditori pro eadem summa res pignori data sit empta. n. 30. fol. 949.

An creditor rem hypothecatam, sed non traditam, debitore ad denunciationem factam non solvente propria authoritate apprehendere, & ad judicem pro subhastatione deferre possit. num. 31. fol. 950.

Quid si autem rem apprehensam non ad judicem deferat sed ipse extrajudicialiter vendat, an venditio subsistat. n. 32. fol. 950.

Quæ pœna maneat creditori in re oppignorata malè versanti. n. 1. fol. 951.

An non debitor damnificatus habeat actionem pignoratitiam, & ad quid. n. 2. fol. 952.

Quid si creditor pignus ante lapsum termini conventi, & præfixi alienet. n. 3. fol. 952.

Quid si pluris, vel minoris vendat, an non habeat actionem pignoratitiam ad superfluum, vel ad supplementum. n. 4. fol. 952.

Quando creditor residuum tardiùs restituit, an non teneatur ad usuras. n. 5. fol. 952.

Ad quid teneatur creditor si dolo, vel culpâ ejus pignus deterius factum fuerit. n. 6. fol. 952.

Qualis culpa præstetur in pignore. n. 7 fol. 953.

An creditor etiam teneatur restituere commodum, & incrementum, ut, si in agro oppignorato thesaurum invenerit. n. 8. fol. 953.

An fructus. n. 9 fol. 953.

Quid si occasione aliquid ad eum pervenit, vel, si ex pignore venditio plus redemit, an residuum cum usuris restituendum sit. n. 10. fol. 953.

An malè versetur in pignore, qui neglecta speciali hypotheca, rem generaliter oppignoratam ad subhastationem deducit. n. 11. fol. 953.

Quando creditor malè versatur in pignore, an debitor agere possit ad interesse. n. 12. fol. 954.

Si multa res creditori sint oppignoratæ, an sit in ejus libero arbitrio, vendere, quam maluerit. n. 13. fol. 954.

An creditor antiquior cogatur, posteriores in possessionem pignoris admittere, sive, an posteriores primum creditorem cogere possint, ut pignus vendat, & illis residuum tribuat. n 14. fol. 955.

An creditor venditionem rerum oppignoratarũ debeat incipere à vilioribus. n. 15. fol. 955.

Utrùm debitor durante processu edictali solutionem debiti, & omnium expensarum offerens possit pignus recuperare. n. 16. fol. 955.

Quid si primus creditor pignus ad judicium hastale trahat, an secundus creditor per oblationem, ut modò dictum, illud sibi acquirere possit. n. 17. fol. 956.

Qualem pœnam creditor incurrat, si in pignore male versetur. n. 18. fol. 956.

Si creditor pignus alienet sine requisitis solemnitatibus, an debitori competat rei vindicatio. n. 19. fol. 957.

Quid si creditor non servato juris ordine, & refragante conventione ad venditionem processerit, an illa sit nulla. n. 20 fol. 957.

Annon duplex denunciatio requiratur in venditione pignoris, & quæ inter utramque sit differentia. n. 21. fol 958.

Si emptor fuit in mala fide, & collusit cum venditore, an sit in arbitrio debitoris, emptorem, vel creditorem conveniendi. n. 22. & 24. fol. 958. & 959.

An debitor rem ab emptor vindicans ei pretium restituere debeat. n. 23. fol. 958.

Quando tertius bona fide emit, & præscripsit, an non, deficiente actione rei vindicatoria, contra emptorem debitor habeat actionem pignoratitiam, vel negotiorum gestorum adversùs creditorem ad consequendum pretium. n. 25. fol. 959.

An periculum, & damnum pignoris casu fortuito obtingens pertineat ad debitorem. num. 1. fol. 960.

Utrùm creditor teneatur, præstare dolum, latam culpam, & levem, &, an etiam casum fortuitum, & moram. n. 2 fol. 960.

Item, an culpam levissimam. n. 3. fol. 960.

An non detur casus, in quo constitutio pignoris solius creditoris gratiâ facta sit, &, ut sic creditor etiam teneatur de culpa levissima. n. 4. fol. 961.

Ad quem spectet damnum in hypotheca contingens, & qualem culpam præstet creditor. n. 5. fol. 962.

Quid, si autem hypotheca ex culpa debitoris pereat, vel deterioretur, an creditor habeat actionem pignoratitiam contrariam ad id, quod suâ interest. n. 6. fol. 962.

Quid si casu fortuito perierit, an nihilominus creditor habeat actionem pignoratitiam, nisi aliter inter contrahentes convenerit. n. 7. fol. 962.

Quis interitũ rei casu fortuito factum probare debeat, debitor, an creditor. n. 8. fol 962.

Utrùm creditor agere possit adversùs debitorem, ut sibi aliud pignus constituat, si priùs sine sua culpa perijt. n. 9. fol. 963.

Si debitor pignus alienet, ita tamen, ut aliares in

in ejus locum surrogetur, an illa res succedat in locum pignoris alienati. n. 10. fol. 963.

Quae res veniant sub hypotheca generali. n. 11. fol. 963.

Quid sit pignus judiciale. n. 1. fol. 964.

An pignus judiciale pro re judicata captum debeat in manus creditoris consignari, vel retineri apud judicem. n. 2. fol 964.

An in pignore judiciali aequè praestetur culpa levis, uti in conventionali. n. 3. fol. 965.

Utrùm saltem creditor non teneatur de levi culpa in committendo. n. 4. fol. 965.

An pignus praetorium etiam ex alia causa decerni possit, quam pecuniaria. n. 5. fol. 965.

Ad pignus judiciale capiendum requiritur, ut res sit judicata, vel alias liquida. n 6. fol. 966.

Qualis terminus ad satisfaciendum ante captionem pignoris de Jure Statutario constituatur. n. 7. & 8. fol. 966.

Duo judici in capiendo pignore incumbunt, ut pignus non decernatur ultra quantitatem debiti, & in re mobili, vel se movente. n. 9. fol. 966.

Sed, si in rebus mobilibus tantundem non reperiatur, licetne captionem pignoris facere, in alijs quibusdam rebus. n. 10. fol. 967.

Quae pignora vocentur, die Schrein-Pfandt / & quomodò differant à pignoribus se moventibus, von essenden Pfandten. n. 1. fol. 967.

An judex in pignoribus se moventibus statim post tres dies ad subhastationem devenire possit. n. 2. fol. 968.

An, & distractionem intra tres dies in pignoribus mobilibus insensitivis facere queat. num. 3. fol. 968.

Utrùm pignora creditori in possessionem concredita debeant conservari in eodem districtu jurisdictionali, ubi pignoratio facta fuit. num. 4. fol. 968.

An creditor teneatur debitori captionem pignorum scrinariorum judicialem notificare, & denunciare. n. 5. fol. 968.

Utrùm haec denunciatio, & certioratio requiratur in distrahendis pignoribus se moventibus. n. 6 fol. 969.

Quare iste articulus specialiter requirat, ut denunciatio debeat fieri ad aedes. n. 7. fol. 969.

An distractio subhastalis sit nulla propter omissam creditoris denunciationem. n. 8. fol. 969.

Utrùm citatio ad Processum edictalem non sit loco denunciationis. n. 9. fol. 969.

An creditori necessitas incumbat, pignora scrinaria vendendi, postquàm ea in manus accepit, vel, si malit, possit ea pro securitate retinere. n. 10. fol. 970.

Quid si judex pignus captum in manibus suis retineat, an nihilominùs creditori ex tali pignoratione jus reale oriatur. n. 11. fol. 970.

Quid si pignus captum quantitatem debiti non exaequet, vel excedat, an residuum superaddendum, & superfluum sit restituendum. num. 12. fol. 971.

Si in districtu jurisdictionali emptor non inveniatur, an non distractio pignoris extra districtum per subhastationem fieri possit. n. 1. fol. 971.

An etiam ad hoc requiratur praescitus judicis, & consensus, sive voluntas debitoris. num. 2. fol. 971.

An debitor sine praescitu judicis, & consensu creditoris possit pignus extra Provinciam sub hasta venale exponere. n. 3. fol. 972.

An res allodialis immobilis pignori capta possit creditori tradi. n. 1. fol. 973.

An etiam requiratur, ut debitori fiat denunciatio de traditione pignoris facta. n. 2. fol. 973.

An denunciatio debeat fieri ad domum, vel in faciem. n. 3. fol. 973.

Utrùm terminus 14. dierum ad distractionem detur non facta distinctione, an debitor absens, vel praesens sit. n. 4. fol. 973.

An creditor possit extra processum subhastalem pignora venalia exponere, & divendere. num. 5. fol. 973.

Quare pignoris conventionalis venditio sine subhastatione improbatur, judicialis verò quasi imperatur. n. 6. fol. 974.

Cur in pignore conventionali immobili creditor distractionē per integrum annum differre debeat, in judiciali verò statim post lapsum 14. dierum vendere possit. n. 7. fol. 974.

An ad venditionem extra districtum suum pignoris mobilis, vel immobilis sufficiat solus consensus Judicis, vel requiratur etiam copulativè consensus debitoris. n. 8. fol. 974.

Sed quid si in venditione extra subhastationem emptor non inveniatur, an creditor debeat procedere ad processum hastalem. n. 9. fol. 975.

Antequàm deveniatur ad processum edictalē, an creditor teneatur, priùs tentare venditionem extrahastalem. n. 10. fol. 975.

Quid si autem neque in processu subhastationis emptor inveniatur, an pignus possit creditori in solutum adjudicari, sive majoris, sive minoris pretij sit, quàm quantitas debiti. n. 11. fol. 976.

Quando res pluribus fuit hypothecata, & sub hasta venali exposita, nec emptorem inveniat, qualis modus exequendi observetur per jus delendi. n. 12. fol. 976.

An creditori utilius sit, ut emat rem sub hasta, quam in solutum accipiat. n. 13. fol. 977.

An non in pignore conventionali creditores sibi pignora paciscantur debitum multò excedentia, & sic additione contenti sint n. 14. fol. 977.

Quid si autem judex faciat rem jurato aestimari, & creditor inveniatur per adjudicationem notabiliter laesus, an habeat actionem extra debitorem ad decrementum debiti. n. 15. fol. 978.

An non titulus Cod. de jure dom. impetr. hodie sit abrogatus. n 16. fol. 978.

Quare in pignore judiciali requiratur addictio, in conventionali verò dominium transeat ipso jure in creditorem. n. 17. fol. 978.

Annon, post addictionem debitori concedatur biennium ad reluendum pignus, & qualis sit circa hoc differentia inter jus commune, & jus nostrum statutarium. n. 18. fol. 978.

An hic articulus sit intelligendus de pignore judiciali, vel conventionali, quod datur in rebus feudalibus. n. 1. fol. 980.

Post factam denunciationem debitori dantur 14. dies, intra quos, si velit, pignus luere potest. n. 2. fol. 981.

Quando creditor dicatur in possessionem pignoris bona fide, & jure devenire. n. 3. fol. 981.

An renunciatio pacto remitti possit? remissivè. n. 4. fol. 982.

An etiam dominus ad subhastationem pignoris feudalis citari debeat, ne ei jus dominij minuatur. n. 5 fol 982.

Utrùm dominus emptori hastali, vel, si nullus reperiatur, ipsi creditori investiturâ sine tergiversatione impertire debeat. n. 6. fol. 982.

Quid si dominus investituram intra annum & diem non impertiat, sed deneget, an eam Princeps terræ non possit supplere. n. 7. fol. 982.

Quandò autem emptor hastalis, vel creditor post adjudicationem neglexerit petere investituram intrà annum, & diem, an res fiat caduca. n. 8. fol. 983.

Quare vasallus intermittendo recognitionem, caducitatem incurrat, & dominus denegando investituram, proprietatem non amittat. num. 9. fol. 983.

An non dominus ob denegatam investituram punitere possit. & quodnam tempus ad hoc sit determinatum, n. 10. fol. 983.

Quid si a Principe investitus domino feudi nullam obedientiam, aut servitia præstet, sed contumax existat, an caducitatem incurrat. num. 11. fol. 983.

Quando creditor, vel emptor hastalis est persona vilis, & vulgaris, an dominus feudi a novo vasallo possit petere, ut constituatur curator suæ dignitati conveniens. n. 12. fol. 983.

In quibus casibus judex pignus judiciale in rebus feudalibus capere possit. n. 13. fol. 984.

An illa feuda, quæ cum consensu domini fuerunt oppignorata, subjaceant captioni pignorum judiciali. n. 14. fol. 984.

An dicta tantùm intelligenda sint de feudis equestribus, vel etiam bursaticis. n. 15. fol. 985.

Si feudum oppignoratum mortuo vasallo ad agnatum devolvitur, éstne jus creditori, pignus adversùs agnatum persequendi. n. 16. fol. 985.

Quid si feudum cum consensu domini oppignoratum domino aperiatur, an teneatur, debitum agnoscere. n. 17. fol. 985.

An dominus feudo ad se reverso etiam ad usuras, & interesse mora teneatur. n. 18. fol. 985.

Consensus domini præstitus ad alienandum, an censeatur etiam datus ad oppignorandum. n. 19. fol. 986.

Si vasallus feudum oppignoret sine consensu domini an illud amittat. n. 20. fol. 987.

Si feudum sub hasta pluris fuerit venditum, quam fuerit pecunia credita, an superfluum lucro creditoris cedat. n. 21. fol. 987.

Artic. 14. Reformatus de Anno 1588. explicatur n. 22. fol. 987.

Cui autem sit restituendum illud superfluum, debitori, vel domino feudi n. 23. fol 987.

Utrùm iste articulus intelligendus sit de juramento litis decisivo. n. 1. fol. 988.

Licèt hodie litis contestatio non ampliùs fiat mediante juramento, an non quid speciale contineatur in hoc Artic: & in contractu pignoratitio. n. 2. fol. 989.

Quale hoc juramentum sit, an calumniæ. n. 3. fol. 990.

Solvuntur quædam objectiones, & sustinetur, quòd in effectu sit Juramentum calumniæ. n. 4. fol. 990.

Præstito juramento, debitor probare debet creditorem habere possessionem rei pro pignore à se denominatæ, & designatæ, item ex causa pignoris pro eodem debito, pro quo conventus fuit. num. 5. & 7. fol. 991.

An hoc juramentum locum habeat solummodò in pignore, vel etiam hypothecâ n. 6. fol. 991.

Quomodò puniatur creditoris negatio cum juramento, vel debitoris fallax assertio pignoris. n. 8. fol. 991.

Pignore, an creditor in suum commodum uti possit.

An creditor pignore in suum comodum inscio, & invito domino uti nequeat. n. 1 fol. 993.

Quid si nulla damnificatio, vel deterioratio pignoris ex usu sequatur. n. 2. fol. 993.

Quando autem pignore utitur, ut malæ fidei negotiator, an non teneatur ad id quod ex usu rei oppignoratæ percepit, vel percipere neglexit. n 3. fol. 993.

An creditor habeat perceptionem fructuum in pignore, ita tamen, ut illos in diminutionem debiti computet. n. 4. fol. 993.

Quomodò usus rei pignoratæ à sorte deduci possit. n. 5. fol. 994.

Cùm creditor præstet levem culpam, si res ipsius culpâ deterioretur, an etiam ista deterioratio pignoris in diminutionē sortis veniat. n. 6. fol 994.

An non tantùm fructus, quos ex bona voluntate domini percepit, sed etiam quos percipere potuit, in sortem imputentur. n. 7. fol. 994.

An hoc sit intelligendum de fructibus, quos creditor, vel debitor percipere potuit. n. 8. fol. 995.

Si animalia pro pignore dentur, quibus creditor uti non vult, an debitor obligatus sit, nutritionem condigno pretio solvere, aut, si ijs uti velit, usus cum nutritione compensetur. n. 9 fol. 995.

An eadem sit dispositio de nutritijs pignoribus judicialibus. n. 10. fol. 995.

An etiam fructus, & usus rerum immobilium in defalcationem debiti veniant. n. 11. fol. 996.

Utrùm non pacto caveri possit, ne fructus ex pignore percepti in sortem imputentur. num. 12. fol. 996.

Quid si autem ex contractu usuræ licitæ debeantur, an non acceptum priùs in usuras & deinde, quòd superest, in sortem sit imputandum. n. 13. fol 996.

Quot sint casus, ubi fructus non computantur in sortem. n. 14. fol. 996. (fol. 997.

Qualis sit contractus antichreseos. num. 15.

An de jure subsistat. n. 16. fol. 998.

An non rustici cum dominis suis directis contractum antichreticū inire possint. n. 17. fol. 998.

Quid

Quid juris sit, si quis domum oppignoratam inhabitaverit, vel alteri locaverit. n. 18. fol. 998.

Pignoratus resistens judici, sive officialibus.

An puniatur, qui resistit judici, sive officialibus ejus missis ad captionem pignorum. num. 1. fol. 999.

Quomodò sit puniendus, qui non violenta manu, sed tantùm resistentia verbali, vel actuali non malè qualificata se opponit. n. 2. fol. 999.

Quare mulcta pecuniaria non sit consulta. n. 3. fol. 1000.

Quæ possint esse circumstantiæ aggravantes delictum. n. 4. fol. 1000.

An apparitori asserenti, sibi resistentiam factam esse, simpliciter sit credendum. n. 5. fol. 1001.

Si pignoratus per apparitorem, & unum testem de resistentia verbali convictus est, debetne admitti, quando contrariũ probare vult. n. 6 fol. 1002.

Quando, & in quibus casibus judici, & apparitoribus justè resistatur, quid si sententia, & executio sit injusta, & ipso jure nulla. num. 7. & 9. fol. 1002. & 1003.

Quid si officiales, & executores notoriè in executione excedant officium, vel in officio. num. 8. fol. 1003.

Quid si judex pendente appellatione executionem, & pignorationem demendet. n. 10. fol. 1003.

Quid si juris ordine non servato, & sine causæ cognitione tanquam privatus pignorationem decernat. n. 11. fol. 1003.

An non via juris per appellationem, vel impetrationem inhibitorialium securior sit viâ facti, seu resistentiâ. n. 12. fol. 1003.

Quid si tertius utpote amicus debitoris se executioni, & pignorationi opposuerit. n. 13. fol. 1003.

Debitor, qui pignoratur, non abstinens à convitijs, & injurijs verbalibus, an teneatur actione injuriarum. n. 14. fol. 1004.

An officialis depositio de injurijs sufficiat, vel requiratur probatio. n. 15. fol. 1004.

Pignus conventionale, judiciale, prætorium, & legale.

Quid sit pignus conventionale. n. 1. fol. 1005.

Quotuplex sit conventionale, & quæ bona in obligationem generalem veniant, an etiam feudalia, &c. n. 2. fol. 1005.

An pecunia credita, si adhuc extet, sub generali hypothecatione comprehendatur. n. 3. fol. 1005.

Qualis sit differentia inter pignus judiciale, & prætorium. n. 4. fol. 1006.

Quando constituatur pignus prætorium, &, an immissio ex primo decreto tribuat Jus pignoris. n. 5. fol. 1006.

Quid sit pignus legale, quod datur in rebus invectis, & illatis, in steuris, tributis, &c. num. 6. fol. 1006.

An liceat, eandem rem pluribus sine crimine stellionatûs pignorare, si pignus quantitatem primi debiti excedat. n. 1. fol. 1008.

Quando committatur crimen stellionatûs. n. 2. fol. 1008.

Si quis ignoranter, & non scienter rem pluribus oppignoret, an non ignorantia excuset a crimine stellionatûs. n. 3. fol. 1009.

An secundo creditori, cui ignoranter res fuit oppignorata, non detur actio pignoratitia contraria, & ad quid. n. 4. fol. 1009.

Quæ sit pœna criminis stellionatûs in pignore de jure communi, & quomodò puniatur de jure statutario. n. 5. fol. 1009.

Oblato omnibus debito, & satisfactione facta ante litem contestatam, an causa criminis perimatur. n. 6. fol. 1010.

An secunda oppignoratio malitiosè facta maneat nulla, & inefficax, tametsi debitor primo creditori ex postfacto satisfactionem præstiterit. n. 7. fol. 1010.

Utrùm pœna stellionatûs locum habeat solummodò in pignore speciali, vel etiam hypotheca generali. n. 8. fol. 1010.

Quid si debitor opes suas notoriè perspectas habeat, & nihilominus contrahendo unum debitum post alterum, creditores malitiosè seducat, an absolutionem à pœna stellionatûs mereatur. n. 9. fol. 1011.

Utrùm primus creditor consentiens in secundam oppignorationem non solùm jus prioritatis, sed etiam totum jus pignoris amittat. num. 10. fol. 1012.

Quid si primus creditor in secundam pignoris constitutionem non consentiat, sed actui interest, & non contradicit, an sibi præjudicet. num. 11. fol. 1013.

An res prorsùs aliena in pignus constitui possit. (n. 1. fol. 1014.

An non debitor rem alienam oppignorans teneatur actione personali, sive pignoratitiâ contrariâ ad substituendum aliud pignus. n. 2. fol. 1014.

Quid si debitor rem alienam in manibus suis habeat, alteri verò hypothecariè obliget, an creditori adversùs eum actio hypothecaria competat. n. 3. fol. 1015.

An non saltem creditori detur actio pignoratitia contraria, sive sciverit, sive ignoraverit, rem hypothecatam fuisse alienam. n. 4 fol. 1015.

An creditor non habeat jus retentionis adversùs debitorē repetentem rem alienam pignori datam. n. 5. fol. 1016.

In quibus casibus oppignoratio rei alienæ subsistat, & quid si dominus consentiat, vel oppignorationem ratihabeat. n. 6. fol. 1016.

Quid si res oppignoretur sciente, & dissimulante domino. n. 7. fol. 1016.

Quid si oppignoratio fiat sub conditione, quando mea futura sit. n. 8. fol. 1016.

An valeat obligatio rei alienæ, quæ alteri debita est, vel in qua jus habet, ut emphyteusi, feudo, &c. n. 9 fol. 1017.

Quando res aliena tertio oppignorata titulo hæreditatis, vel alio ad oppignorantem deveniat, an pignus, quod antè jam valuit, postea convalescat. n. 10. fol. 1017.

Si res aliena debitoris effecta fuerit, quæ creditori scienti fuit hypothecata, an non creditori competat actio utilis hypothecaria ad persecutionem rei. n. 11. fol. 1017.

An hæc utilis actio non detur contra dominum, si factus est hæres debitoris, qui rem alienam pignori dedit. n. 12. fol. 1018.

Prior tempore, an sit potior jure.

An regula, quòd prior tempore potior sit jure, comprehendat hypothecas diversæ speciei. E. G. tacitam, & expressam, pignus conventionale, & judiciale, &c. n. 1. fol. 1019.

An etiam generalis hypothecarius anterior præferatur speciali. n. 2. fol. 1020.

Quid si generalis hypothecarius ab eodem debitore habeat hypothecam specialem, an non priùs debeat excutere specialem, antequam admittatur ad persequendam generalem. n. 3. fol. 1020.

An prioritas antiquioris hypothecæ generalis extendatur etiam ad bona à debitore specialiter obligata, sed primùm de novo acquisita. num. 4. fol. 1020.

Utrùm etiam in hypotheca pura, & hypotheca in diem, vel sub conditione prioritas locũ habeat. n. 5. fol. 1021.

Quid si autem prior contractus in diem, vel sub conditione initus non fuerit perfectus. n. 6. fol. 1021.

Qui antiquiorem hypothecam habet, an etiam præferatur illi, qui eandem rem postea in pignus accepit. n. 7. fol. 1021.

Si non constet, quis antiquior sit, ille, qui habet hypothecam, vel, qui accepit pignus, quisnam sit præferendus. n. 8 fol. 1022.

Si inter duos hypothecarios unus immissionem ex causa judicati, & sic apprehensionem, sive possessionem impetravit, an non sit prior altero. n. 9. fol. 1022.

Quando duo creditores unius diei concurrunt, an præferatur, qui causam privilegiatam habet, vel, an in tributum veniant. n. 10. fol. 1022.

Quando in tributum vocantur, quæ præportio sit servanda, arithmetica, vel geomethrica. n. 11. fol. 1023.

An in probanda prioritate etiam unius horæ, & momenti ratio habenda sit. n. 12. fol. 1023.

Quid si in uno instrumento duobus vel pluribus creditoribus eadem res diversis temporibus fuerit obligata. n. 13. fol. 1023.

An inter plures creditores in eodem instrumento contentos non præferatur ille, qui in honestiori, & primo loco positus est. n. 14. fol. 1024.

Si duo creditores instrumenta pignoratitia super eadem re habeant, & in uno sola dies, & hora sit denominata, quis ex illis erit potior. n. 15. fol. 1024.

Utrùm res judicata, & sententia definitiva jus hypothecæ, & pignoris tribuat. n. 1. fol 1035.

An plures creditores, qui eodem die sententiam obtinuerunt, in tributum vocentur. n. 2. & 6. fol. 1035. & 1037.

Quid si unus ex creditoribus eo adhuc die pro executione sententiæ pignus capi, & sibi tradi à judice petat. n. 3. fol. 1035.

An mutuantibus sine pactione hypothecæ nihilominus tamen privilegium personale habentibus ille prior sit, qui eodem die citiùs mutuavit, quam alter. n. 4. fol. 1036.

Quotuplicis generis sint creditores chyrographarij privilegiati. n. 5. fol. 1036.

Quis prioritatem temporis probare debeat, & quomodò. n. 7. fol. 1037.

Si creditor probata prioritate sententiæ intra 14. dies executionem petere neglexerit, an cedat omnino jure suo. n. 8. fol. 1037.

Quid si iste terminus 14. dierum effluxerit, non ex culpa creditoris, sed negligentia judicis. n. 9. fol. 1038.

An præjudiciũ fieri possit alijs, qui ad judicium de prioritate citati non sunt. n. 10 fol. 1038.

Possessor bonæ fidei.

Reevicta reus tenetur actori, si non sit bonæ fidei possessor, fructus restituere. n. 1. fol. 703.

Quis dicatur bonæ fidei possessor. n. 2. fol. 703.

Bonæ fidei possessor non tenetur restituere fructus ante litis contestationem perceptos, intelligendo hoc de judicijs particularibus, non universalibus. n. 3. fol. 703.

Item de fructibus ante litem contestatam consumptis. n. 4. fol. 703.

Sed, an etiam industriales debeat restituere. n. 5. fol. 704.

Quid de fructibus pendentibus. n. 6. fol. 704.

Quid de extantibus. n. 7. fol. 704.

Si autem bonæ fidei possessor fructus extantes triennio jam præscripserit. n. 8 fol. 704.

An idem jus etiam sit in fructibus rerum feudalium, quod allodialium. n. 9. fol. 705.

Præscriptio.

Quomodò usucapio germanicè vocetur. n. 1. fol. 559.

An non de Jure antiquo Bavarico fuerit solummodò annalis inter præsentes, & biennalis inter absentes, & quæ successu temporis mutatio supervenerit. n. 2. fol. 560.

De qua præscriptione loquatur hic Art. rerum mobilium, vel immobilium. n. 3. fol. 560.

Quæ requirantur ad hanc præscriptionem. n. 4. fol. 560.

An etiam bona fides. n. 5. fol. 561.

An bona fides non præsummatur, & quando. n. 6. fol. 561.

An prædicta requisita etiam requirantur in bonis feudalibus præscribendis. n. 7. fol. 561.

An non aliud sit, præscribere feudũ contra dominum, & contra extraneum. n. 8. fol. 561.

Qui in præscriptione habeantur pro præsentibus, vel absentibus. n. 9 fol. 561.

An subditi superioris Palatinatus in Bavaria habeantur pro præsentibus, vel absentibus. n. 10. & 11. fol. 562.

Quid dicendum de subditis superioris, & inferioris Bavariæ. n. 12. fol. 562.

An præscriptio reguletur de Provincia, in qua partes domicilium habent, vel ubi res sita est. n. 13. fol. 563.

Exemplum. n. 14. fol. 563.

An actio realis institui possit in loco domicilij. n. 15. fol. 563.

Quid si res quidem sita sit in eadem Provincia, sed valdè remotè. n. 16. fol. 563.

Quid si quis conveniatur de facto in loco rei sita. n. 17. fol. 564.
Quid si quis in pluribus provincijs domicilium habeat. n. 18. fol. 565.
Quid si diversa Provinciæ sint valdè vicinæ. n. 19 fol. 565.
Quid de civitatibus dicendum, quæ nullam Provinciam habent. n. 20. fol. 565.
Quid de vagabundis. n. 21. & 22. fol. 565.
Cui incumbat probatio, vel absentiæ, vel præsentiæ. n. 23. fol. 565.
Quomodò actiones reales extinguantur per præscriptionem. n. 24. fol. 566.
Quare Artic: noster actionem reservet, & qualem. n. 25. & 26. fol. 566.
Quo tempore præscribatur pignori, vel hypotheca. n. 1. fol. 568. (n. 2. fol. 568.
Quare Artic tantùm loquatur de emptione.
A quo tempore incipiat præscriptio contra pignus, & hypothecam. n. 3. fol. 568.
Quare a tempore traditionis, & an etiam a tempore traditionis fictæ. n. 4. fol. 569.
Quatuor casus excepti n. 5. fol. 569.
Quid si hæres debitoris non medio hæreditatis, sed titulo emptionis, à debitore consecutus fuerit. n. 6. & 7. fol. 570.
An hæc distinctio, quæ locum habet in ordinaria præscriptione, etiam extendatur ad præscriptionẽ longissimi temporis. n. 8. & 9. fol. 571.
An hæres debitoris de jure Bavarico, nec longo, nec longissimo tempore jure hypothecæ præscribere possit. n. 10. & 11. fol. 572.
Quid si debitor rem oppignoratam vendat, & inscio creditore in emptorem clandestinè transferat, nihilominùs tamen creditori annuos census solvat. n. 12. fol. 573.
Quid si hic casus non in venditione, sed aliô titulô contingat. n. 13. 14. & 15. fol. 573. & 574.
Quid si debitori pro annuis pensionibus dilatio data fuerit. n. 16. fol. 574.
An per hos quatuor casus præscriptio non omninò eludi possit. n. 17 fol. 574.
Quid si tempore dilationis debitor se de dilapidatione suspectum faciat. n. 18. fol. 575.
An hæc etiam locum habeant in præscriptione longissimi temporis. n. 19. fol. 575.
Quid si emptor distractionem scivit, & tertium ulteriorem emptorem in mala fide non constituit. n. 20. fol. 575.
An verum sit, quòd tempus præscriptionis non incipiat currere, nisi priùs facta excusione bonorum debitoris. n. 21. fol. 575.
An hæc præscriptio nostra Bavarica etiam locũ habeat in rebus Ecclesiæ. n. 22. fol. 576.
An quoque in rebus Monasteriorum, & collegiatarum Ecclesiarum. n. 23. fol. 576.
Quæ præscriptio in permutatione, & alijs contractibus extra emptionem, vel venditionem locum habeat. n. 1. fol. 576.
Quid sint, die Seelgeraith. n. 2. fol. 577.
Quô tempore selgeraidæ, de quibus hic sermo est, præscribantur. n. 3. fol. 577.
Loquendo de præscriptione Ecclesiæ, cui relictæ sunt. n. 4. fol. 577.
An distinguendum etiam inter contractum emptionis, & alios. n. 5. fol. 578.
Quid si Monasterio, vel pio loco notum fuerit, rem pro salute animæ datam, alienam esse. n. 8. fol. 578.
Quid si res feudalis pro salute animæ in selgeraidam fuerit data. n. 7. 8. & 9. fol 578. & 579.
Quid si feudum improprium, seu bursaticum in selgeraidam detur. n. 10. fol. 579.
Quid in curia nostra feudali moris sit. n. 11. fol. 579.
An res emphyteutica in selgeraidam dari possint. n. 12. fol. 579.
Quid si res hypothecata, vel pignori data in selgeraidam concedatur. an, & quo tempore pignori præscribatur n. 13. fol. 580.
An supradicti 4. casus etiã impediant præscriptionem selgeraidæ. n. 14. fol. 580.
An, quæ hic de emphyteusi dicuntur, etiam intelligenda sint de vitalitio, & precario alterato in selgeraidam dato. n. 15. fol. 580.
Quomodò selgeraida ab alio tertio possessore pro libera præscribi possit n. 16. fol. 580.
Quanta præscriptio requiratur contra Ecclesiam Romanam, & in rebus Monasteriorum S. Benedicti, & Cistercienſium. n. 17. fol. 581.
Quomodò una Ecclesia contra aliam præscribat. n. 18 fol. 581.
Præscriptio non alia nisi immemorialis admittitur in iis, in quibus jus commune possidenti resistit. n. 6. fol. 744.

Præscriptio hæreditatis communis inter liberos.

An unus ex pluribus liberis hæreditatem communem contra alios præscribere possit. n. 1. fol. 581.
Quid si quis nesciat, sibi fratrem, vel sororem superesse. n. 2. fol. 582.
Quomodò intelligenda sit l. recusari. 95. ff. de aquir. vel omitt. hæred. n. 3. fol. 582.
Quanto tempore præscribatur actioni fam. hercisc. n. 4. fol. 582.
An post centum annos divisio locum habeat, si hæredes semper in communione fuerint. num. 5. fol. 583.
Quid si autem unus possidens hæreditatẽ, semper putaverit, se solum esse hæredem, & nihil de fratribus sciverit. n. 6. fol. 583.
Quanto tempore præscribantur res mobiles. n. 1 fol. 584.
Quæ sit ratio, quòd citiùs præscribantur, quàm immobiles. n. 2. fol. 585.
An in præscriptione mobilium distinctio sit inter præsentes, vel absentes n. 3 fol. 585.
An etiam res mobiles Ecclesiarum, & piarum causarum trienniô præscribantur. n. 4. fol. 585.
An etiã mobilia Ecclesiæ Romanæ. n. 5. fol. 585.
An deficiente titulo in rebus mobilibus locũ habeat præscriptio 30. annorum. n. 6. fol. 586.
An triennio in re mobili præscribatur pignori. n. 7. fol. 586.
An triennium pro præscriptione dominij imputetur etiam pro præscriptione pignoris. num. 8. fol. 586.

Quare

Quare jura nostra Patria abbreviaverint præscriptionem in immobilibus, & non etiam in mobilibus. n. 9. fol. 586.

Et quare in mobilibus non fiat distinctio inter absentes, & præsentes. n. 10. fol. 586.

Quæ sit distinctio inter successorem universalem, & successorem singularem. n. 1. fol. 587.

An de jure communi mala fides antecessoris noceat successori universali. n. 2. & 3. fol. 587.

An etiam successori singulari n. 4. & 7 fol. 588.

Quid in præscriptione 30. vel 40. annorum. n. 5. fol. 588.

Quæ quæstiones circa præscriptionem in Patria nostra inutiles sint. n. 6. fol. 588.

Quid si singularis successor nolit uti accessione temporis sui antecessoris. n. 8. fol. 589.

Quare loquamur de possessore emptore. n. 9. fol. 589.

An mala fides antecessoris singularis noceat singulari successori in præscribenda actione in pignore. n. 10 fol. 589.

Quæ sit hujus Art: quæstio, an scilicet cognitio rei alienæ superveniens, vitiet præscriptionem. n. 1. fol. 590.

An distinguendum sit inter possessorem ex titulo gratuito, vel oneroso. n. 2. fol. 590.

Quid si talis rem domino restituerit, an repetitionem habeat. n. 3. fol. 591.

An jura nostra statutaria concedant possessori solam retentionem, & non etiam repetitionem. n. 4 fol. 591.

An hæ duæ quæstiones remittantur ad theologos. n. 5. fol. 591.

Quid dicendum de eo, qui de jure suo dubitat. n. 6. fol. 592.

Quid sit dubium speculativum. n. 7. fol. 592.

Quid sit dubium practicum. n. 8. fol. 592.

De quo dubio intelligendus sit Artic: noster. n. 9. fol. 592.

An sufficiat inchoatio debitoris cum bona fide, & an dubium speculativum etiam inchoandæ possessioni nihil officiat. n. 10. & 11. fol. 592. & 593.

Quid si possessor tantùm dubitaverit de persona, an scilicet ad Titium pertineat, & ex postfacto probetur pertinere ad Cajum. n. 12. fol. 593.

Quid sit titulus, & qui sint ad transferendum dominium habiles. n. 1. fol. 594.

An præscribere possit, qui titulum habet inidoneum. n. 2. fol. 594.

Quinam sint tituli inidonei, & invalidi. n. 3. (fol. 594.

An titulus inidoneus etiam obsit in præscriptione longissimi temporis. n. 4. fol. 594.

Remissivè ad scribentes de titulo justo, & injusto, putativo, erroneo, & falso, &c. n. 5. fol. 595.

An titulus pro hærede inter fratres locum habeat. n. 6. fol. 595.

Quando fructus cum re sint restituendi, & quando non. n. 1. fol. 595.

Quid si quis rem præscripsit, & fructus duorum annorum ultimorum adhuc supersint, an prior dominus illos consequatur. n. 2. fol. 596.

Quid si quis ultimo anno præscriptionis de re restituenda fuerit conventus, an, & quos fructus simul cum re debeat restituere. n. 3. fol. 596.

Quid si possessor conventus litē suscipiat, & interea fructus à solo separet. n. 4. fol. 596.

Quid si fructus possideat jam à triennio perceptos. n. 5. fol. 596.

An, & quomodò perceptione aquirantur fructus. n. 6. fol. 597.

An contra præscriptionē restitutio in integrum concedatur. n. 1. fol. 597.

Quæ distinctio adhibenda. n. 2. fol. 597.

Quid si à majorenne petatur ex capite ignorantiæ. n. 3. fol. 598.

Quid de jure nostro Bavarico. n. 4. fol. 598.

An in omni præscriptione hoc locum habeat. n. 5. fol. 598.

Quare Art: ignorantiam, & absentiam conjungat. n. 6. fol. 598.

Quare in longissima præscriptione non duplicetur tempus. n. 7. fol. 599.

An concedatur restitutio ex capite minorennitatis. n. 8. fol. 599.

An impuberes restitutionem habeant. num. 9. fol. 599.

Quando nulla restitutione quoad impuberes, & minores opus sit. n. 10. fol. 599.

Quo tempore minorennes contra præscriptionem restitutionem in integrum petere debeant. n. 11. fol. 599.

An, quod de minorennibus dicitur, etiam sit extendendum ad Ecclesias &c. n. 12. fol. 599.

An saltem usucapio contra defunctum capta, continuetur adversùs hæredem. n. 13. fol. 599.

An absentibus reipublicæ causâ concedatur restitutio. n. 14. fol. 600.

Quomodò restituatur minor contra omissum inventarium. n. 15. fol. 600.

A quo tempore computari debeat quadrieñium restitutionis. n. 16. fol. 600.

Processus.

Processus non est inchoandus ab executione. n. 1. fol. 768.

Prodigalitas.

An prodigis curatores constituendi. n. 1. & 9. fol. 803. & 805.

An Judex eos ex officio constituere teneatur. n. 2. fol. 803.

Utrùm non dehortatio Judicis præcedere debeat. n. 3. fol. 803.

Quando admonitio, & dehortatio nihil proficit, an judex ad affixionem publicorum proclamatum præcedere possit. n. 4. fol. 803.

Quis dicatur prodigus. n. 5. fol 803.

An vitium prodigalitatis esse debeat notorium, vel testibus probatum. n. 6. fol. 804.

An prodigus ad videndum, se pro tali declarari, citandus sit. n. 7. fol. 804.

An prodigus ante declarationem judicis contrahere, & liberè de rebus suis disponere possit. n. 8. fol. 804.

Quid si quis prodigus declaretur, qui reverà prodigus non est. n. 10. fol. 805.

Utrùm publicè declaratus pro interdicto habeatur, si interdictio administrationis fuerit intermissa. n. 11. fol. 805.

Si Judex prohibeat, ne quis cum illo contrahat, non addita ratione, quâ prodigus est, an habeatur pro prodigo declarato. n. 12. fol. 806.

An per nudam constitutionem curatoris sine publica declaratione aliquis pro prodigo censendus sit. n. 13. fol. 806.

Si quis sciens, administrationem prodigo interdictam esse, ante publicationem contrahat, an contractus subsistat. n. 14. fol. 806.

An prodigus obligetur ex contractu jurato, postquam à judice ei administratio jam fuit interdicta. n. 15. fol. 806.

An prodigus ratione gestorum ante declarationem in integrum restitui possit. n. 16. fol. 807.

Quid dicendum de restitutione ex capite læsionis ultra dimidium, vel, si qua mihi justa, &c. n. 17. fol. 807.

An quis desinat ipso jure esse prodigus, si frugaliter vivere incipiat, & quomodò probetur emendatio. n. 18. fol. 807.

An non per testes, & notorietatem probari possit. n. 19. fol. 807.

Utrum, cùm tali ad frugem reverso rectè contrahatur, etiamsi nulla declaratio judicis propterea fuerit facta. n. 20. fol. 808.

Qualiter fiat probatio emendationis per testes. n. 21. fol. 808.

Quid si inter contrahentes, & prodigi conversi curatorem quæstio oriatur de validitate contractûs. n. 22. fol. 808.

Prodigalitas mariti.

Quando dos constanti matrimonio repeti possit. n. 1. fol. 93.

Quid si maritus ad inopiam vergat, & prodigus sit. n. 2. fol. 93.

An hoc etiam in nobilibus personis locum habeat. n. 3. fol. 93.

Quid si maritus sua tantùm dilapidet, an uxoris bona. n. 4. 5. & 6. fol. 94.

Quomodò tutores petendi sint marito prodigo, & à quibus. n. 7. fol. 94.

Quomodò prodigalitas mariti probanda. n. 8. fol. 94. (fol. 95.

An per consanguineos, vel propinquos. n. 9.

An inopia mariti necessariò probanda sit, vel, an incipiat venire ad inopiam. n. 10. fol. 95.

An curatores prodigi mariti inventarium conficere debeant. n. 11. fol. 95.

An etiam nobiles personæ, si ejusmodi curatores constituantur. n. 12. fol. 95.

An mulieres post prodigalitatem mariti jus habeant de bonis suis pro lubitu disponendi. n. 13. fol. 95.

Cur uxori alij curatores adjungendi sunt. n. 14. fol. 96.

Cur mulier possit esse tutrix liberorum, & non sui mariti. n. 15. & 16. fol. 96. & 97.

An mortua uxore viri prodigi liberis idem jus competat, quod habuit eorum mater. n. 17. fol. 97.

Quamdiu duret curatela mariti prodigi. n. 18. fol. 98.

An maritus se à curatela per præstationem cautionis liberare possit. n. 19. fol. 98.

Proprius homo.

An homo proprius vendi possit. n. 1. fol. 269.

An etiam alijs contractibus alienari. num. 2. fol. 269.

An possit legari, & an hæredes de remissione teneantur, si fuerit alienus. n. 3. fol. 269.

An etiam in proprijs hominibus fructus sequatur ventrem, vel potiùs dominium patris. n. 1. fol. 272.

Quid in hac re de Jure nostro Bavarico dicendum sit. n. 2. fol. 272.

Quid si conjuges conditionis servilis spectent ad diversos dominos. n. 3. fol. 272.

Quid si homo proprius mulierem liberam pro uxore sua habeat. n. 4. fol. 273.

An id, quod de divisione liberorum servilis conditionis inter Principem, & status Provinciales conventum est, etiam locum habeat in alijs ejusmodi casibus. n. 5. fol. 273.

Quare liberi masculi scilicet filij, sequantur conditionem suæ matris, & fœminæ conditionem patris sui in hominibus proprijs. num. 6. & 7. fol. 274.

An homines proprij matrimonium contrahere possint. n. 1. fol. 275.

Quare de jure civili veri servi non habuerint verum matrimonium. n. 2. fol. 275.

An matrimonium solummodò consistat inter personas servilis conditionis, vel, an etiam consistat, si una persona ex illis sit persona libera. n. 3. fol. 275.

Quid de veris servis infidelibus dicendum. n. 4 fol. 275.

Quid si homo liber cum ancilla, vel ècontra, si mulier libera cum homine proprio, aut servo ignoranter matrimonium inierit. n. 5. fol. 275.

An adscriptitij, & homines proprij matrimonium inire possint. n. 6. fol. 275.

An etiam cum liberis hominibus. n. 7. fol. 275.

Quæ hac in parte differentia sit inter Jus canonicum, & civile. n. 8. fol. 275.

Quæ, aut qualis ratio sit, quòd jus civile matrimonium servi adscriptitij cum muliere libera contractum improbet. n. 9. fol. 276.

Quid de homine proprio infideli dicendum. n. 10. fol. 276.

Quis in controversia de ignorantia, vel scientia inter homines diversæ conditionis ad probationem obligatus sit. n. 11. fol. 276.

An in matrimonio inter homines proprios, vel unius, cum alia persona libera, consensus domini proprietarij necessarius sit. n. 12. fol. 276.

An homines proprij matrimonium inter se contrahere possint. n. 13. fol. 277.

An etiam valeat statutum, ut homo proprius non possit matrimonium contrahere extra districtum domini sui proprietarij. n. 14. fol. 277.

Quid si tamen homo proprius contra Statuta nostra Bavarica nihilominùs matrimonium extra Provinciam sui domini contraxerit. n. 15. fol. 278.

An dominus proprietarius pro præstando consensu ad matrimonium hominis proprij in, vel extra

tra Provinciam suam contrahendum aliquid possit accipere. n. 16. fol. 278.
Quæ sit distinctio inter homines proprios, & mixtos. n. 1. fol. 279.
Qui sint homines proprij realiter tales. n. 2. fol. 279.
An bona ex nuda possessione hominum propriorum fiant realiter servilia. n. 3. fol. 279.
Quid si quædam consuetudo sit, ut bonum possessorem suum faciat hominem proprium. n. 4. fol. 279.
An observantia antiqua, & antiqua consuetudo synonima sint. n. 5. fol. 279.
An observantia totius alicujus districtûs sufficiat, vel, an debeat observantia singulorum prædiorum illius districtus probari. n. 6. fol. 280.
Quale tempus ad talem observantiam requiratur. n. 7. fol. 280.
Quid si possessor talis boni ignorantiam habuerit, quòd possessio hujus boni faciat illum servilis conditionis. n. 8. fol. 280.
An ignorantia præsummatur. n. 9. fol. 280.
Quid si liber homo tale bonum possidens uno anno servitia præstiterit, ad adhuc possit ignorantiam allegare. n. 10. fol. 281.
Quid si non ipse, sed ejus conductor solverit, an domino præjudicet. n. 11. fol. 281.
An ipse conductor, domino serviles præstationes solvendô, servus fiat. n. 12. fol. 281.
An filij liberi nihilominùs permaneant, si pater illorum se per possessionem ejusmodi boni hominem proprium fecerit. n. 13. fol. 281.
An uxor simul cum marito per possessionem talis boni conditionis fiat servilis. num. 14. & 15. fol. 281.
An talis homo dimittendo bonū recuperet suam libertatem priorem. n. 16. fol. 282.
An semper dimittere possit n. 17. fol. 282.
An à tali possessore mortuarium peti possit. n. 18. fol. 282.

Pupillus.

Quando intelligenda sit regula, quòd pupilli, & minorennes legitimam personam standi in judicio non habeant. n. 1. fol. 363.
An etiam de Jure Statutario nostro pupilli, & minorennes cum authoritate tutorum, vel curatorum suorum in judicio stare possint. num. 2. fol. 363.
Quid illorum præsentia prosit. n. 3. fol. 364.
Quæ sit differentia inter procuratorem, & actorem. n. 4. fol. 364.
An valeat sententia, quam pupillus, vel minorennis obtinet sine tutore, vel curatore. n. 5. fol. 364.
An in judicio admitti possint pupillus, & minorennis. n. 6. fol. 364.
Quod si minorennis se majorem mentitus fuerit. n. 7. fol. 364.

R.

Redhibitio.

Qui fuerint Romæ ædiles. n. 1. fol. 414.
Quod sit primum edictū ædilitiū. n. 2. fol. 414.
De quo genere edicti hic agatur. n. 3. fol. 414.
An ædilitium edictum tantùm locum habeat in jumentis, vel etiam in alijs rebus vitiosis. n. 4. fol. 414.
Et in quibus. n. 5. fol. 415.
Quæ sit differentia inter actionem redhibitoriā, & quanti minoris. n. 6. fol. 415.
An possint simul intendi. n. 7. fol. 415.
An tres species morborū sint restrictæ, vel etiam extendi possint ad alia vitia. n. 8. fol. 415.
Quid de alijs vitijs quoque conventum sit. n. 9. fol. 416.
Quid si venditor in genere tantùm promiserit, equum esse sine vitio. n. 10. fol. 416.
An redhibitoria, & quanti minoris etiam in levibus vitijs locum habeant. n. 11. fol. 416.
Quare semper locuti fuerimus solummodò de equis, & non etiam de jumentis alijs. n. 12 fol. 416.
Quænam sint tres illæ species vitiorum, in quibus redhibitio locum habere potest, & in specie, quid sit tabes. n. 13. fol. 416.
Quid sit scabies. n. 14. fol. 417.
An idem sit quod impetigo, & quotuplex illa. n. 15. fol. 417.
Quid sit pulmonaria. n. 16. fol. 417.
Quanto tempore utraque actio duret. n. 17. fol. 418.
Quot casus quoad duratione harum actionum distinguendi. n. 18. fol. 418.
An articulus noster locum habeat ratione harum trium specierum, & in reliquis animalibus vitiosis. n. 19. fol. 418.
Quid si venditor de his tribus vitijs scientiam habuerit. n. 20. fol. 419.

Retractus.

Quid sit jus retractûs, & quibus alijs nominibus vocetur. n. 1. fol. 602.
An hoc jus de jure communi in usu fuerit. n. 2 fol. 602.
An hæc consuetudo sit rationabilis. n. 3. fol. 602.
Quot sint species juris retractûs. n. 4 fol. 602.
Quibus personis jus retractûs non competat. n. 5. fol. 603.
An retractus jure dominij, vel jure consanguinitatis potior sit. n. 6. fol. 603.
An oblatio consanguineis facienda, sit de substantia actûs. n. 7. fol. 603.
Quæ sit differentia inter oblationem, quam consanguineus consanguineo, & vasallus domino facere debet. n. 8. fol. 603.
Et quando domini consensus sit de substantia actûs. n. 9. fol. 603.
Quid si dominus consensum dederit ad alienandum feudum, vel emphyteusin in extraneum, an consanguinei tamen jus retractûs habeant. n. 10. fol. 604.
An cognatis extra Provinciam constitutis oblatio fieri debeat. n. 11. f. 604.
An etiam res mobiles juri retractûs subjaceant. n. 12. fol. 604.
An clericus consanguineus jus retractûs habeat. n. 13. fol. 605.
An etiam clericis per jus retractûs succedi possit. n. 14. fol. 605.
An Monachi, & regulares jus retractûs habeant. n. 15. fol. 605.

An

An ipsorum cognati in rebus Monachorum jus retractûs habeant. n. 16. *fol.* 605.

An ipsis monasterijs jus retractûs in bonis Monachorum competat. n. 17. *fol.* 605.

Quid si ipsum monasterium res alicujus Monachi paternas, aut avitas alienet, an sit locus juri retractûs. n. 18. *fol.* 605.

Quæ requirantur, ut post oblationem consanguineis factam ad celebrandam venditionem cum extraneo deveniri possit. n. 1. *fol.* 608.

Quæ sit differentia, si oblatio omninò non est facta, & si facta sit nondum acceptata. n. 2. *fol.* 608.

An oblatione facta consanguineus debeat, se ad contrahendum resolvere. n. 3. *fol.* 608.

Vel juri retractûs renunciare. n. 4. *fol.* 608.

Quid si solummodò taceat, aut nec consentiat, nec dissentiat. n. 5. *fol.* 608.

Quid si consanguineus retractum expressè sibi reservet. n. 6. *fol.* 608.

Quid si consanguineus expressè dicat, ad oblationem se nolle emere. n. 7. *fol.* 609.

An, & quando domino rei feudalis detur jus superretractûs. n. 8. *fol.* 609.

Quæ distinctio sit, si consanguineus simpliciter dicat, se nolle emere, vel si dicat, se nolle nunc *emere. n.* 9. *fol.* 610.

Jus retractûs ad quem gradum cognationis se extendat. n. 10. *fol.* 610.

Ad quem de jure statutario. n. 11. *fol.* 610.

Quomodò gradus in jure retractûs numerentur, an secundum Jus canonicum, vel civile. n. 12. *fol.* 610.

Quare Jus retractûs in Patria nostra ita restrictum sit. n. 13. *fol.* 611.

An Jus retractûs detur affinibus, marito, aut uxori. n. 14. *fol.* 611.

Quomodò *maritus ratione liberorum in rebus uxoris Jus retractûs habeat. n.* 15. *fol.* 611.

Explicatur casus hîc propositus. n. 16. *fol.* 611.

Resolvitur casus pro patre. n. 17. *fol.* 612.

Sed, an etiam locum habeat in matre. n. 18. *fol.* 612.

Quid si uxor alienet rem dotalem. num. 19. *fol.* 612.

Quid si alienet res paraphernales. num. 20. *fol.* 612.

Saltem cum consensu mariti. n. 21. *fol.* 612.

Quid si uxor alienaverit bona receptitia. n. 22. *fol.* 612.

Quid si nulli liberi adsint. n. 23. *fol.* 613.

Quomodò intelligendum sit, quòd maritus ex persona uxoris Jus retractûs habeat. num. 24. *fol.* 613.

Quid si uxor consentiat, ut maritus reluat, sed tamen, ut bonum fiat uxoris receptitium. n. 25. *fol.* 613.

Quare semper in jure retractûs propinquior remotiori consanguineo. n. 26. *fol.* 613.

Quid si propinquior hoc Jure uti nolit. n. 27. *fol.* 613.

An hoc Jus cessile sit. n. 28. *fol.* 613.

An propinquior consanguineus saltem per mutationem hoc Jus in remotiorem transmittere possit. n. 29. *fol.* 614.

Quid si venditor rem alienaverit in remotiorem consanguineum. n. 30. *fol* 614.

Quid si proximus consanguineus velit ad contrahendum gradu propinquiorem transilire. n. 31. *fol.* 614.

An hoc Jus consanguineis incolis, & extraneis commune sit. n. 32. *fol.* 614.

Quanto tempore duret Jus retractûs. n. 33. *fol.* 615.

Quare oblatione facta tantùm concedatur anni spatium. n. 34. *fol.* 615.

An detur contra tertium possidentem. n. 35. *fol.* 615.

Quid si ex statuto nullum certum tempus constituatur. n. 36. *fol.* 616.

Quid si oblatio non fuerit facta. n. 37. *fol.* 616.

An huic annali, vel biennali præscriptioni addendus sit unus, vel binus dies. n. 38. *fol.* 616.

Quid si consanguineus se restrinxerit ad ultimam horam. n. 39. *fol.* 616.

An actus intra annum cæptus, vel absolutus esse debeat. n. 40. *fol.* 616.

A quo tempore fieri debeat computatio anni, vel biennij. n. 41. *fol.* 617.

An à die venditionis, vel traditionis. n. 42. *fol.* 617.

Quid hac in parte decisum in oonstitutionibus nostris. n. 43. *fol.* 617.

An venditio immobilium à plebeis fieri possit extrajudicialiter. n. 44. *fol.* 617.

Quid si autem notificatio venditionis ante traditionem facta fuerit. n. 45. *fol.* 618.

An in computatione anni etiam numerandæ sint horæ, quæ 365. dierum spatium excedunt. n. 46. *fol.* 618. (*fol.* 618.

An hic annus sit utilis, vel continuus. n. 47.

Quomodò computetur annus utilis, & continuus. n. 48. *fol.* 618.

Quomodò de Jure nostro statutario in hac materia retractûs. n. 49. *fol.* 619.

An non remotioribus consanguineis lapso primo anno sit alter concedendus. n. 50. *fol.* 619.

Quid si res inter annum, & diem sæpiùs, & in diverso pretio fuerit vendita. n. 51. *fol.* 619.

An consanguineus non teneatur ex mora sua ad ultimum pretium, &, an emptorem primum semper teneatur indemnē servare. n. 52. *fol.* 620.

Quid si res secunda vice minoris vendita fuerit. n. 53. *fol.* 620.

Quid si alteri donata. n. 54. *fol.* 620.

Quid si termini primi emptoris nondum fuerint decursi. n. 55. *fol.* 621.

An in tali emptione sub terminis venditor solutiones in terminos dilatas exspectare debeat. n. 56. *fol.* 621.

Quæ sit hujus emptionis utilitas. n. 57. *fol.* 621.

An etiam ficta traditio sufficiat ad computationem anni, vel biennij. n. 58. *fol.* 621.

An facta traditione per constitutum cursus biennij sufficiens sit loco realis traditionis. n. 59. *fol.* 621.

An præscriptio anni, vel biennii à traditione incipere possit, si actori fides de pretio habita fuit. n. 60. *fol.* 622.

An consanguineus retrahens etiam gaudeat fide de pretio habita. n. 61. fol. 622.

An hoc biennale tempus adeò continuum sit, ut nulla restitutio in integrum detur contra illud. n. 62. fol. 622.

An restitutio in integrum hac in parte etiam minoribus denegetur. n. 63. fol. 622.

An casus belli, famis, &c. sufficiens impedimentum sit excusandi omissum retractum. n. 64. fol. 623.

Quid si impedimentum juris concurrat. n. 65. fol. 624.

An annus, vel bieñium interrumpatur per nudam declarationem utendi retractu. num. 66. fol. 624.

An venditio cum pacto de retrovendendo sit pura, vel conditionalis. n. 1. fol. 625.

Transit talis venditio cum eodem onere reluitionis in consanguineum retrahentem. num. 2. fol. 625.

Sive venditor sibi, vel tertio cuidam hoc Jus reluendi reservaverit. n. 3. fol. 625.

Quid si ipse venditor ad excludendum consanguineum à retractu uti velit Jure reluitionis, quis ex his duobus præferendus. n. 4. fol. 626.

Quid si Jus reluendi primùm post certum tempus reservatum sit. n. 5. fol. 626.

Quando venditor patitur consanguineum retrahere, an non videatur per hoc Juri suo reluitionis renunciare. n. 6. fol. 626.

A quo die incipiat tempus retractûs in venditione sub conditione facta. n. 7. fol. 626.

Quid si res eventualiter vendita ante conditionis existentiam tradita fuerit. n. 8. fol. 626.

An consanguineus ante conditionis eventum, si se ad pretij solutionem offerat, retrahere possit. n. 9. fol. 627.

Quot sint conditiones. n. 10. fol. 627.

Licèt consanguineus pendente conditione ad retrahendum admittatur, nihilominùs validitas contractûs ab eventu illius dependet. n. 11 fol. 627.

An retractûs locum habeat in venditione sub conditione resolutiva. n. 12. fol. 627.

An Jus retractûs locum habeat in rebus mobilibus, si simultaneè cum immobilibus vendantur. n. 1. fol. 628.

Quid si autem specialiter, & separatim in æstimationem veniant. n. 2. fol. 628.

Quænam venditio indivisibilis dici possit. n. 3. fol. 628.

An consanguineus retrahens ad integrum pretium teneatur, si emptor V. G. villam sine mobilibus non fuisset empturus. n. 4. fol. 628.

An nomina, & actiones inter mobilia numerentur. n. 5. fol. 629.

Utrùm non à Jure Protomiseos excludantur. n. 6. fol. 629.

Quid si in locum rei extra familiam alienatæ instrumentum obligationis adsit, & in extraneam vendatur, an retrahi possit. n. 7. fol. 629.

Quid in hoc articulo tractetur. n. 1. fol. 630.

Quid si retrahens non in suam, sed alterius utilitatem, & lucri faciendi causa retrahat. n. 2. fol. 630.

Si consanguineus de fraude suspectus sit, an per juramentum se purgare debeat. n. 3. fol. 631.

An illi Judex hoc juramentum ex officio deferre debeat. n. 4. fol. 631.

Quid si emptor non juramentum, sed cautionem à consanguineo petat, an illam præstare teneatur. n. 5. fol. 631.

Si vicissim consanguineus à venditore, & emptore juramentum petat, quid jurare debeant. n. 6. fol. 631.

Quæ sit formula horum juramentorum. n. 7. & 8. fol. 631. & 632.

An post juramentum præstitum adhuc fraudis probatio admittatur. n. 9. fol. 632.

Quæ indicia sufficiant ad probandum dolum. n. 10. fol. 632.

Utrùm consanguineus rem retractam perpetuò retinere debeat, & an non propter infortunium superveniens statim iterum alienare possit. n. 11. & 12. fol. 632.

An dictum juramentum sit judiciale, & formaliter præstari debeat, vel, an sufficiat, sub fide nobili, & sacerdotali attestari. n. 13. fol. 633.

An consanguineo venditori, & emptori propter contrariam probationem pœna periurij, & infamiæ irrogari possit. n. 14. fol. 633.

Quæ personæ non ad formale Juramentum, sed tantùm sub fide vera, & sincera teneantur. n. 15. fol. 633.

Qualis pœna statuatur in consanguineum, qui ex jure retrahendi nundinationem facit. n. 16. fol. 634.

An consanguineus se à suspicione hujus nundinationis, & extorsionis purgare possit. num. 17. fol. 634.

An dominus directus retrahens res feudales, & emphyteuticas à vasallo, vel emphyteuta venditas ad simile juramentũ teneatur. n. 18. fol. 634.

Quænã consanguineus emptori extraneo, si vult retrahere, præstare debeat. n. 1. fol. 636.

Si collusio inter venditorem, & emptorem circa pretium suspiciatur, quid agendum consanguineo. n. 2. fol. 636.

Quid si venditor emptori pretium in totum, vel pro parte remisisset. n. 3. fol. 636.

Quid si venditor rem venditam æstimaverit, an censeatur facta in favorem emptoris, vel consanguinei retrahentis. n. 4. fol. 637.

An retrahens teneatur ad plùs, vel minùs, quàm emptor extraneus. n. 5. fol. 637.

Quid si sit prodigus, & inexigibilis, an termini solutionis ipsi non rectè denegentur. num. 6. fol. 637.

An verbalis oblatio pretij sufficiat, præsertim, si pretium sit illiquidum. n. 7. fol. 637.

Quodnam pretium restituendum, si durante tempore retractûs res iterum pluris, vel minoris vendatur. n. 8. fol. 637.

Quid si retrahens velit loco parata pecuniæ idoneos fidejussores, & pignora dare. n. 9. fol. 638.

An sufficiat oblatio Judicialis sine actuali dispositione. n. 10. fol. 638.

Apud quem Judicem hæc oblatio fieri debeat. n. 11. fol. 638.

An

An numeratio actualis pecuniæ paratæ in præsentia testium requiratur. n. 12. fol. 638.
Utrùm consanguineus retrahens possit compensatione erga emptorem uti. n. 13. fol. 638.
Qui juratò promisit solvere, an per compensationem juramentum impleat. n. 14. fol. 639.
Quid si emptor pretium nondum solvit, an consanguineus nihilominùs compensationem opponere possit. n. 15. fol. 639.
An detur compensatio debiti illiquidi, & quod vocetur debitum liquidum. n. 16. fol. 639.
An præstari debeat pretium conventum, vel verum, & commune. n. 17. fol. 639.
An consanguineo adversùs venditorem competat beneficium. l. 2. Cod. de rescind. vendit. n. 18. fol. 640.
In qua moneta restitutio pretij fieri debeat. n. 19. fol. 640.
Quid si mutatio monetæ contingat. num. 20. fol. 640.
Quid si de certa specie inter venditorem, & emptorem conventum fuerit. n. 21. fol. 641.
Quid si tempore contractûs moneta conventa in usu esse desierit. n. 22. fol. 641.
Aut publico edicto prohibita fuerit. num. 23. fol. 641.
In quali moneta pretium restituendum, si nulla species expressa, & determinata fuerit. n. 24. fol. 641.
Utrùm constitutio Imperialis Augustano de Anno 1569. adhuc practicabilis sit. n. 25. fol. 641.
An etiam arrha restituenda. n. 26. fol. 641.
An arrhæ inter sumptus legales, & necessarias referendæ sint. n. 27. fol. 642.
Quid si arrha constituatur in pœnam, si una, vel altera pars à contractu resilire velit. n. 28. fol. 642.
Quis refundere teneatur expensas Judiciales pro erectione instrumentorum. n. 29. fol. 642.
Qualis abusus fiat in præfecturis quibusdam, & dicasterijs nobilium. n. 30. fol. 642.
Quid articulus disponat de expensis bibalibus. n. 31. fol. 643.
An omnes indistinctè expensæ à retrahente refundi debeant, & inprimis an necessariæ. n. 32. fol. 643.
Quid de utilibus dicendum? Remissivè. n. 33. fol. 643.
Quid si emptor pretium oblatum à consanguineo sine justa causa recuset, & quid observandum in depositione judiciali. n. 34. fol. 643.
De abusu quorundam Judiciorum circa depositionem. n. 35. fol. 643.
Depositio, sicut solutio debet fieri in moneta conventa, vel justa, & usuali. n. 36. fol. 644.
Ad depositionem citandus emptor. num. 37. fol. 644.
Quid si copia judicis haberi nequeat, in quo loco depositio facienda. n. 38. fol. 644.
Si retrahens pecuniam depositam revocet, an censeatur à retractu recessisse. n. 39. fol. 644.
Utrùm retrahens etiam teneatur ad refundendum laudemium, vel relevium. n. 40. fol. 644.
An duplex laudemiũ debeatur. n. 41. fol. 644.
Quid si semper propinquiores intervenirent, an ad præstandum laudemium tenerentur. num. 42. fol. 645.
Cur in feudalibus, & emphyteuticis tot laudemia, & relevia exigantur, quot mutationes possessorum contingunt, & non item in retractu. n. 43. fol. 645.

Retrahens succedit in Jus primi emptoris.

Si in venditione facta sint dilationes cum interusurio, & aliæ conditiones, an à retrahente præstandæ. n. 1. fol. 646.
Quid si conditiones non in continenti, sed ex intervallo venditioni accedant, & quid in continenti fieri dicatur. n. 2. fol. 646.
Venditio transit in retrahentem omni Jure, id est, omnibus actionibus activis, & passivis. n. 3. fol. 647.
Quid si venditor consanguineum admittere nolit, quia homo est litigiosus, & cavillator. n. 4. fol. 647.
An id, quod de consanguineo prodigo, & de fallimento suspecto ratione cautionis dictum, non etiam sit intelligendum de litigioso, & cavillatore. n. 5. fol. 647.
In hoc articulo duo casus comprehenduntur. n. 1. fol. 649.
Emptor abstinere debet ab ædificationibus, & reparationibus non necessarijs. n. 2. fol. 649.
Quæ dicantur expensæ necessariæ. n. 3. fol. 649.
Expensæ necessariæ à malæ fidei possessore, imò, & prædone deducendæ. n. 4. fol. 649.
Ad securè procedendum, an sufficiat peritorum Judicium de necessitate reparandi, vel requiratur cognitio, & authoritas Judicis. n. 5. fol. 649.
An emptor etiam expensas utiles repetere possit. n. 5. fol. 649.
An emptori melioramenta non liceat tollere, si commodè potest. n. 7. fol. 650.
Sed quid si retrahens tantundem paratus esset solvere, quantum ex melioramentis ablatis emptor habiturus foret. n. 8. fol. 650.
Qualis æstimatio facienda, secundum valorem, prout cum re sunt conjuncta, vel separata. n. 9. fol. 650.
An emptor teneatur de damno subsecuto, si rem ruinosam intra tempus retractûs non reparet. n. 10. fol. 650.
An hæ expensæ necessariæ cum fructibus compensari possint. n. 11. fol. 650.
Quid si melioramenta necessaria casu fortuito perierint. n. 12. fol. 650.
Quid si emptor centum florenos impendit, sed per hoc rem ducentis melioravit. n. 13. fol. 651.
Utrùm emptori liceat, intra tempus retractûs annuas pensiones distrahere, & redimere. n. 14. fol. 651.
An hoc etiam intelligendum sit de annuis pensionibus cessis. n. 15. fol. 651.
Quales item pensiones, vel, quæ fundo vendito debentur, vel, quæ ex fundo debentur. n. 16. fol. 651.

An id, quod de prohibito distractu annuarum pensionum statutum est, ex paritate rationis ad alia Jura, & actiones extendi possit. num. 17. fol. 651.

An emptor post traditionem rei intra tempora retractûs fiat irrevocabiliter dominus. n. 18. fol. 651.

Si intra tempus retractûs ulterior fiat venditio, an sit nulla, & invalida. n. 19. fol. 651.

Quomodò possit esse nulla, cùm emptor fuerit verus dominus. n. 20. fol. 652.

Quid si res intra tempora retractûs perierit, estné periculum primi, vel secundi emptoris. n. 21. fol. 652.

An annullatio secundæ, vel ulterioris venditionis fiat tantùm in favorem retrahentis, vel ob alium respectum, & finem. n. 22. fol 652.

An id, quod de ulteriori venditione hic dictum, etiam ad alios contractus extendatur. num. 23. fol. 653.

Utrùm etiam oppignoratio, vel hypothecatio prohibita sit. n. 24 fol. 653.

An item concessio in feudum, vel emphyteusin. n. 25. fol. 653.

Sed quid dicendum de locatione. num. 26. fol. 653.

An non saltem per retrahentem locatio tollatur. n. 27 fol 654.

An durante tempore retractûs emptori prohibeatur, in prædio empto arbores cædere. n. 28. fol. 654.

Quid si nulla notabilis casura fiat, sed tantùm pro necessitate domestica. n. 29. fol. 654.

Tempore retractûs, nec novas servitutes fundo imponere, nec formam ejus mutare permissum est. n. 30 fol. 654.

Etsi hoc fiat, licèt non malitiosè, sed culposè tantùm, ad damna, & interesse competit actio. n. 31 fol. 654.

Impensæ pro colendis agris, & fructibus colligendis, &c. restituendæ sunt. n. 32 fol. 655.

Potest etiam emptor illas propria authoritate deducere. n. 33. fol. 655.

Retrahendi pretium primi emptoris exponi debet.

Quàm pulchrè, & convenienter circa Jus retractûs articuli nostri disponant. n. 1. fol. 656.

An tam emptor, quàm venditor teneatur consanguineo retrahenti verum pretiū cum suis conditionibus, & qualitatibus exponere, & enunciare. n. 2. fol. 656.

An emptor, & venditor instrumentum super hunc contractum erectum retrahenti exhibere debeant. n. 3. fol. 656.

Si instrumentum publicum adsit, an contrahentes nihilominùs ad sinceram significationem pretij sub juramento, vel fide nobili faciendam adigi possint. n. 4 fol 656.

Quid si in instrumento sum̄a, & quantitas pretij specificè non comprehendatur. n. 5. fol. 657.

An emptio, & venditio solummodò coram testibus sine instrumenti erectione celebrata sit. n. 6. fol. 657.

Quid si tantùm privata contrahentium scriptura adsit. n. 7. fol. 657.

Quæ pœna contrahentibus maneat, si falsa instrumenta fieri procurent, aut aliter contractum in præjudicium retrahentis enuncient. num. 8. fol. 657.

Supradictum Juramentum potiùs est testimoniale, quàm judiciale. n. 9. fol. 657.

Qui sub fide nobili deponunt, an tanquam periuri, & falsarij puniendi, & habendi sint. n. 10. fol. 658.

Ex jure successorij edicti desumitur regula generalis, quòd nimirum proximior excludat remotiorem. n. 1. fol. 659.

Quid si autem in retractu remotior sibi vigilaverit, & proximior id neglexerit. n. 2. fol 659.

Quis dicatur proximus. n. 3 fol. 660.

An proximitas inspicienda sit à tempore venditionis, aut per totum tempus anni, vel biennij, intra quod retractus competere potest. num. 4. fol. 660.

Quid si intra tempus retractûs nascatur posthumus, an excludat patruum, qui se pro retractu jam declaravit. n. 5. fol. 660.

An proximitas desumenda à primo acquirente, vel ab illo, qui alienavit rem extra familiam. n. 6. fol. 660.

Remotior non præjudicat proximiori, etiamsi priùs ad retrahendum se insinuaverit. num. 7. fol. 661.

Nisi aliud consuetudine receptu sit, quæ in materia retractûs observanda. n. 8. fol. 661.

Sed quid si plures in gradu æquales, an non pro rata admittendi. n. 9. fol. 661.

An declaratio pro jure retractûs judicialiter fieri debeat. n. 10. fol. 661.

Quid, si æquales in gradu sine præventione simultaneè se ad Jus retrahendi insinuant, an res dividenda, vel sorti committenda. num. 11. fol. 662.

An non saltem ex paribus in gradu præferendus, qui in re vendita cum alienante partem, & consortium habuit. n. 12. fol. 662.

An requiratur pars æqualis, sive dimidia, vel, an sufficiat triens, quadrans, &c. num. 13. fol. 662.

Quando is, qui partem in re alienata habet, est remotior, an præferatur nihilominùs proximiori. n. 14. fol. 662.

An idem respectus sit vicinitatis inter pares in gradu, qui fuit communionis, & consortij. n. 15. fol. 662.

Si uterque in pari gradu, sed unus in re vendita majorem communionem, & partem habeat, quàm alter, an non huic præferendus. num. 16. fol. 663.

An remotiores per fictionem repræsentationis in retractu, sicut in successione cum proximioribus admittendi. n. 17. & 20. fol. 663. & 664.

Jus repræsentationis locum non habet in fideicommissis, Jure patronatûs, &c. Remissive. n. 19. fol. 663.

An duplicitas vinculi in retractu consideranda sit. n. 19. & 23. fol. 664. & 665.

An

An non differentia constituenda inter agnatos, & cognatos ex linea paterna, vel materna venditori conjunctos. n. 21. & 22. fol. 664.

Quid si res vendita provenerit ex hæreditate paterna, vel materna. n. 24. fol. 665.

Opinio Berlichij improbatur. n. 25. fol. 665.

Quid dicendum, si res à marito, & uxore conjunctim vendatur, aut communis utrisque, aut alterutrius propria. n. 26. fol. 665.

Quando emptor rem venditam primo venditori iterum vendit, an secundi venditoris consanguineis jus retractûs competat. n. 27. fol. 666.

Quid si autem revenditio facta fuerit intra tempus retractûs, qui consanguinei præferendi, primi, vel secundi venditoris. n. 28. fol. 666.

In hoc Art. repetitur, quòd jus retractûs competat ad 4. usque gradum inclusivè. num. 1. fol. 666.

Additur, quòd computatio debeat fieri non secundum Jus canonicum, sed civile. num. 2. fol. 666.

Quid si circa computationem alia consuetudo locorum sit. n. 3 fol. 666.

An clerici à foro sæculari exempti nihilominùs teneantur computationem facere secundum Jus civile. n. 4 fol. 664.

An clericus retrahens teneatur ad solvenda laudemia, & gabellas. n. 5. fol. 664.

Retractui, an censeatur renunciâsse, qui contractui præsens est, & tacet.

Utrùm consanguineus præsens contractui, & tacens sibi præjudicet. n. 1. fol. 672.

An venditor teneatur consanguineo actui venditionis præsenti de re vendenda ante omnia oblationem facere. n. 2. fol. 673.

An non sibi jus in salvo reservare possit sine cathegorica declaratione. n. 3. fol. 673.

Quid si de bibalibus participaverit. num. 4. fol. 673.

Quid si consanguineus tale aliquid gerat, ex quo ipsius consensus non permissivus, sed dispositivus colligi possit. n. 5. fol. 673.

Quales hi actus esse debeant. n. 6. fol. 674.

Quibus casibus consanguineus ipso facto jus retractûs amittat. n. 7. fol. 674.

An tutor, vel curator consanguineus sibi præjudicet, minori alienanti authoritatem suam accomodando. n. 8. fol. 674.

Quid si consanguineus actui venditionis tanquam testis accedat. n. 9. fol. 975.

Quid si instrumentum simul subscripserit, & sigillaverit. n. 10. fol. 675.

Retractus in bonis feudalibus, emphyteuticis, &c.

An jus retractûs locum habeat in bonis feudalibus, & emphyteuticis, item in censibus, & annuis reditibus. n. 1. & 5. fol. 676.

Quid si feudum novum sit, & non antiquum. n. 2. fol. 676.

An in bonis emphyteuticis dominus retrahens præferatur consanguineo. n. 3. fol. 676.

Utrùm idem jus sit, quando emphyteusis est perpetua, modalis, vel temporalis. n. 4. fol. 676.

An etiam à rusticis tempora retractûs exactè observanda. n. 6. fol. 676.

An æquè ad modum retrahendi præscriptum obligentur. n. 7. fol. 677.

An retractum petere debeant cum præscitu, & voluntate domini directi, & an dominus consensum denegare possit. n. 8. fol. 677.

Retractus consanguineis permissus dominis directis in suis Juribus nihil præjudicat. num. 1. fol. 678.

Domini emphyteutici consanguineis sunt præferendi. n. 2. fol. 678.

An etiam hoc in dominis feudalibus obtineat. n. 3. fol. 678.

Quæ distinctio facienda inter feuda bursatica, & equestria. n. 4. fol. 678.

Qualis actio, sive remedium competat consanguineis, si feudum equestre alienetur. num. 5. fol. 678.

An dominus directus per consensum suum præstitum sibi præjudicet, & retractum sibi competentem amittat. n. 6. fol. 679.

Quid si det solummodo consensum ad alienandum. n. 7. fol. 679.

Quid si etiam consentiat, ut consanguineus rem alienatam retrahere possit. n. 8. fol. 679.

An non saltem sigillatio officiat dominis directis, sicut subscriptio, & subsignatio consanguineis. n. 9. fol. 680.

An liberi in bonis parentum venditis jus retractûs habeant. n. 1. fol. 681.

Quæ à liberis in hoc retractu observari debeant. n. 2. fol. 681.

An non liberi pecuniam, vel media retrahendi aliunde, quàm à parentibus habere debeant. n. 3. fol. 681.

Quid si non pater alienans, sed mater pecunias subministret. n. 4. fol. 682.

Utrùm etiam filius teneatur, pro se, & sua utilitate retrahere. n. 5. fol. 682.

An liberis concedatur jus retractûs in rebus à parentibus venditis, si tempore retractûs jam præmortui sint. n. 6. fol. 682.

Quid si liberi sunt hæredes parentum, & quidem sine beneficio inventarij. n. 7. fol. 682.

Quid si parens venditor emptori securitatem ab omni retractu promiserit. n. 8. fol 683.

An etiam filius posthumus ad retractum admittatur in re à parentibus vendita. num. 9. fol. 683.

Quid dicendum de liberis naturalibus. n. 10. fol. 683.

Quotuplicis generis sint fructus. n. 1 fol. 685.

An emptor consanguineo retrahenti fructus bona fide perceptos restituere debeat. n. 2. fol. 685.

Quinam fructus restitui debeant, an ij qui percepti fuerunt ante retractûs perfectionem, vel ejus denunciationem. n. 3. fol. 685.

Quid ad perfectionem retractûs requiratur. n. 4. fol. 685.

An etiam fructuũ civilium restitutio fieri debeat. n. 5. fol. 686.

Fru-

Fructus civiles, quando dicantur percepti. n. 6. fol. 686.
Quid si perceptio fructuum fiat non consueto tempore, & immatura collectione. num. 7. fol. 686.
An non aliqui fructus dentur, qui immaturi majoris sunt utilitatis, quam maturi. num. 8. fol. 686.
An emptor extraneus lucretur fructus ante retractum exstantes. n. 9. fol. 686.
Quid de fructibus civilibus, quorum dies solutionis jam cessit. n. 10. fol. 687.
Quid de præstationibus dominicalibus & quando horum sit dies cessionis, & perceptionis. n. 11. fol. 687.
Quando dies laudemiorum, & releviorum cedat. n. 12. fol. 687.
An fructus nondũ percepti pertineant ad consanguineum retrahentem. n. 13. fol. 687.
An retrahens teneatur emptori ad usuras pro rato temporis, & pretij. n. 14. fol. 687.
Quid de licitis usuris intelligendum est. n. 15. fol. 688.
An præstationes annuæ inter emptorem, & consanguineũ sint dividendæ, quæ singulis momentis, & horis cedunt. n. 16 fol. 688.
Quare consanguineus tenetur emptori pro rato temporis usuras solvere, emptor verò vicissim consanguineo nec ad obulum obligatur. n. 17. & 20. fol. 689 & 690.
Ad quem pertineant fructus jurisdictionales, ad consanguineum retrahentem, vel emptorem. n. 18. fol. 689.
Quid de angarijs dicendum. n. 19. fol. 689.
An retractus solùm in emptione, & venditione, vel etiam in alijs contractibus locum habeat. n. 1. fol. 691.
An non in permutatione, & cessione. num. 2. fol. 691.
Quid si permutatio facta fuerit fraudulenter. n. 3. fol. 691.
Quæ sint indicia fraudulentæ permutationis. n. 4. fol 691.
Quid si pretium rem permutatam excedat, an non censeatur potiùs venditio. n. 5. fol. 691.
An non sit venditio, si res immobilis permutetur cum re mobili æstimatò data. n. 6. fol. 692.
Quid si intentio contrahentium ab initio fuit, emere, ex postfacto verò supplementi causâ declinavit in permutationem. n. 7. fol. 692.
Quid sit cessio de consuetudine Patriæ nostræ, &, an in ea retractus locum habeat. n. 8. & 9. fol. 692 & 693.
Quando cedens pro cessione facta pecuniam accipit, an non sit venditio. n. 10. fol. 693.
An jus opificia, & commercia exercendi sit hæreditarium, &, an vendi possit. n. 11. fol. 693.
An non tota taberna mercatoria tanquam corpus vendi possit. n. 12. fol. 694.
Si apotheca, vel insignis bibliotheca integraliter, & indivisim vendatur, an retractui locus detur. n. 13. & 14. fol. 694.
An retractus in datione in solutum locum habeat. n. 15. fol. 694.
Quid si non pro pecunia, sed re in specie debitâ, alia res in solutum detur. n. 16. fol. 694.
Quotuplex sit datio in solutum. n. 1. fol. 695.
An in venditione necessaria detur retractus. n. 2. fol. 695.
Quid hac in re jus patrium statuat. num. 3. fol. 695.
Quid si venditio sub hasta fiat. n. 4. fol. 696.
Aut per debitorem quidem, sed ad mandatum judicis. n. 5. fol. 696.
Quid si res pupilli, vel minorennis immobilis cum decreto Judicis vendatur. n. 6. fol. 696.
An sit venditio necessaria, quæ facta fuit per judicem præteritis belli temporibus in favorem depauperatorum debitorum. n. 7. fol. 696.
Quid si bona nobilium à curatoribus cum consensu creditorum constitutis vendantur. num. 8. fol. 697.

Renunciatio privilegiorum mulieribus concessorum.

An conjux pro conjuge reciprocè se obligare possit. n. 1. fol. 123.
Cùm de marito nullum sit dubium, quid de uxore dicendum, an principaliter se pro marito obligare possit. n. 2. fol. 123.
Quare non per intercessionem, & fidejussionem. n. 3. fol. 124.
An mulier in obligationibus intercessorijs privilegio suo juratò renunciare possit. num. 4. fol 124.
Quæ distinctio inter personas nobiles, & plebejas. n. 5. fol. 124.
An ex Statutis nostris Bavaricis plebeja mulier renunciationem facere possit coram notario, & testibus. n. 6. fol. 124.
Quomodò mulier ante renunciationem certiorari debeat. n. 7. & 8. fol. 124. & 125.
An certioratio fieri debeat in omni renunciatione mulieris, sive judiciali, sive extrajudiciali. n. 9. 10. & 11. fol. 125.
An non mulieris renunciantis actus, sine certioratione sit ipso jure nullus. n. 12. fol. 125.
An possit maritus renunciationis actui interesse. n. 13 fol. 126.
Quid si nihilominùs mulier in præsentia mariti juratò renunciet. n. 14. fol. 126.
Quomodò magistratus actũ renunciationis solemnizare debeat. n. 15. fol. 126.
Quomodò nobilium fœminarum renunciationes extrajudicialiter fieri possint. n. 16. fol. 127.
An mulieris subscriptio requiratur. num. 17. fol. 127.
Quæ personæ sub vocabulo nobiliũ contineantur. n. 18. fol. 127.
An consiliarij Principis. n. 19. fol. 128.
An Patritij, & qui tales. n. 20. fol. 128.
An adhuc aliæ personæ, & quales. num. 21. fol. 128.
An inferioribus officialibus hoc jus competat. n. 22. fol. 128.
An actus renunciationum fœminarum nobilium subsistant, si desuper in supremis judicijs nul-

nullum instrumentum erectum fuerit, num, 23. fol. 129.

An actus renunciationis talium mulierum coram quolibet judice fieri possit. n. 24. fol. 120.

Quis sit Judex ordinarius in causa renunciationis mulieris, an ubi bona sita sunt. num. 25. fol. 129.

An Secretarij, Registratores, Cancellistæ quoad renunciationes mulierum suarum hac dispositione gaudeant. n. 26. fol. 130.

Quid de personis ignobilibus possidentibus dicendum. n. 27. fol. 131.

Quid ulterius requiratur, si mulier non pro marito, sed pro extraneo intercedat. num. 28. fol. 131.

S.

Senatus Consultus Vellejanus.

Quid contineat officium certiorationis. num. 1. fol. 133.

Quam notitiam habere debeat. n. 2. fol. 133.

An debeat esse distincta persona à contrahentibus. n. 3. fol. 133.

Quid in casu, quo mulier scribere non potest. n. 4. fol 133.

Quid si notarius certiorationem intermiserit. n. 5. fol. 133.

Quæ distinctio, si fuerit notarius, vel à marito, vel ab uxore requisitus. n. 6. fol. 133.

An sufficiat, si notarius in instrumento dicat, mulierem fuisse certioratam. n. 7. fol. 134.

Quibus in specie privilegijs uxor renunciare, & de ijs certiorari debeat. n. 8. fol. 134.

Quid si mulier non sponte renunciet. num. 9. fol. 135.

Quæ distinctio sit, ut mulier præsumatur certiorata de Vellejano, & certiorata de actu renunciationis, si utrumque in instrumento notarij contineatur. n. 10. fol. 135.

Quid si obligatio mulieris pro marito cedat in illius damnum. n. 11. fol. 135.

An omnia certioratoris nobilis officia requirantur etiam in judicialibus. n. 12. fol. 135.

Sequestrum.

Quid sit sequestrum voluntarium, & necessarium. n. 1. fol. 1108.

An sequestrum fieri possit in rebus mobilibus, & immobilibus. n. 2. fol. 1108.

An solummodò in litigiosis. n. 3. fol. 1109.

An sequestrum à pluribus factum pro parte repeti possit. n. 4. fol. 1109.

Utrùm judex invitis partibus ad sequestrationem procedere queat. n. 5. fol. 1109.

In quo differant missio in possessionem, & sequestratio. n. 6 fol. 1109.

Præceptum judicis de re non alienanda, an sit cautio realis, vel personalis. n. 7. fol. 1110.

Ad qualem custodiam sequester obligetur. n. 1. fol. 1111.

An non sequestrum conventionale sit species depositi, & ex illo detur actio depositi sequestrariæ. n. 2. fol. 1111.

Utrùm etiam sine mora, lite finita, sequestrum sit restituendum, & an in eo eadem culpa, qua in deposito. n. 3. & 5. fol. 1111. & 1112.

An sequester obligetur ad omnia illa, quæ cuilibet administratori rei alienæ incumbunt, ut nimirum præstet annuas rationes, &c. n. 4. & 6. fol. 1111. & 1112.

Sequestri salarium.

An sequestrum debeat esse gratuitum. n. 1. fol. 1113.

An sequestro finito pars victoriam obtinens sequestratio honorarium offerat, an illud accipere possit. n. 2. fol. 1113.

An sequester necessarius restitutionẽ rei sequestratæ denegare possit, nisi sibi condignum salvarium solvatur. n. 3. fol. 1114.

Annon ex sequestro necessario potiùs detur actio locati, & conducti, quam depositi. num. 4. fol. 1114.

Quid intersit inter has duas actiones. num. 5. fol. 1115.

Qualiter judex congruum salarium sequestrario determinare debeat. n. 6 fol. 1115.

An non etiam judex in sequestro voluntario recompensam determinare possit. n. 7. fol. 1115.

An sequestrum pro lubitu dimitti possit. n. 8. fol. 1115.

Sequestratio in quibus casibus locum habeat.

Quot sint casus de Jure Bav. ex quibus sequestratio justè petitur, & decernitur. n. 1. fol. 1117.

Quid si periculum dilapidationis immineat. n. 2. fol. 1117.

An sufficiat, docere de dilapidatione per indicia, & verisimiles conjecturas. n. 3. fol. 1118.

Quid si talia indicia jam tempore contracti debiti adfuerint. n. 4. fol 1118.

An sit justa causa sequestrationis, si possessor rei litigiosæ de fuga suspectus est. n. 5. fol. 1119.

Quomodò sit probanda suspicio de fuga. n. 6. fol. 1119.

An hoc tantùm intelligatur de rebus mobilibus, cùm immobilia fugâ subtrahi nequeant. n. 7. fol. 1119.

Utrùm hoc obtineat aquè in debito ad diem, vel sub conditione, quam in debito puro. n. 8. fol. 1119.

An non sit casus permissæ sequestrationis timor armorum, tumultûs, & violentiæ. n. 9. fol. 1119.

An inter plebejos, & rurales homines vis armorum, & injectio manuum timenda sit. num. 10. fol. 1120.

Quot adhuc alii casus dentur, qui ob paritatem rationis, & convenientiam. n. 11. fol. 1120.

Vel ex capite arresti. n. 12. fol. 1121.

Vel ex speciali dispotione juris ad prædictos tres casus reduci possunt. n. 13. fol. 1121.

Si Judex aliquem inmatura sequestratione gravat, an teneatur ad omne damnum, & interesse, qualem pœnam incurrat. n. 14. fol. 1122.

Quid sit remedium descriptionis, &, an adhuc in usu. n. 15. fol. 1123.

Sequestratio, quando intermittenda.

An Judex à sequestratione abstinere debeat, si reus cautionem congruam præstet. n. 1. fol. 1124.
An sufficiat cautio juratoria. n. 2. fol. 1124.
Si reus bona immobilia possidet, an nihilominùs teneatur, cautionem fidejussoriam, vel pignoratitiam præstare. n. 3. fol. 1125.
Præstita ista cautione, an insuper etiam satisdatio de judicio sisti, & judicatum solvi, peti, & exigi possit. n. 4. fol. 1125.
Quæ cautio sit, & dicatur idonea. n. 5. fol. 1125.
An etiam in casu ob metum armorũ sequestratio omitti possit, datis pignoribus, vel fidejussoribus. n. 6. fol. 1125.
Si sequestratus sequestrarium invadere, & spoliare ausus sit, an cadat jure suo. n. 7. fol. 1126.

Servitus.

Connexio hujus tituli cum Tit. 3. ad Artic. 4. n. 1. fol. 256.
Quæ servitus personalis hodie adhuc in usu, & morus sit. n. 2. fol. 256.
An nostri homines proprij magis æquiparentur hominibus liberis, quàm servis. n. 3. fol. 256.
Quas operas homines proprij dominis suis præstare debeant. n. 4. fol. 256.
Quomodò discedentes à dominis suis revocari possint. n. 5. fol. 256.
An hæc revocatio etiam locum habeat in fugitivis proprijs hominibus opificibus, vel tantùm in agricolis, & colonis. n. 6. fol. 257.
Quædam locorum specialia privilegia. n. 7. fol. 257.
An servus fugitivus rescriptibilis sit. n. 8. fol. 257.
Quomodò liberi adscriptitiorum proprij profugi restitui debeant. n. 9. fol. 258.
Quando proprij homines profugi duriùs, vel mitiùs puniendi sint. n. 10. fol. 258.
Quando quis hominem proprium bona fide secedentem revocare possit. n. 11. fol. 258.
Quo anno, aut quo tempore talis revocatio fieri debeat. n. 12. fol. 258.
Qualem satisfactionẽ talis secedens homo proprius suo conductori facere debeat. n. 13. fol. 258.
Quomodò dominus eidem providere debeat redeunti. n. 14. & 15. fol. 259.
Quid si servus non redeat, an dominus ipsum, & bona ejus apprehendere possit. n. 16. fol. 259.
An dominus eum in carcerem mittere possit. n. 17. fol. 259.
Quid si dominus nullam jurisdictionem habeat. n. 18. fol. 259.
Quid si servus sit in loco alienæ jurisdictionis. n. 19. fol. 259.
Quid si jus proprietatis ejusmodi hominis dubium sit. n. 20. fol. 260.
Quid si uxorem, & liberos talis servus habeat. n. 21. fol. 260.
Quid si uxor cum liberis alterius domini homines proprii sint. n. 22. fol. 260.
Quid si liberi hominis proprii sint à patris foco separati. n. 23. fol. 260.
An recidant in potestatem prioris domini post mortem patris, cujus mater homo proprius fuit. n. 24. fol. 260.
An in casu, quo maritus, & uxor diversos dominos proprietarios habent, maritô advocatô uxor possit permanere apud priorem dominum suum. n. 25. fol. 260.
An etiam homines proprii soluti, in alienis servitiis existentes, ab iis avocari possint. num. 26. fol. 261.
An avocatio etiam locum habeat in opificibus servilis conditionis. n. 27. fol. 262.
An homo proprius sit subditus sui domini. n. 28. fol. 262.
An actus captivitatis, & manûs injectionis jurisdictionem importet. n. 29. fol. 262.
Si quis se hominẽ propriũ neget. n. 30. fol. 262.
An privilegium, deß 60. sten Freybrieffs/ *se extendat ad homines proprios. n. 31. fol. 262.*
Quæ distinctio adhibenda. n. 32. fol. 262.
An domino in rebus proprii hominis pro dominicis præstationibus competat Jus hypothecæ, & prælationis. n. 33. fol. 263.
Quid si dominus proprietarius, & dominus jurisdictionalis in subhastatione talis proprii hominis pro præstationibus suis concurrant. num. 34. fol. 263.
An probatio servilis conditionis fiat, durch den jährlichen Leib-Pfenning. *n. 1. fol. 270.*
An conditio servilis etiam alio modo probari possit. n. 2. fol. 270.
An etiam solutio eodem modo in quantitate, & qualitate fieri debeat. n. 3. fol. 271.
Quid si de modo non constet. n. 4. fol. 271.
An, si ambo conjuges sint homines proprii, superstes teneatur, deß jährlichen Leib-Pfennings/ *pro defuncto faciendam. n. 5. & 6. fol. 271.*
An superstes teneatur de mortuario pro defuncto solvendo. n. 7. fol. 271.
Quid si defunctus plures præstationes, mehr Leib-Pfenning / *jam decursas domino suo debuerit. n. 8. fol. 271.*
Quid sit mortuarium. n. 9. fol. 271.

Restitutio.

Restitutio non habetur pro completa, nisi facta sit cum omni damno, & interesse. n. 4. fol. 1161.

Spoliatio.

Spoliatus bonis suis ante omnia est restituendus, sed quo remedio. n. 1. fol. 1160.
Sive spoliatio fiat in bonis allodialibus, sive feudalibus. n. 2. fol. 1160.
Aut in emphyteusi, vitalitio, vel alio jure reali. n. 3. & 8. fol. 1160. & 1162.
An restitutio fieri debeat plenariè cum omni damno, & interesse. n. 4. fol. 1161.
Utrùm hæc actio spolii detur contra mandantem. n. 5. fol. 1161.
Item contra illum, qui cohæredes alios agnoscit, nihilominùs tamen hæreditatem clandestinè occupat, & illis possessionem præripit. num. 6. fol. 1161.
Quid si spoliatus cum spoliatore pacem ineat, an nihilominùs detur actio spolii. n. 7. fol. 1162.

An

An remedium recuperandæ competat latronibus publicis, & iis, qui impunè offendi possunt, ut banniti, &c. n. 9. & 16. fol. 1162. & 1163.

Si spoliatus non simpliciter restitutionem petat, sed petitoriũ cum possessorio cumulet, an ante omnia sit restituendus. n. 10. fol. 1162.

An excommunicatus spoliatus restituatur. n. 11. fol. 1162.

Si notoriè constat de proprietate, & dominis spoliatoris, an actio spolii detur. n. 12. fol. 1162.

An in jurisdictionalibus, non obstante præsumptione pro Principe, spoliatus sit restituendus. n. 13. fol. 1163.

Quando spoliatus in continenti possessionem recuperavit, an spoliator habeat actionem spolii. n. 14. fol. 1163.

An spoliatus petens restitutionem possit reconveniri super spolio, quod fecit in alia re. num. 15. & 18. fol. 1163. & 1164.

Quid si causa spolii, & depositi concurrant, an una alterius oppositionem impediat. n. 17. & 20. fol. 1164. & 1165.

An restitutio fieri debeat cum omnibus fructibus perceptis, & percipiendis, & quomodò registrum expensarum à judice moderandum sit. n. 19. fol. 1164.

Quam pœnã spoliator incurrat. n. 21. fol. 1165.

Qualis pœna debeatur judici de Jure nostro statutario. n. 22. fol. 1166.

An non l. si quis in tantam. 7. quoad bona imobilia in desuetudinem abierit. n. 23. fol. 1167.

An violentus spoliator amittat omne jus, quod in re habuit, vel prætendit. n. 24. fol. 1168.

Utrùm ad amissionem dominii sufficiat sola aggressio violenta, vel requiratur consummatio, & dejectio à possessione. n. 25. fol. 1169.

Quid si spoliator nullum jus, vel dominium in re habeat, an non condemnetur in duplum. n. 26. fol. 1169.

An l. si quis in tantam. 7. in spoliatione rei mobilis locum habeat saltem de Jur: Bavar: n. 27. fol. 1170.

An in Jur: Bavar: dentur antinomiæ. n. 28. fol. 1170.

Quæ spoliato probanda incumbant. num. 1. fol. 1171.

Quare spoliũ rei mobilis in duplo sit resarciendum, & non etiam rei immobilis. n. 2. fol. 1171.

Quomodò spoliator condemnetur in duplum, in die Zwygült. n. 3. fol. 1172.

Qualiter restitutio in spolio sit facienda. n. 1. fol. 1174.

An etiam fructus percepti, &, qui ad normam spoliati percipi potuerunt, restituendi. num. 2. fol. 1174.

An etiam resarciendum, si res spoliata perdita, vel deterior facta fuerit. n. 3. fol. 1175.

Utrùm expensæ judiciales non petitæ in restitutionem veniant. n. 4. fol. 1175.

An spoliatus in probandis fructibus, damnis, & interesse admittatur ad juramentum in litem. n. 5. fol. 1175.

Si spoliatus in ipso tumultu, & actu spoliationis quasdam res perdidit, an possit, earum taxationem medio juramento à spoliatore petere. n. 6. fol. 1176.

An hoc juramentum spoliato deferatur contra hæredem spoliatoris. n. 7. fol. 1176.

An hæres spoliati admittatur ad dictum juramentum. n. 8. fol. 1176.

Quid intersit, an spoliatus persequatur jus suum per modum actionis, vel per modum exceptionis. n. 9. fol. 1176.

An exceptio spolii sit dilatoria. n. 10. fol. 1177.

An remedia restitutoria hujus tituli etiam dentur contra possessorem singularem. n. 11. fol. 1177.

Quod remedium spoliato utilissimum, & pinguissimum sit. n. 12. fol. 1177.

An creditor cum debitore pactum inire possit, ut non secuta debito tempore solutione possessionẽ pignoris ingredi, & propria authoritate occupare possit. n. 13. fol. 1178.

Utrùm dominus rem feudalem, vel emphyteuticam, apertam, & caducam propria authoritate ingredi, & occupare possit. n. 14. fol. 1178.

An spoliator etiam lucrum inhonestum ex re sublata restituere teneatur. n. 15. fol. 1178.

Quanto tempore durent ista remedia restitutoria. n. 16. fol. 1179.

An mortuo usufructuario, proprietarius feudum invito hærede ingredi, & occupare possit. n. 17. fol. 1179.

Si cui possessio fundi fuerit interversa, qui occupatori ad retrovendendum est obligatus, an uti possit remedio recuperandæ possessionis. num. 18. fol. 1179.

Spolium, quomodò judex committat.

Quomodò succurratur spoliato ab ipso judice. n. 1. fol. 1180.

Quando Judex dicatur spolium committere? Ut, si parte altera non citata, nec audita procedat, vel notoriè incompetens sit Judex. n. 2. & 5. fol. 1181. & 1182.

Quid probare debeat spoliatus à judice. n. 3. fol. 1181.

Quid si Judex quidem juris ordine processerit, sed non attenta appellatione ad executionem deveniat. n. 4 fol. 1182.

Quid si tali processui extra ordinẽ judiciarium approbatio Principis accesserit. n. 6. fol. 1182.

Si Judex per sequestrationem iniquam alteri fructus possessionis eripiat, an spoliare videatur. n. 7. fol. 1182.

An idem dicendum de arrestis. n. 8. fol. 1183.

Statuta Bavarica,

Ratio ordinis. n. 1. fol. 1.

Operum D. Balth: laus. n. 2. fol. 2.

An cuilibet Principi competat novas leges facere, & quales. n. 3. fol. 2.

An in Bavaria antiquitùs fuerint Statuta Provincialia. n. 4. fol. 2.

Quinam Principes in Bavaria authores fuerint, deß Recht-Buchs. n. 5. fol. 3.

An hic liber fuerit in usu. n. 6. fol. 3.

An Princeps non solùm antiqua statuta declarare, sed etiã prorsùs nova condere posit. n. 7. fol. 3.

An etiam quæ sunt contra Jura communia. n. 8. fol. 3.
Quid si novis statutis clausula derogatoria accedat. n. 9. fol. 4.
Quid si lex nova sit irrationabilis. n. 10. fol. 4.
An leges novæ condi possint contra reservata Imperatoris. n. 11. fol. 4.
Reservata Principis quæ sint. n. 12. fol. 5.
Quis ordo observetur in posterioribus. n. 13. fol. 5.

Suppellex.

Suppellectilis nomine, quæ contineantur. n. 1. fol. 53.
Quæ differentia inter suppellectilem usualem, & communem, ac inter suppellectilem pretiosiorem. n. 2. fol. 53.
An non noster articulus suppellectilem in tres classes dividat. n. 3. fol. 54.
Quænam spectent ad primam classem suppellectilis quotidianæ, & communis. n. 4. fol. 54.
Quædam numerantur, quæ primæ classis non sunt. n. 5. fol. 54.
Quæ spectent ad secundam classem. n. 6. fol. 54.
Dona nuptialia ad quem spectent. n. 7. fol. 54.
Quid si uxor sit sola, vel concurrat cum liberis primi matrimonii. n. 8. fol. 54.
Quid si dona nuptialia consistant in pecunia. n. 9. fol. 54.
Cui incumbant expensæ nuptiales. num. 10. fol. 55.
Quæ spectent ad tertiã classem. n. 11. fol. 55.
An sub nomine suppellectilis contineantur animalia, & fœtus. n. 12. fol. 55.
An, & quæ cibaria. n. 13. fol. 55.
An, si competant in plures annos. n. 14. fol. 55.
An sub nomine esculentorum contineantur poculenta. n. 15. fol. 56.
Quid dicendum de piscibus in lacubus, & piscinis. n. 16. fol. 56.
Quid de frumento omnis generis reservato. n. 17. fol. 56.
Quid si frumenta fuerint coacervata in plures annos. n. 18. fol. 56.
Quid de frumentis tempore mortis pendentibus. n. 19. fol. 56.
An uxores rusticæ frumentorum divisionem petere possint ante solutionem steurarum, & aliorum onerum dominicalium. n. 20. fol. 57.
An nomine suppellectilis comprehendantur libri, & similia? Ubi latiùs de iis, quæ comprehenduntur, & non comprehenduntur. n. 21. fol. 57.
An pecunia contineatur sub suppellectile. n. 22. fol. 58.
An sub rebus mobilibus. n. 23. fol. 58.
Quæritur de aliis rebus, an sint in suppellectile. n. 24. fol. 58.
Quid de Xeniis dicendum, an ea conjugibus communia. n. 25. fol. 58.

T.

Traditio.

An quis rem suam pluribus in solidum vendere possit. n. 1. fol. 485.
Quid si rem venditam neutri adhuc tradiderit. n. 2. fol. 485.
Quid si primo emptori interesse solvere velit. n. 3. fol. 486.
Quid si rem pluribus vendiderit, sed tantùm uni tradiderit. n. 4. fol. 486.
Quid si secundus emptor, cui traditio facta est, sciverit, alteri rem jam priùs venditam esse. n. 5. fol. 486.
An hæ regulæ etiam locum in piis causis habeant. n. 6. fol. 487.
An in Ecclesiasticis personis idem obtineat. n. 7. fol. 487.
An etiam locum habere possint in aliis contractibus, V. G. permutationis. n. 8. fol. 487.
An in contractu locationis, & conductionis. n. 9. fol. 488.
An in contractibus gratuitis. n. 10. fol. 489.
Quid si contractus gratuitus concurrat cum oneroso contractu. n. 11. fol. 489.
An dictæ regulæ etiam in contractibus pignoratitiis observari debeant. n. 12. fol. 490.
Quando nudus emptor præferatur illi, cui traditio facta est? Casus singularis. n. 13. & 14. fol. 490. & 491.
Quid in re à Summo Principe vendita, & deinde alteri tradita judicandum sit. n. 15. fol. 491.
Quid si prima venditio facta fuerit cum Juramento. n. 16. fol. 491.
Quid si uni cum Juramento rem meam vendere promiserim, alteri autem actualiter, & sine Juramento tradiderim. n. 17. fol. 491.
An privilegium piarum causarum hac in parte etiam competat civitatibus, oppidis, aliisque magnis communitatibus. n. 18. fol. 491.
An qualibet traditio emptionem posteriorẽ faciat præferri priori. n. 19. fol. 492.
Quid si quis traditionem fecerit, qui non fuit dominus rei. n. 20. fol. 492.
Quid si appareat, cui res priùs tradita fuerit. n. 21. fol. 492.
An is, qui rem pluribus vendidit, punibilis sit, & quomodò. n. 22. fol. 492.

Tutor.

Ratio connexionis. n. 1. fol. 295.
Quotuplex sit tutela de Jure communi. n. 2. fol. 295.
Quotuplex de Jure nostro Bavarico. n. 3. fol. 295.
Quod sit primum, & potissimum genus tutelæ. n. 4. fol. 295.
An etiam mater possit tutores in testamento constituere. n. 5. fol. 295.
Quid si pater in vivis tutores constituerit. n. 6. fol. 296.
Quid si in codicillis, vel alia non solemni voluntate constituerit. n. 7. fol. 296.
An tutor à patre extra ultimam voluntatem datus confirmatione indigeat. n. 8. fol. 296.
Quid si pater aliquem solummodò precatus fuerit in vivis, ut liberorum suorum tutor esset. n. 9. fol. 296.

An

An pater etiam filiis emancipatis in testamento tutores dare possit. n. 10. fol. 296.
An filijs tutores dari possint in ultima voluntate invalida. n. 11. fol. 296.
Quid matri circa tutelam permissum sit in defectum paternæ provisionis. n. 12. fol. 296.
An tutores à matre dati confirmandi sint. n. 13. fol. 296.
Quid si illos simul in testamento hæredes instituerit. n. 14. fol. 297.
An debeat ultra legitimam instituere. n. 15. fol. 297.
An pater filio exhæredato tutorem dare possit. n. 16. fol. 297.
An filio exhæredato pupillariter substituere possit. n. 17. fol. 297.
An sub nomine patris etiam avus paternus contineatur. n. 18. fol. 297.
Quid si nepotes post mortem avi cadant in potestatem patris. n. 19. fol. 297.
In quibus casibus ergo avus rectè nepotibus de tutoribus provideat. n. 20. fol. 297.
An etiam sub nomine matris intelligatur avus, & avia materna. n. 21. fol. 298.
An sub nomine liberorum, & nepotum etiam contineantur nasciturі. n. 22. fol. 298.
An datio tutelæ debeat per codicillum semper in testamento confirmari. n. 23. fol. 298.
Quid de Jure nostro Bavarico. n. 24. fol. 298.
Quæ sit differentia, si tutor in codicillis datus, fuerit in testamento patris iterum confirmatus, vel non fuerit confirmatus. n. 25. fol. 298.
An etiam curatores in testamento, & codicillis dari possint. n. 26. fol. 298.
Saltem de Jure nostro statutario. n. 27. fol. 299.
Quid si curatores ab intestato dati fuerint. n. 28. fol. 299.
An necessarium sit, ut pater in testamento plures tutores constituat, quàm unum. n. 29. fol. 300.
Qui sint tutores legitimi. n. 30. fol. 300.
An omnes æqualis gradûs propinqui esse debeant tutores. n. 31. fol. 300.
Quid si soli illi administrent, qui à reliquis propinquis in tutores electi sint. n. 32. fol. 300.
An etiam in Jure nostro Bavarico omnes propinqui pro administrantibus obligentur. n. 33. fol. 300.
Quæ sit tutela dativa. n. 34. fol. 301.
An, si mater filio hæredi scripto tutorē dederit, ille tutor dativus sit. n. 35. fol. 301.
An etiam tutores dari possint consanguinei lineæ maternæ. n. 36. fol. 301.
An simpliciter consanguinei in constituenda tutela præferendi sint. n. 37. fol. 301.
An à magistratu denominati præcisè tutores esse debeant. n. 38. fol. 302.
Tametsi spem futuræ successionis remittant. n. 39. fol. 302.
Quid si legitimas habeant excusationes. n. 40. fol. 302.
Quæ sit prima excusatio. n. 41. fol. 302.
Quot liberi excusent à suscipienda tutela, & quare. n. 42. fol. 302.
An etiam liberi defuncti à tutela excusent. n. 43. fol. 302.
An adoptivi, & spurij. n. 44. fol. 302.
An etiam nepotes, & qui. n. 45. fol. 302.
An nepotes prosint in capita, vel in stirpes. n. 46. fol. 302.
An etiam posthumi prosint. n. 47. fol. 302.
Quæ sit secunda causa excusationis à suscipienda tutela. n. 48. fol. 303.
Quare numerus tutelarum excusationem præstet. n. 49. fol. 303.
An tutelarum numerus desummatur à personis pupillorum, vel patrimoniorum. n. 50. fol. 303.
An numerus de jure comuni statutus etiam de jure nostro statutario locum habeat. n. 51. fol. 304.
Quid si una ex tutelis ad finem vergat. n. 52. fol. 304.
Quid si rationes de tutela nondum sint redditæ. n. 53. fol. 304.
An administratio rerum fisci excuset à tutela. n. 54. fol. 304.
An absentia Reipublicæ causa. n. 55. fol. 305.
An dignitas, sive potestas magistratus sæcularis. n. 56. fol. 305.
An paupertas. n. 57. fol. 305.
An adversa valetudo. n. 58. fol. 305.
An imperitia, & ignorantia, & quæ. n. 59. fol. 306.
Quid in Patria nostra moris, & juris sit. n. 60. fol. 306.
An malevolentia, & quando excuset à suscipienda tutela. n. 61. fol. 306.
Quid si per sortes alteri tutela procurata sit. n. 62. fol. 306.
An inimicitia, & quæ. n. 63. fol. 306.
An quæstio statûs. n. 64. fol. 307.
An ætas, & qualis. n. 65. fol. 307.
An minorennis tutor dari possit. n. 66. fol. 307.
An militia excuset a tutela, & qualis. n. 67. fol. 307.
Qui dicantur veterani. n. 68. fol. 307.
An clericatus, & Monachatus excuset. n. 69. fol. 308.
An professura artium liberaliū. n. 70. fol. 308.
An, qui tutor fuit, curatelâ onerari possit. n. 71. fol. 308.
Quid in Patria nostra juris sit. n. 72. fol. 308.
An matrimonium excuset. n. 73. fol. 308.
Quomodò excuset tutela corporis supremi Principis. n. 74. fol. 308.
Quinam hi sint, quibus hæc tutela Principis competat. n. 75. fol. 308.
An distantia pupillorum, & bonorum excusationem præstet, & qualis distantia. n. 76. fol. 309.
Quæ hac in parte inter jus commune, & statutarium differentia. n. 77. fol. 309.
An ingenuus libertino tutor dari possit. n. 78. fol. 309.
An in dignitate constituti vilioribus personis tutores dari, & constitui possint. n. 79. fol. 309.
An nostri officiales tutores esse debeant. n. 80. fol. 310.
An consiliarij Principis. n. 81. fol. 310.
An consiliarij à tutelis filiorū à collegis suis relictorū justam excusationē habeant. n. 82. fol. 310.
Quatenus excuset comunio rerum inter tutorem, & pupillum. n. 83. fol. 310.

Quatenus causarũ controversiæ. n. 84. fol. 311.
Quatenus excuset sententia. n. 85. fol. 311.
Quo tempore excusatio proponi debeat. n. 86. fol. 311.
Quo tempore absolvi. n. 87. fol. 311.
An, & quatenus à constitutione tutelæ appellari possit. n. 88. fol. 311.
Quis sit modus procedendi in Camera Imperiali. n. 89. fol. 311.
An hæc tempora sint peremptoria, & exclusiva. n. 90. fol. 312.
An appellatio, rejecta excusatione habeat effectum suspensivum. n. 91. fol. 312.
An rejecta una excusatione altera adhuc superaddi possit. n. 92. fol. 313.
An talis, qui alteri spopondit, filiorum ejus post mortem tutor esse, teneatur ex sponsione sua ad tutelam. n. 93. fol. 313.
Quænam personæ excusatione à tutela opus non habent, sed ipso Jure tutores esse non possunt. n. 94. fol. 313.
An datio tutoris sit simplicis jurisdictionis, vel Imperij. n. 1. fol. 315.
Quot modis quis forum sortiatur. n. 2. fol. 315.
An constitutio tutoris ad locum domicilij, vel originis, vel bonorũ filiorũ pertineat. n. 3. fol. 315.
An ad locum domicilij patris, vel pupillorum. n. 4. fol. 315.
An idem locum habeat in constitutione curatorum. n. 5. fol. 315.
An magistratus sæcularis possit clerico minorenni curatores dare. n. 6. fol. 316.
An tutela, vel curatela extinguatur, si mulier post mortem patris locum mutet. n. 7. fol. 316.
Quid si mutatio loci fiat remotè. n. 8. fol. 316.
Quid si tutores, vel curatores post mutationem loci tutelam dimittere velint. n. 9. fol. 316.
Ubi post mutationem tutelæ rationes præstandæ sint. n. 10. fol. 316.
Quomodò hæc verba intelligenda sint, von der Vormunder Kindern Eltern. n. 11. fol. 316.
Quid requiratur, ut tutores, vel curatores post translationem domicilij dimissionem impetrari possint. n. 12. fol. 316.
A quo Magistratu dimissio fieri debeat. n. 13. fol. 317.
Ad quem Magistratum nova constitutio post dimissionem pertineat. n. 14. fol. 317.
An in nova constitutione sit habenda ratio consanguineorum. n. 15. fol. 317.
Quid si consanguinei alibi degant. num. 16. (fol. 317.
Ubi processus contra tutores, vel curatores malè administrantes institui debeat. n. 17. fol. 318.
Quomodò mater, vel avia in defectum paternæ dispositionis liberis tutores dari possint. num. 1. fol. 320.
An etiam mater, vel avia tutrices esse possint. n. 2. fol. 320.
Quare regulariter fœminæ inidoneæ sint. n. 3. fol. 320.
Quare mater, & avia excipiantur. n. 4. fol. 320.
An cogantur esse tutrices liberorũ. n. 5. fol. 320.
An semel susceptam tutelam iterum dimittere possint. n. 6. fol. 320.
Quid requiratur, ut mater, & avia tutrix liberorum esse possit. n. 7. fol. 320.
Quid si de novo nubant. n. 8. fol. 320.
Quid in secundis nuptijs matris, & aviæ ratione tutelæ ampliùs agendum sit. n. 9. fol. 320.
Quid si mater, & avia luxuriosè vivat. n. 10. fol. 321.
Quid si mater, vel avia se tantùm ad secundas nuptias declaraverint. n. 11. fol. 321.
An sponsalia de futuro matrem, & aviam tutelâ liberorum privet. n. 12. fol. 321.
An autem impediant tutelæ delationem. n. 13. fol. 321.
An per secunda vota amittant tutelam etiam testamentariam. n. 14. fol. 321.
Quid si pater expressè disposuerit, ut mulier etiam binuba tutrix sit. n. 15. fol. 322.
An pater in testamento prohibere possit, ne mater, vel avia tutrix sit. n. 16. fol. 322.
Quid si uxori tutela debeatur ex pactis dotalibus. n. 17. fol. 322.
Quid si in pactis dotalibus eidem tutela expressè adempta fuerit. n. 18. fol. 322.
Quid si pacta dotalia meram vim conventionis habeant. n. 19. fol. 323.
An pater inter vivos de liberorum tutela disponere possit. n. 20. fol. 323.
Quatenus valeat dispositio patris, si uxori tutelã in pactis dotalibus datã adimat. n. 21. fol. 323.
An mater tutrix liberorum teneatur inventarium conficere. n. 22. fol. 323.
Quid si pater in testamento confectionem mariti remiserit. n. 23. fol. 323.
Quid si illam prorsùs vetuerit. n. 24. fol. 324.
Quæ sint pœnæ non conficientium inventarium. n. 25. fol. 324.
An hæ pœnæ etiam in matre, & avia locum habeant. n. 26. fol. 324.
Quomodò in Patria nostra matri, & aviæ contutores, vel assistentes adjungantur. n. 27. fol. 324.
Quando mater, & avia rationem reddere debeant. n. 28. fol. 324.
Quæ hac in parte distinctio inter homines plebejos, & nobiles sit. n. 29. fol. 325.
An mater tutrix debeat Senatus-Consulto Vellejano renunciare. n. 30. fol. 325.
An hæc renunciatio sit pro forma substantiali. n. 31. fol. 325.
An mater, & avia, & quatenus ad satisdationem obligentur. n. 32. fol. 325.
An etiam tutor testamentarius satisdare debeat. n. 33. fol. 325.
An matris, & aviæ bona pro administratione tutelæ obligata sint. n. 34. fol. 325.
Quando matris, & aviæ tutela tolli possit. n. 35. fol. 326.
Quæ sit differentia inter matrem, & aviam binubam, aut malè administrantẽ. n. 36. fol. 326.
An hoc etiam in nobilibus personis locum habeat. n. 37. fol. 326.
An matri, vel aviæ plebejæ contutores, vel assistentes adjungi debeant. n. 38. fol. 326.
An mater minorennis tutrix esse possit. n. 39. fol. 327.

An minorennis nupta possit reputari pro majorenni. n. 40. fol. 327.
Quomodò tutoribus administratio decerni possit. n. 1. fol. 328.
Et quibus. n. 2. fol. 328.
An etiam matri, & aviæ. n. 3. fol. 328.
Quid si tutori testamentario licentia administrationis data sit à patre. n. 4. fol. 328.
An etiam ad matrem, & aviam hoc extendendum sit. n. 5. fol. 328.
An administratio sine judicis decreto suscepta, privationem inducat. n. 6. fol. 328.
Quare hoc decreto opus sit. n. 7. fol. 329.
Quomodò tutores debeant præstare homagium. n. 8. fol. 329.
Quæ sit forma hujus præstationis. n. 9. fol. 329.
An debeat fieri sub juramento, & fide juramenti. n. 10. fol. 329.
An etiam mater, & avia ad eam obligentur. n. 11. fol. 329.
Quando satisdatio necessaria sit. n. 12. fol. 330.
An apud nos nobiles personæ à satisdatione prorsùs exemptæ sint, vel non. n. 13. fol. 330.
An decretum pro administratione etiam in nobilibus personis necessarium sit, & quale. n. 14. fol. 330.

Tutoris differentia à curatore.

Quæ sit differentia inter tutorem, & curatorem. n. 1. fol. 332.
An quis apud nos curator esse cogi possit, qui priùs tutor fuit. n. 2. fol. 333.
An curator detur invitis. n. 3. fol. 333.
Quando tutela finiatur. n. 4. fol. 333.
An tempus majorennitatis abbreviari possit. n. 5. fol. 333.
An abbreviato tempore majorennitatis etiam abbrevietur tempus restitutionis in integrum. n. 6. fol. 333.
Quomodò minor veniam ætatis impetrare possit. n. 7. fol. 333.
Cur fœminis citiùs concedatur venia ætatis, quàm masculis. n. 8. fol. 334.
Quomodò professione religionis finiatur tutela. n. 9. fol. 334.
Quomodò per matrimonium. n. 10. fol. 334.
An etiam per clericatum. n. 11. fol. 335.
An quis ante majorennem ætatem clericus fieri possit. n. 12. fol. 335.
Quomodò tutoribus, & curatoribus detur quietantia, & liberatio. n. 13. fol. 335.
Quæ hac in parte inter nobiles personas, & plebejas differentia sit. n. 14. fol. 335.
Quomodò rationes nobilium tutorum, & coram quo judice justificandæ sint. n. 15. fol. 335.
Cur hic articulus inscribatur de inhabilitate tutorum, & titulus juris communis de suspectis tutoribus. n. 1. fol. 336.
An tutor inhabilis, & ineptus à tutela removeri possit. n. 2. fol. 337.
An postulatio suspecti in Patria nostra sublata sit. n. 3. fol. 337.
Quid sub nomine, der Ungeschicklichkeit/intelligatur. n. 4. fol. 337.
An tutor ineptus ante remotionē rationes præstare debeat. n. 5. fol. 337.
Et cui. n. 6. fol. 338.
An nobiles tutores à se electos ex capite imperitiæ removere possint. n. 7. fol. 338.
An nobilibus jus sit, in locum remoti alium tutorem substituere. n. 8. fol. 338.
Authoritas, & potestas tutorum consistit in decem capitulis. n. 1. fol. 341.
An tutelares reditus recipiendi. n. 2. fol. 341.
An debita pupillaria solvendi. n. 3. fol. 341.
Quomodò solutio fieri debeat. n. 4. fol. 342.
Quid si pecunia parata desit. n. 5. fol. 342.
Quæ mobilia distrahi possint. n. 6. fol. 342.
An debita debitis compensari possint. num. 7. fol. 342.
Quid requiratur, ut tutor debitum solvere possit. n. 8. fol. 342.
An tutor sibi ipsi solvere possit. n. 9. fol. 342.
Quid si talis tutor contutorem non habeat. n. 10. fol. 343.
Quomodò tutor debita pupilli debeat exigere. n. 11. fol. 343.
Qualis culpa ad hoc requiratur, ut tutor propter non exacta debita pupillaria obligetur. n. 12. fol. 343.
Quid si creditores sponte solverint, & pecunia perierit. n. 13. fol. 343.
Quid si solutio facta fuerit absque tutoris authoritate, & judicis decreto. n. 14. fol. 343.
Quid si pecunia soluta versa fuerit in utilitatem pupilli. n. 15. fol. 343.
Quando pupillus restituatur in integrum contra solutionem. n. 16. fol. 344.
Quare concedatur restitutio in integrū in alienatione rerum pupillarium cum decreto judicis, & non etiam in solutione earum. n. 17. fol. 344.
Quid si solutis debitis pupillaribus adhuc pecunia supersit. n. 18. fol. 344.
Quomodò debeat ad comparationem prædiorum impendi. n. 19. fol. 344.
Quomodò pro annuo censu collocari. num. 20. fol. 345.
Quomodò suppellex ad fructum ferendum applicari debeat. n. 21. fol. 345.
An tutor potius prædia emere, vel pecuniā pupillarem fœnorari debeat. n. 22. fol. 345.
Quid pupillo utilius sit. n. 23. fol. 345.
Quare jura nostra de comparatione bonorum nihil dicant. n. 24. fol. 346.
An cambium sit lucrum licitū. n. 25. fol. 346.
An pecunia pupillaris etiam ad cambium applicari possit. n. 26. fol. 346.
An ad censum irredimibilem. n. 27. fol. 346.
An apud plebejos homines debeat accedere magistratûs authoritas. n. 28. fol. 346.
An hæc authoritas etiam necessaria sit apud personas nobiles. n. 29. fol. 346.
Quomodò ad alienationem rerum pupillarium decretò judicis opus sit. n. 30. fol. 346.
Quomodò tutoris authoritas sit interponenda. n. 31. fol. 347.
An illa deficiente alienatio sit nulla, tametsi decretum judicis accesserit. n. 32. fol. 347.

An pupillus rem cum decreto judicis, sed sine authoritate tutoris alienatam revocare possit. n. 33. fol. 347.

Quid si pecunia fuerit malè deperdita. n. 34. fol. 347.

Quæ sit justa causa alienandi bona pupillaria. n. 35. fol. 348.

An solus consensus judicis sine formali decreto corroboret alienationem. n. 36. fol. 348.

Quid decretum judicis in se continere debeat. n. 37. fol. 348.

Quæ remedia competant pupillo pro re sine legitimo decreto alienata. n. 38. fol. 348.

An alienatio bonorum immobilium pupillarium sine decreto judicis fieri possit saltem à personis nobilibus. n. 39. fol. 348.

Coram quo judice decretum pro alienandis pupillaribus rebus sit impetrandum. n. 40. fol. 349.

An à judice domicilij debeat impetrari decretum pro alienatione. n. 41. fol. 349.

Quare nullus respectus ad Judicem rei sitæ habendus sit. n. 42. fol. 349.

An tutores bona emphyteutica sine decreto Judicis recognoscere possint. n. 43. fol. 350.

An talia bona emphyteutica reversa ad pupillũ, tutor de novo sine decreto judicis alteri in emphyteusin concedere possit. n. 44. fol. 350.

An idem de bonis vitalitiis Juris sit. num. 45. fol. 350.

Quare tutoribus concedatur duplicis vitalitii concessio. n. 46. fol. 350.

An bona libera pupilli tutores possint in emphyteusin concedere. n. 47. fol. 350.

An possint tutores locationem bonorum facere ad tempus longum. n. 48 fol. 351.

An vitalitium mutari possit in emphyteusin. n. 49. fol. 351.

Quid si pro tali novo Jure solvatur pecunia. n. 50. fol. 351.

An tutores, ein veranlaite Freystifft / possint sine decreto resolvere. n. 51. fol. 351.

An valeat contractus minoris sine authoritate tutoris, si minor rem suam per talem contractum meliorem fecerit. n. 52. fol. 352.

An nihilominùs decretum Judicis ad talem contractum necessarium sit. n. 53. fol. 352.

Quid si minor fecerit contractum Juramento firmatum. n. 54. fol. 352.

Quid si major factus contractum ratihabuerit. n. 55. fol. 352.

An decretum judicis necessarium sit post impetratam veniam ætatis. n. 56. fol. 352.

An pater permittere possit, ut res pupilli alienentur sine decreto. n. 57. fol. 353.

Quid si talis dispositio facta fuerit in testamento imperfecto. n. 58. fol. 353.

Quid si talem dispositionem pater adhuc in vivis fecerit. n. 59. fol. 353.

Quid si pater rem in vivis fecerit venalem. n. 60. fol. 353.

An res pignori obligata sine decreto obligari possit. n. 61. fol. 353.

An alienatio sine decreto valeat, facta pro liberatione captivorum propinquorum. n. 62. fol. 353.

An alienatio jurata à minorenni facta sine decreto subsistat. n. 63. fol. 353.

An consuetudine alienatio sine decreto judiciali facta approbari possit. n. 64. fol. 354.

An Principis authoritate firmata, absque decreto valeat. n. 65. fol. 354.

An molendinum pensile propter inundationis periculũ sine decreto vendi possit. n. 66. fol. 354.

An pecunia ad emptionem immobilium destinata possit sine decreto in alium usum converti. n. 67. fol. 354.

An saltem jussus judicis requiratur. num. 68. (fol. 354.

An fructus rerum imobilium ad alienationem decreto judiciali vendi possit. n. 69. fol. 354.

An res in causa judicati pignori capta sine decreto judiciali vendi possit. n. 70. fol. 354.

An res pupilli sine decreto judiciali hac conditione cedi possit, ut jus prioris creditoris per talem cessionem luatur. n. 71. & 72. fol. 354.

An ad tacitam hypothecam in rebus pupilli refectis acquirendum requiratur decretum judicis. n. 73. fol. 355.

An idem locum habeat in re pupilli noviter ædificata, vel noviter empta. n. 74. fol. 355.

Quid si talis res empta fuerit, in qua venditor sibi hypothecã specialem reservavit. n. 75 fol. 355.

An minor rem sine decreto judiciali alienans saltem obligetur naturaliter. n. 76. fol. 355.

Et in conscientia teneatur. n. 77 fol. 355.

An minor talem rem vindicare possit, si pro alio satisfactionem acceperit. n. 78. fol. 355.

Quod officium sit tutorum, & curatorum in litibus, & judicijs. n. 79. fol. 356.

An peritos debeant consulere. n. 80. fol. 356.

An debeat constare, quòd tutores, vel curatores sint. n. 81 fol. 356.

Per tutorium, vel curatorium. n. 82. fol. 356.

Vel per extractũ ex testamento. n 83. fol. 356.

Quare etiam alia præstanda præstitisse tutores, & curatores probare debeant. n. 84. fol. 356.

An judiciũ in propria persona subire debeant, vel alias personas substituere. n. 85. fol 357.

Ex quibus causis tutores, vel curatores hoc facere teneantur. n. 86. fol. 357.

Quæ sit distinctio, si in constitutione procuratoris pupillus, vel minorennis sit præsens, vel absens. n. 87. fol. 357.

Quæ sit differentia inter constitutionẽ procuratoris, vel inter constitutionẽ actoris. n. 88 fol. 357.

An hæc distinctio etiam apud nos moris, & in usu sit. n 89. fol. 357.

Quis periculo procurator, & actor litem suscipiat. n. 90. fol. 357.

Quod sit officium actoris, & quod sit officium procuratoris. n. 91. fol. 358.

An transigere possint. n. 92. fol. 358.

An ad transactionem judicis decreto speciali opus sit. n 93. fol. 358.

An saltem approbatio judicis ad transactionem requiratur. n. 94. fol. 359. (fol. 359.

Quæ inter utrumque sit differentia. num. 95.

An pupilli, & minoreñes contra transactionẽ talẽ restitutionẽ in integrũ habeant. n. 96. fol. 359.

An compromittere possint. n. 97. fol. 359.

Quæ-

Quomodò tutores, & curatores minoribus debeant de matrimonio providere. n. 98. fol. 359.
Quantam dotem illis debeant constituere, si matrimonium ineant. n. 99. fol. 359.
Quid si plus in dotem, vel donationem propter nuptias promissum fuerit, quàm præstari possit. n. 100. fol. 360.
Quomodò elocatio fieri debeat cum consensu consanguineorũ, & propinquorũ. n. 101. fol. 360.
An pro tali elocatione aliquid accipi possit. n. 102. fol. 360.
An curator sibi ipsi pupillam desponsare possit. n. 103. fol. 360.
Quibus expensis tutores, vel curatores præstent officium suum. n. 104. fol. 360.
An tutores, vel curatores de sumptibus itineris debeant deducere, quod domi consumpsissent. n. 105. fol. 360.
Unde præstentur expensæ judiciales. num. 106. fol. 361.
Quid si expensæ judiciales fuerint immodicæ. n. 107. fol. 361.
Quid si tutoribus, vel curatoribus litigantibus non fuerit justa causa. n. 108. fol. 361.
Quid si periti causam justam esse judicaverint. n. 109. fol. 361.
Quando causa præsummatur esse justa, vel injusta. n. 110. fol. 361.
Casus quidam, in quibus tutor, vel curator ad expensas teneatur, tametsi justam causam habuerit. n. 111. fol. 361.
Quando tutor teneatur ad rationes reddendas de jure communi. n. 1. fol. 365.
Quando de Jure nostro Bavarico. n. 2. fol. 365.
An, si tribus annis rationes fuerint conjunctæ, sportulæ pro tribus vicibus peti possint. n. 3. fol. 366.
Cui judici rationes reddendæ sint. n. 4. fol. 366.
Quomodò abstinendum sit ab inutilibus convivijs & alijs sumptibus. n. 5. fol. 366.
Quæ sit forma præstandarum rationum. n. 6. fol. 366.
Quæ redditio rationum continere debeat. n. 7. fol. 366.
An tutores, & curatores per consuetudinem, vel statutum à redditione rationum relevari possint, &, an à patre. n. 8. fol. 366.
An tutor semel præstita ratione ad eam iterum præstandam teneatur. n. 9. fol. 367.
Quid si super præstitis rationibus transactio facta fuerit. n. 10. fol. 367.
An pupilli, & minorennes finitâ tutelâ teneantur agnoscere apochas tutorum, & curatorum suorum. n. 11. fol. 367.
Quamdiu quis in tutela, vel curatela perseverare debeat. n. 1. fol. 375.
An facilius sit, tutelã declinare ab initio, quàm ex postfacto deponere. n. 2. fol. 375.
An absentia reipublicæ causa tribuat justam tutelæ deponendæ causam. n. 3. fol. 375.
Quando dignitas superveniens. num. 4. & 7. fol. 375. & 376.
Quando translatio dominij. n. 5. fol. 375.
Quando superveniens valetudinarius, aut alias miserabilis status. n. 6. fol. 375.
Quibus alijs causis tutor, vel curator administrationem tutelæ dimittere possit. n. 8. fol. 376.
An talis dimissus tutor, vel curator priùs ad rationes præstandas teneatur. n. 9. fol. 376.
Quomodò quietantia talibus dimissis tutoribus, vel curatoribus danda sit. n. 10. fol. 376.
Et à quo. n. 11. fol. 376.
Quid si pater in testamento dederit, & præmortuus fuerit. n. 12. fol. 376.
Quæ sint inter formulas quietantiarum differentiæ. n. 13. fol. 377.
Quid si tutor, vel curator administrationẽ tutelæ, & curatelæ proprio motu deponant, & dimissionem ab ea malitiosè impetrent. n. 14. fol. 377.
Quis sit effectus quietantiæ plenariæ. num. 15. fol. 377.
An plures tutores, vel curatores dati teneantur in solidum. n. 1 fol. 379.
Quid si unius solus esset tutor, vel curator, sed, cum mandato reliquorum. n. 2. fol. 379.
An etiam honorarij tutores obligentur, & quidem in solidum. n. 3. fol. 379.
Quid si quis administrationem tutelæ, vel curatelæ acceperit sine mandato aliorum. n. 4. fol. 379.
An non administrantes teneantur in solidum. n. 5. fol. 379.
An non administrantes saltem habeant beneficium ordinis. n. 6. fol. 380.
Quid si gerentes, & non gerentes sint in pari dolo. 7. fol. 380.
Quid si gerentes tutelam, vel curatelam gesserint illam cum mandato aliorum. n. 8. fol. 380.
An sola permissio excludat beneficium ordinis. n. 9. fol. 380.
Quando cesset beneficium ordinis in neglectis. n. 10. fol. 380.
Quid si non gerentes aliorum malam, & dolosam administrationem noverint. n. 11. fol. 380.
Quomodò secunda, & quarta exceptio concordanda sint. n. 12. fol. 380.
Quare connivens condemnetur in solidum ante illum, qui administravit. n. 13. fol. 380.
Quando magistratus teneatur ad omne damnum. n. 14. fol. 381.
An idem in fidejussoribus locum habeat, & cum qua differentia. n. 15 fol. 381.
An etiam beneficium divisionis inter tutores, & curatores cesset, si non gerentes, cum gerentibus sint in pari dolo n. 16. fol. 381.
Quid si unus ex tutoribus conveniatur ob proprium dolum. n. 17. fol. 381.
Quid si beneficium cedendarum actionum, n. 18. fol. 381.
Quam utilitatem beneficium cessionis afferat, & præstet. n. 19. fol. 382.
Quid si denegetur cessio actionũ. n. 20. fol. 382.
Quæ, & qualis sit utilis actio, quam doctores tutoribus, & curatoribus sine cessione actionum solventibus concedunt. n. 21. fol. 382.
An denegetur solidum solventi hæc utilis actio ex proprio delicto. n. 22. fol. 382.
Quare fidejussoribus hæc utilis actio non conceedatur. n. 23. fol. 382.
An malè administrans à contutore, vel curatore connivente in solidum possit conveniri. n. 24. & 25. fol. 383.

An-

An ergo cessio actionis in Jure nostro Bavarico superflua sit. n. 26. fol. 383.
An fraudulento, & malitioso contutori, vel curatori beneficiũ ordinis competat. n. 27. fol. 383.
An beneficiũ divisionis inter contutores, & curatores dolosos commune sit. n. 28. fol. 383.
An tamen, & quando tutori fraudulento, doloso, malitioso, & non gerenti contra susceptæ tutelæ malum administratorem beneficiũ divisionis concedatur. n. 29. fol. 384.
Quid intersit, concedi per modum exceptionis, vel concedi per modum actionis. n. 30. fol. 384.
An non pupillo, aut minorenni liberum sit, potiùs malum rerum suarum administratorem convenire, quàm tutorem non gerentem, & conniventem talia. n. 31. fol. 384.
An ipse malitiosus, fraudulentus, & dolosus administrator in solidum conventus contra tutorem conniventem, & non gerentem beneficium divisionis obtineat. n. 32. fol. 384.
An saltem beneficium utilis actionis tali doloso administratori competat. n. 33. fol. 384.
An non per beneficium divisionis, & per beneficiũ utilis actionis penitus tollatur dispositio prior, scilicet, quòd quilibet ex tutoribus teneatur, & obligetur in solidum. n. 34. fol. 385.
Quæ, aut qualis sit differentia inter plures tutores, &c. quorum unus cum aliorum consensu, & mandato administrat, alius verò ex proprio motu, & authoritate. n. 35. & 36. fol. 385.
Quid si divisio facta fuerit à judice, vel ab ipso testatore. n. 37. fol. 386.

An tutoribus, & curatoribus debeatur salarium. n. 1. fol. 387.
Quid ex consuetudine Patriæ nostræ. num. 2. fol. 387.
Quæ requirantur conditiones, ut debeatur recompensa. n. 3. 4. & 5. fol. 387. & 388.
Et quæ quantitas recompensæ. n. 6. fol. 388.
Quomodò propinqui, & quales recompensã tutoribus, & curatoribus determinent. n. 7. fol. 388.
Quomodò in defectu Magistratûs ordinarij. n. 8. fol. 388.
Quæ sit proportio habenda. n. 9. fol. 388.
An expensæ itinerum specialiter solvendæ sint. n. 10. fol. 388.
An tutorũ, & curatorum operæ. n. 11. fol. 388.
An salaria advocatorum. n. 12. fol. 389.
An decima pars annuorum fructuum sit excessiva recompensæ. n. 13. fol. 389.
Quid si tutores, vel curatores hujus oneris causâ legatum acceperint. n. 14. fol. 389.
An recompensa debeatur omnibus tutoribus æqualiter. n. 15. fol. 389.
Quid si pars bonorum sit extra Provinciam sita. n. 16. fol. 389.
Quid si administratio tutorum fuerit divisa. n. 17. fol. 390.

An, & quomodò tutores cum pupillis contrahere, aut res eorum sibi acquirere possint. num. 1. fol. 390.
Quid si palàm, & bonâ fide contrahere. n. 2. fol. 390.
Quæ sit distinctio inter alienationẽ mobilium, & immobilium. n. 3. fol. 390.
Quid decretum judicis ad talem alienationem continere debeat. n. 4. fol. 391.
An in alienatione cum tali decreto nihilominùs requiratur contutoris authoritas. n. 5. fol. 391.
Quomodò vendantur mobilia pupillaria. n. 6. fol. 391.
An tutor, vel curator bona pupillorum, vel minorennium sub hasta venalia emere possit. n. 7. fol. 392.
Quid si post tutelam finitam inter tutorem, & pupillum alienatio fiat. n. 8. fol. 392.
Quid si ante confirmationem. n. 9. fol. 392.
Quid si talis alienatio juramento fuerit confirmata. n. 10. fol. 392.
Quid si autem minor in tali contractu jurato læsus fuerit, an restituatur in integrum. n. 11. fol. 392.

An creditor, vel debitor pupillorum, aut minorennium tutor, aut curator esse possit. n. 1. & 2. fol. 393.
Quare articulus noster tantùm loquatur de tutore creditore, & non de curatore debitore. n. 3. fol. 393.
Quid si minorennis solutionẽ fateatur factam esse. n. 4. fol. 394.
Quid si solutio in minorennis utilitatem fuerit conversa. n. 5. fol. 394.
An necessarium sit ad hanc pœnam incurrendam, ut debitor, & creditor sciverit, se talem esse. n. 6. fol. 394.
Quid si ignoraverit. n. 7. fol. 394.
Quid si ex postfacto primùm emerserit. n. 8. fol. 395.
An curator superadditus censeatur esse curator tantùm ad litem, vel ad totam administrationem curatelæ datus, & constitutus. n. 9. fol. 395.
Quis hac in parte pro debitore, & creditore habendus sit. n. 10. fol. 395.
An etiam is, qui rem communem cum pupillo, vel minorenne habet. n. 11. fol. 395.
An hæc novella comprehendat omnem tutorem. n. 12. fol. 395.
Quid de tutore testamentario. n. 13. fol. 395.
Quid si pater tali tutori in testamento suo legatum reliquerit. n. 14. fol. 395.
Quid si tutor cum inquisitione datus creditor, vel debitor fuerit. n. 15. fol. 395.
An modicitas debiti, vel crediti à pœna hac excuset. n. 16. fol. 396.
An hæc etiam locum habeant in curatoribus furiosi, & similibus. n. 17. fol. 396.

V.

Venditio.

Quæ sit differentia inter venditionem, quæ fit secundum substantiam, vel, quæ fit ad numerũ, mensuram, aut dimensionem. n. 1. fol. 424.
Exempla. n. 2. & 3 fol. 424.
Quid inter utrumque contractum ad substantiam, vel numerum, &c. factum intersit. n. 4. fol. 424.

Quid si

Quid si traditio facta fuerit ante dimensionem, vel dinumerationem. n. 5. fol. 424.

An debeatur integrum pretium, si res auctor, vel minor fuerit inventa. n. 6. fol. 425.

Quid si res duobus fuerit vendita, uni purè, alteri conditionatè, ad numerum, mensuram, & dimensionem, &c. & huic posteriori tradita. n. 7. fol. 425.

Quomodò judicari possit in dubio, an res fuerit vendita, quoad substantiam, vel conditionatè quoad numerum, dimensionem, mensuram, & deponderationem. num. 8. 9. 10. & 11. fol. 425. & 426.

Quid vi articuli nostri dicendum. num. 12. fol. 426.

Quid dicendum de talibus rebus, quæ numero, pondere, & mensura constant, si illæ vendantur in genere, vel specie, non numero, aut pondere, &c. n. 13. fol. 427.

Quid si dolum vini emam degustatum, sed ad numerum mensurarum. n. 14. fol. 428.

Quid si quis rem vendiderit, quam scivit certò esse depretiandum. n. 15. fol. 428.

Quid si quis alteri rem vendat, ut pretio uti possit. n. 16. & 17. fol. 428.

Venditio cum pacto de retrovendendo.

Quinam sunt alij modi dissolvendæ, emptionis, & venditionis. n. 1. fol. 437.

Quid sit venditio cum pacto de retrovendendo. n. 2. fol. 437.

Quæ sit differentia inter venditionem cum pacto de retrovendendo, & inter contractum pignoratitium, sive antichreseos. n. 3. fol. 438.

Quibus indicijs inter se dignoscantur. n. 4. fol. 438.

An in dubio præsummatur contractus potiùs pignoratitius, quàm emptionis, & venditionis. n. 5. fol. 438.

An pactum de retrovendendo possit ad certum tempus restringi. n. 6. fol. 438.

Quæ differentia sit inter pactum retrovenditionis affirmativum, & negativum. n. 7. fol. 439.

An pactum negativum sit usurarium. n. 8. fol. 439.

Quando venditio ad certum tempus restricta exspiret. n. 9. fol. 439.

Quid si emptor venditori dixerit, ut cum pretio, venire possit, quandoque velit. n. 10. fol. 439.

Quid si denunciaverit emptor venditori, ut cum pretio paratus veniat. n. 11. fol. 439.

Quid si post elapsum tempus pretium recipiat. n. 12. fol. 439.

An post temporis lapsum venditor ad reluitionem admittatur, quando emptor rem modico pretio emit, & fænerari solitus est. n. 13. fol. 439.

Quid si pactum retrovenditionis initum fuerit, sine temporis præfinitione in perpetuum. num. 14. fol. 440.

An tali pacto præscribi possit, & quo tempore. n. 15. fol. 440.

Quare nulla præscriptio locum habeat. n. 16. fol. 440.

An etiam hæredes venditoris perpetuam reluitionem habeant, si ita pactum fuerit. num. 17. fol. 440.

An emptor liberetur à retrovenditione, si paratus sit, interesse solvere. n. 18. fol. 440.

An tale pactum etiam extendatur in reliquos hæredes emptoris. n. 19. fol. 441.

Quid si hæres adhuc sit minorennis, an decretum judicis sit necessarium. n. 20. fol. 441.

Quid si autem minor sine decreto judicis, & authoritate tutoris, vel curatoris, aut mulier sine consensu mariti rem cum pacto de retrovendendo vendiderint, aut alienaverint. n. 21. fol. 441.

Quid si res vendita fuerit cum pacto de retrovendendo nec ad tempus certum rescripto, sed indefinitè. n. 22. fol. 441.

Quid si venditio facta fuerit, ut reluitio intra decennium fieri non possit. n. 23. fol. 442.

An res cum pacto perpetuæ reluitionis in singularem possessorem alienari possit. n. 24. fol. 442.

Quid si venditor cum tali pacto in re vendita sibi hypothecam reservaverit. n. 25. fol. 443.

Quid si non specialem, sed generalem hypothecā in rebus emptoris reservaverit. n. 26. fol. 443.

Quid si tertia persona rem pacto retrovenditionis affectam scienter emerit. n. 27. fol. 444.

Quid si primus emptor non sit solvendo. n. 28. fol. 444.

Quid si tertius possessor ab emptore rem gratis acceperit. n. 29. 30. & 31. fol. 444.

Repetitur in compendio totus articulus. n. 32. fol. 445.

Qua actione tertius possessor cum titulo singulari gratuito, NB. vel cum titulo oneroso, sed etiam cum mala fide conveniri possit. n. 33. fol. 447.

An hæres emptoris cum tali pacto ex sua persona præscribere possit. n. 34. & 25. fol. 447. & 448.

Quid dicendum sit, von den widerkäufflichen Gült-Verschreibungen. *n. 36. fol. 446. & 448.*

Quid si annuus census ex certo quodam, & determinato fundo constitutus sit, an semper reluitio locum habere possit. n. 37. fol. 448.

Quid si talis constituto non per venditionem, sed aliò quōdam titulò facta sit. n. 38. fol. 449.

An debeat talis constitutio fieri in scriptura. n. 39. fol. 449.

Quid si constitutio facta sit, & nullus possessor in infinitum reluere possit. n. 40. fol. 449.

An pactum reluitionis in meram voluntatem emptoris conferri possit. n. 41. fol. 449.

An pactum de censu annuo in perpetuum non reluendo debeat consistere ex mera parte venditoris. n. 42. fol. 449.

An venditor jus reluitionis alteri cedere possit. n. 43. fol. 449.

Quid si venditor reluitionem tantùm pro sua persona reservaverit. n. 44. fol. 450.

Quid si expressè restrictio pro hæredibus facta fuerit. n. 45. fol. 450.

Quid si titulò gratuitò alienatio facta fuerit. n. 46. fol. 450.

An reluitio fieri debeat eodem pretiō. num. 47. fol. 450.

Qua

Quæ hac in parte inter venditionis, & pignoratitionis contractum differentia sit. n. 48. fol. 451.

An verbum, Widerlösen/ *designet contractum venditionis, vel pignoratitionis. n. 49. fol. 451.*

Quid si pretiũ primæ venditionis fuerit factum in certis terminis. n. 50. fol. 451.

An aperta reluitione res vendita ipso jure revertatur ad venditorem. n. 51. fol. 451.

Quæ sit distinctio inter verba directa, & obliqua venditionis. n. 52. fol. 452.

Quid dicendum de fructibus rei redemptæ. n. 53. fol. 452.

Quid si fructus adhuc pendentes sint. n. 54. fol. 452.

An in puncto retrovenditionis feudalis novum relevium debeatur. n. 55. fol. 453.

Quomodò res redeat ad venditorem in eodem statu. n. 56. fol. 453.

Cui cedat melioratio. n. 57. fol. 454.

Quid si emptor illam ex proprio fecerit meliorem. n. 58. fol. 454.

Quid si emptor expensas inutiles fecerit. n. 59. fol. 454.

Quid si meliorationes tempore reluitionis plures sint quàm tempore venditionis fuerint. n. 60. fol. 454.

An emptor post reluitionem ad deteriorationes obligatus sit, & quando. n. 61. fol. 454.

An meliorationes, & deteriorationes invicem debeant compensari. n. 62. fol. 454.

Quæ, & qualis hac in parte distinctio inter emphyteutam, & emptorem ad retrovenditionẽ obligatum adhiberi soleat, ac debeat. n. 63. fol. 455.

Ad quem spectet commodum alluvionis in re retrovenditione affecta. n. 64. fol. 455.

Ad quem spectet thesaurus in tali feudo repertus. n. 65. fol. 455.

Quomodò pactum de retrovendendo prosit pluribus hæredibus venditoris. n. 66. fol. 455.

Quomodò obligare possit tale pactum plures emptoris hæredes. n. 67. fol. 456.

Quid si plures socij rem habeant tali onere affectam, & gravatam. n. 68. fol. 456.

Venter.

An in materia propriorum hominum, ut de veris servis dicitur, etiam liberi sequantur conditionem ventris. n. 1. fol. 283.

Quid si mulier conditionem mariti sciverit, & nihilominùs eidem nupserit. n. 2. fol. 283.

An hoc non repugnet sacris canonibus. n. 3. & 4. fol. 283.

An etiam maritus, si ducat mulierem propriã homo proprius fiat. n. 5. fol. 284.

Quid si talis mulier, quæ nupsit homini proprio saltem tempore conceptionis, partûs, vel intermedio libera fuerit. n. 6. fol. 284.

Vis.

Vim facere dicitur, quicunque jus suum non per judicem reposuit. n. 14. fol. 1178.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schmid, Kaspar von, 1622-1693

Commentarius Amplissimus In Ius Provinciale Bavaricum Per Tres Tomos Divisus ; conformiter S. Pontificum decretis, & canonibus, ordinariorum concordatis, institutionum, pandectarum, ...
Bd.: 2

Monachii 1695

4 Bavar. 3432 n-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11020179-8
VD17 1:015885R